

**Università degli Studi di Napoli
“Federico II”
Facoltà di Economia e Commercio**

**Dottorato di ricerca in diritto
dell'economia**

**CRISI DI IMPRESA E RESPONSABILITÀ DA
FATTO ILLECITO DELLE SOCIETÀ ALLA LUCE
DELL'ESPERIENZA DEI SISTEMI DI *COMMON LAW***

**COORDINATORE:
CH.MO PROF. FRANCESCO LUCARELLI**

**TUTOR
CH.MO PROF. AMEDEO BASSI**

**CANDIDATO
DR. FERDINANDO BRUNO**

ANNO ACCADEMICO 2005/2006

INTRODUZIONE	PAG. 3
CAPITOLO I	
IL PIERCING THE CORPORATE VEIL NEGLI ORDINAMENTI DI COMMON LAW	PAG. 6
1. Le società in Gran Bretagna	PAG. 7
Premessa	PAG. 7
1.1. Le partnerships	PAG. 7
1.2 Le limited partnerships	PAG. 11
1.3 Le private limited companies (ltd)	PAG. 12
1.4 Le public limited companies (plc)	PAG. 18
1.5 La Limited Liability Partnerships (Jersey) Law 1997	PAG. 19
1.6 Il Limited Liability Partnerships Bill 1998	PAG. 22
2. La dottrina della personalità giuridica (the separate entity doctrine)	PAG. 26
2.1. Il caso Salomon e le sue conseguenze	PAG. 26
3 Il superamento della personalità giuridica (Lifting the corporate Veil).	PAG. 31
Premessa	PAG. 31
3.1 Il piercing the corporate veil negli statutes inglesi	PAG. 31
3.2. Il piercing the corporate veil nel case law	PAG. 36
3.3 Le posizioni della dottrina inglese sul lifting the corporate veil	PAG. 39
4. Il superamento della personalità giuridica nel diritto americano. Cenni.	PAG. 43
4.1 Le società negli Stati Uniti	PAG. 43
4.2 Il principio della responsabilità limitata nell'ordinamento americano	PAG. 58
4.3. Il case law americano sul piercing the corporate veil.	PAG. 60
4.4. Segue. Creditori contrattuali ed extracontrattuali	PAG. 61
4.5. Alcune posizioni della dottrina americana sul piercing the corporate veil	PAG. 65
CAPITOLO II	
IL PROBLEMA DEL SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA IN ITALIA	PAG. 71
Premessa	PAG. 72
1. La regola della responsabilità del debitore nell'ordinamento italiano	PAG. 73
1.2 Segue. Responsabilità del debitore e società. brevi cenni	PAG. 80
1.3 La responsabilità nei gruppi di imprese	PAG. 82
2. Le ipotesi di superamento della personalità giuridica nell'ordinamento italiano.	PAG. 84
Premessa.	PAG. 85
2.1. Il corrispondente italiano dello shadow director: l'amministratore di fatto	PAG. 85
2.2 Un esempio di piercing the corporate veil consacrato dal Legislatore italiano: l'unico quotista e l'unico azionista.	PAG. 100
2.3 Il superamento della personalità giuridica in caso di abuso dello schema societaria.	PAG.111
2.3.1. La prima soluzione al problema dell'abuso della personalità giuridica: la teoria dell'imprenditore occulto.	PAG. 115
2.3.2. La soluzione dell'abuso mediante la revisione critica del concetto di persona giudicata.	PAG. 119
3. I patrimoni separati: un'apertura del legislatore italiano agli echi dell'esperienza anglossassone?	PAG. 123
3. 1. I patrimoni separati.	PAG. 123
3.2 Effetti della costituzione del patrimonio destinato: limitazione di responsabilità, creditori "generici" e "specifici."	PAG. 126
3.3 L'insolvenza del patrimonio destinato	PAG. 139
3.4 Le eccezioni al principio della separazione giuridica del patrimonio separato: i creditori involontari e la responsabilità da fatto illecito	PAG. 139
Conclusioni	PAG. 142

INTRODUZIONE

L'esame comparato della problematica del superamento della personalità giuridica presuppone, come ogni altra indagine, una precisa determinazione dei fini cui tende e dei metodi dei quali si avvale.

Il presente lavoro intende mettere in luce, senza alcuna pretesa di completezza, le differenze intercorrenti tra gli ordinamenti di *civil law* (ed in particolare quello italiano) e di *common law* (ed in particolare quello inglese) in merito alle ipotesi di superamento della personalità giuridica (comunemente individuato, nei sistemi stranieri, con la locuzione *piercing the corporate veil*), le tecniche utilizzate nei rispettivi sistemi ed i risultati specificamente raggiunti al fine di una valutazione degli stessi e le conseguenze in caso di insolvenza.

L'esame che si intende effettuare concerne, *in primis*, la delimitazione della fattispecie e l'individuazione dei tratti essenziali e caratterizzanti.

Nell'ambito dei sistemi di *civil law* il problema è stato affrontato solo di recente, mentre negli ordinamenti di *common law* la questione fonda le sue radici all'inizio del secolo scorso, quando, nel 1912, la dottrina americana aveva già fornito i primi contributi alla ricerca¹.

Dobbiamo sin d'ora anticipare che, come emergerà in seguito, i due ordinamenti hanno diversi atteggiamenti rispetto alla problematica: le diverse posizioni sono giustificate, come si vedrà, principalmente dalle differenti concezioni di persona giuridica presenti negli stessi.

In ogni caso, a prescindere la configurazione di persona giuridica cui si aderisca, il superamento dello schermo della personalità giuridica costituisce negazione di tutti od alcuni attributi della personalità giuridica, e quindi, in ultima analisi, della persona giuridica, in relazione ai singoli atti e comportamenti od anche alla generale attività del gruppo personificato. Diverso, è l'atteggiamento dei singoli ordinamenti in ordine a questo superamento della personalità giuridica. Si può anzitutto, rilevare come quelli

del sistema continentale siano tradizionalmente portati a rispettare quella separazione netta tra ente-società di capitali e soci, che costituisce un faticoso risultato dello sviluppo storico del fenomeno societario, mentre quelli della *common law* sono più orientati a superare questo stesso risultato in omaggio ad una maggiore sensibilità per le reali conformazioni del fenomeno economico di fondo, regolato attraverso la sua strutturazione nell'ente personificato, e quindi mostrano una notevole propensione a non tener conto delle barriere formali, per la ricerca di una effettiva giustizia.

Nel dare un quadro del *lifting the corporate veil* nel sistema della *common law* bisognerà rinunciare a fissare principi precisi e sicuri, nel senso corrispondente all'abito mentale del giurista continentale. Nel predetto sistema, infatti, c'è, piuttosto, come atteggiamento fondamentale della giurisprudenza, la ricerca della giustizia del caso concreto, che appunto teme la fissazione di saldi principi.

Si ha così un'elaborazione giurisprudenziale che, generalmente, rifugge dalle costruzioni teoriche e dall'inquadramento rigoroso e minuzioso del singolo caso in un determinato sistema di principi, di norme e di concetti, ma solo opera un accostamento di fondo approssimativo, in una larga ispirazione a criteri generali, per poi procedere autonomamente alla ricerca della soluzione che nella specie appare giusta: effetto, evidentemente, del fatto che il giudice della *common law* si sente – a differenza di quello continentale – “legislatore”. Viceversa, come si è già accennato, e come del resto è ben noto, gli ordinamenti del sistema continentale si muovono su un piano diverso, il piano della ricerca di un principio di portata generale che sia applicabile al caso in esame, per cui non è più questo a sprigionare un principio specifico, ma è il principio astratto esistente nell'ordinamento la fonte della soluzione del caso concreto. Ne viene, quindi, la tendenza alla generalizzazione, all'astrazione, che caratterizza giurisprudenza e dottrina continentali.

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

Tanto premesso, si inizierà, ora, la ricerca oggetto del presente lavoro: nel primo capitolo analizzerò l'esperienza dei paesi anglosassoni, soffermandomi principalmente sull'Inghilterra e poi, più brevemente, sull'America, mentre nel secondo capitolo esaminerò l'esperienza italiana.

CAPITOLO I

Il Piercing the Corporate Veil **negli ordinamenti di** ***Common Law***

1. LE SOCIETÀ IN GRAN BRETAGNA

Premessa

Nel presente capitolo si esaminerà il principio del piercing the corporate veil in Inghilterra. L'esame inizierà con una ricognizione dei modelli societari utilizzati in tale paese, dei principi giuridici rilevanti in tema di società. Si esamineranno, poi, le ipotesi di piercing the corporate veil e le posizioni della dottrina e della giurisprudenza. Si concluderà con un breve esame dell'esperienza americana.

1.1. Le partnerships

Il dualismo società di persone / società di capitali è tradotto, in Gran Bretagna, nei concetti di *partnership* e *company*². La *partnership* è la forma societaria più semplice; si tratta, infatti, di una struttura priva di personalità giuridica, per le cui obbligazioni rispondono illimitatamente e solidalmente i soci. Questo aspetto, rapportato ad un mercato in forte espansione a livello internazionale che sempre più preme per vedere ridotta al minimo la responsabilità della persona fisica imprenditrice, rende tale strumento poco utilizzato; ciò non toglie che costituisca il prototipo della *business association*, e che la definizione che di essa dà la s. 1(1) del *Partnership Act 1890*³, si adatti perfettamente ad ogni tipologia societaria. La *partnership*, quindi, è la

² Sulla storia delle diritto societario in Inghilterra, si vedano, tra i tanti: *Gower's Principles of Modern Company Law* (6th ed., P. L. DAVIES ed., 1997), Chap. 2; FORMOY, *The Historical Foundations of Modern Company Law* (1923); HOLDSWORTH, *History of English Law* (3rd ed. 1936), Vol. VIII, pp. 192-222; CARR, *Early Forms of Corporateness" in Select Essays in Anglo-American Legal History* (1909); CORNISH and DE N. CLARK, *Law and Society in England, 1750-1950* (1989), Chap. 3, Part 3; POLLOCK and MAITLAND, *History of English Law* (2nd ed., 1911), Book II, Chap. 11, s.12; IRELAND, *The Triumph of the Company Legal Form. 1856-1914 in Essays for Clive Schmitthoff* (John Adams ed., 1983), p. 29.

³ Di seguito, PA.

relazione che sussiste tra più persone che esercitano un'attività in comune allo scopo di trarne un profitto⁴.

Partners sono coloro che hanno interesse nel rapporto sociale, siano essi persone fisiche o giuridiche; la s. 1(1) PA non fa nessun riferimento al regime di responsabilità dei soci, ma è indiscutibile che la responsabilità personale, illimitata e solidale costituisca un elemento essenziale di questa struttura. Regola generale, sancita dalla s. 716(1) del *Companies Act* 1985, è che una *partnership* non possa essere costituita da più di venti persone, ma la stessa s. 716, ai successivi commi (2) e (3), consente che questo limite possa essere derogato quando l'attività sociale consista nell'esercizio di una professione intellettuale⁵. La relazione che si instaura fra le parti del contratto di società, a norma della s. 5 PA, consiste in un rapporto di *agency*. E' definito così il rapporto tra rappresentato (*principal*) e rappresentante (*agent*), ma sussistono notevoli differenze rispetto alla rappresentanza volontaria di *civil law*; infatti, mentre in quest'ultima si tende a vedere un rapporto contrattuale fondato sul mandato, l'*agency* esula dallo schema contrattuale riconnettendosi all'idea di *status*, alla particolare posizione in cui l'*agent* si trova rispetto al *principal*.

In virtù di tale rapporto, la rappresentanza della *partnership* spetta, secondo la s. 24(5) PA e salvo patto contrario, indistintamente a tutti i soci. La società si configura, quindi, come mandante rispetto al socio agente, il quale ha il compito di trattare, nell'interesse e in rappresentanza della società stessa, affari con terze persone; ogni *agent* vincola con la propria azione sia la società che gli altri membri. L'amministrazione spetta ai soci disgiuntamente; per gli atti di straordinaria amministrazione la s. 24(8) PA prescrive la deliberazione a maggioranza e richiede l'unanimità quando tali decisioni concernano la natura dell'attività sociale. Tale norma implicitamente attribuisce a ciascun socio il

⁴ PA 1890, s. 1(1): «*Relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit*».

⁵ HARDY IVAMY, *Underhill's Principles of the Law of Partnership*, London, 1986, p. 18.

diritto di veto sull'esercizio del potere da parte di altro socio per quanto esula dall'ordinaria amministrazione⁶.

E' interessante a questo punto notare un aspetto singolare del diritto societario inglese; le decisioni, pur se prese in modo formalmente corretto, sono invalide se non adottate in buona fede e nell'esclusivo interesse della *partnership*. Nonostante l'ordinamento inglese non riconosca all'ente in argomento personalità giuridica, gli attribuisce, comunque, uno specifico ruolo parallelo o in concorrenza con la personalità dei singoli soci. Questa osservazione ha aperto un ampio dibattito dottrinale, tuttora in corso, inteso a riconoscere la *partnership* come entità distinta dai soci. Evitando di dilungarsi sulle più disparate opinioni in merito, si ritiene di doversi soffermare sull'osservazione di J. Heenen⁷, dato che sintetizza nel modo migliore il punto di vista della legislazione (*Partnership Act* e *Limited Partnership Act*) e della giurisprudenza anglosassoni. Secondo questo Autore, le *partnerships* acquisiscono diritti ed obblighi in proprio nome, ma questo nome in altro non si traduce che in un conveniente sistema per designare i membri di un gruppo (in quanto personalmente ed illimitatamente responsabili). Il modo di concepire l'*unincorporated* è, pertanto, diverso rispetto all'ordinamento italiano (v. *infra*, Cap. II) *Business* è qualsiasi affare, occupazione o professione che viene svolta in comune⁸.

La regolamentazione dell'attività è attribuita ai documenti costitutivi della società: atto costitutivo (*memorandum of association*) e statuto (*articles of association*), ed è importante che l'oggetto sociale sia ben precisato nell'atto costitutivo, poiché è il solo che la società può perseguire. La legge lascia alle parti la massima libertà nella scelta del *business* esercitabile, ma allo stesso tempo quest'attività diviene il vincolo che circonda l'azione degli *agents* (cd. *ultra vires rules*). In pratica accade che l'attività sociale sia indicata in modo

⁶ HEENEN, *Partnership and Other Personal Association for Profit*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, 1975, p. 106.

⁷ HEENEN, *Partnership*, cit., pp. 17 e 127.

⁸ Ne dà la definizione la legge stessa. V. s. 45 PA: «*the expression 'business' includes every trade, occupation or profession*».

ampio, comprendendo anche ogni azione collaterale, necessaria o semplicemente utile, per il miglior conseguimento dell'oggetto sociale.

Al fine di comprendere la portata della regola, appare opportuno un caso rilevante in materia: la decisione *Ashbury Carriage & Iron Co v Riche*⁹. In questo caso una società aveva acquistato una licenza per costruire un sistema di ferrovie in Belgio, e stipulato un accordo per finanziarla la Riche nella costruzione di una linea ferroviaria. Nello statuto della società era previsto che l'oggetto sociale fosse costruire e vendere vagoni ferroviari ed altre attrezzature ferroviarie ed acquistare e vendere legno e carbone. Riche iniziò a lavorare come da contratto e diverse somme furono pagate dalla società in base al medesimo contratto. La società ebbe poi delle difficoltà, e i soci chiesero che gli amministratori rispondessero personalmente delle obbligazioni contrattuali, ritenendoli responsabili di tutte le perdite. Gli amministratori negarono, per conto della società, la validità del contratto e la Riche citò la società per inadempimento contrattuale. La Corte statò che il finanziamento della concessione era un atto *ultra vires* ed invalido, in quanto estraneo all'oggetto sociale, in quanto la società poteva utilizzare i propri fondi per costruire cose per la ferrovia, ma non costruire una ferrovia. Il contratto con Riche fu quindi dichiarato nullo, e gli amministratori furono autorizzati a non rispettarlo.

Tornando al nostro esame, in merito alle formalità necessarie per la costituzione della società, nessuna norma richiede che atto costitutivo e statuto di una *partnership* siano redatti per iscritto; ciò, però, avviene comunemente, specialmente quando la società venga a rivestire grosse dimensioni. L'atto costitutivo contiene gli elementi identificativi della società: oggetto sociale, di cui s'è già detto; denominazione sociale, durata, domicilio fiscale, conferimenti e partecipazione agli utili e alle perdite, quando non siano in parti uguali. Lo statuto, invece, ha carattere operativo e contiene disposizioni relative al normale funzionamento dell'ente: dalla convocazione delle assemblee ordinarie e straordinarie, ai poteri di rappresentanza esterna. La legge inglese

⁹ (1857) LR 7 HL 653.

non richiede l'adempimento di alcuna formalità per la costituzione di una *partnership*; è essenziale e sufficiente che, nella relazione instauratasi tra due o più soggetti, possa riconoscersi l'inizio dello svolgimento di un'attività in comune allo scopo di dividerne gli utili, senza che abbia rilevanza il momento della sottoscrizione del contratto.

Un ultimo appunto riguarda lo scioglimento della società. Ne sono causa la morte, così come il recesso, il fallimento¹⁰ o l'incapacità sopravvenuta di uno dei soci. I *partners* restanti possono anche propendere per una prosecuzione dell'attività comune, ma in questo caso ci si troverebbe di fronte alla conclusione di un nuovo contratto di *partnership*. Non risolve il rapporto, ma richiede l'approvazione unanime dei soci, la cessione della quota di partecipazione per atto *inter vivos*. Restrizioni al libero trasferimento della partecipazione in società sono imposte da disposizioni legislative, mentre l'atto costitutivo spesso elenca i requisiti cui un soggetto deve rispondere per poter assumere la qualità di *partner*.

1.2 Le limited partnerships

Possiamo definire la struttura appena descritta come *general partnership*, per distinguerla dal corrispondente ma diverso istituto della *limited partnership*. La s. 4(2) del *Limited Partnership Act* del 1907¹¹ ne individua i tratti caratteristici: «la *limited partnership* [...] consiste di una o più persone chiamate *general partners*, che sono responsabili per tutti i debiti e le obbligazioni della società, e di una o più persone chiamate *limited partners*, [...] che non sono responsabili per debiti e obbligazioni oltre l'ammontare del proprio conferimento». Questi ultimi sono denominati anche *sleeping partners*, in considerazione del fatto che a fronte del privilegio della responsabilità

¹⁰ Nei sistemi di *common law* possono fallire anche i non imprenditori.

¹¹ D'ora in poi LPA.

limitata sono esclusi dall'amministrazione¹². Hanno però un generale potere di controllo sui libri sociali e sull'operato dei soci amministratori, e diritto di voto in assemblea. La s. 5 LPA impone il rispetto di una particolare formalità per la costituzione: la registrazione. Dice infatti che «ogni *limited partnership* deve essere registrata [...], o in mancanza [...] ogni *limited partner* sarà considerato come *general partner*.» Questa disposizione costituisce un'importante garanzia per i terzi, i quali possono verificare prima della conclusione di un accordo, se il soggetto con il quale trattano abbia o meno la capacità e i poteri per obbligare la società. Ulteriore peculiarità rispetto al regime delle *general partnerships* consiste nel fatto che la morte o il fallimento di un *limited partner* non porta allo scioglimento della società.

1.3 Le private limited companies (ltd)

Nell'ambito delle società commerciali dotate di personalità giuridica, il *Companies Act 1985*¹³ contrappone la *private limited company*¹⁴ alla *public limited company*¹⁵. La differenza tra le due forme si basa sostanzialmente sui più penetranti controlli amministrativi cui la *public company* è soggetta. Lo schema societario più adottato per limitare la responsabilità dei soci è quello della *private limited company (ltd)*; infatti, anche se questa struttura non consente di procedere a raccolta di capitale presso il pubblico, né può essere quotata in Borsa, non richiede gravose formalità per la sua costituzione, dato che non è previsto un capitale sociale minimo e può essere costituita da un solo soggetto. La responsabilità dei soci può essere limitata al valore delle azioni

¹² S. 6(1) LPA 1907. La tipologia societaria in argomento si può a tal riguardo assimilare alla nostra società in accomandita semplice.

¹³ Che si abbrevierà in CA 1985.

¹⁴ Corrispondente, grosso modo alla nostra s.r.l.: MANNA, *Le società commerciali in Gran Bretagna*, in *Il diritto delle società commerciali nei Paesi Europei*, a cura di E. BUSATO, Padova, 1998, p. 365.

¹⁵ Sostanzialmente corrispondente alla nostra s.p.a.. V. Ancora M. MANNA, *Le società commerciali cit.*, p. 347.

sottoscritte (*limited by shares*)¹⁶ oppure ad una quota massima di passivo che ciascuno assume in garanzia indicandone l'importo nell'atto costitutivo (*limited by guarantee*). Non è comunque escluso che la responsabilità del socio possa estendersi a tutte le obbligazioni sociali (*unlimited*)¹⁷, nel qual caso però la società non otterrebbe l'*incorporation*, mancando un capitale minimo di riferimento¹⁸ atto a circoscrivere la responsabilità di ogni partecipante.

Il *Companies Act* 1948, al fine di distinguere la *private company* dalla *public company*, prevedeva che i documenti costitutivi della prima dovessero includere tre clausole specifiche: e cioè (a) restrizioni al trasferimento delle azioni o quote, (b) restrizioni al numero dei membri, che non poteva superare le cinquanta unità, e (c) il divieto di procedere a raccolta di capitale presso il pubblico. I successivi *Companies Acts* hanno abrogato la norma in questione, pur mantenendo, alla s. 81(1) CA 1985, il divieto di procedere a pubblica sottoscrizione del capitale sociale. Ma anche le altre due disposizioni possono riscontrarsi in qualche atto costitutivo, infatti imprenditori ed artigiani spesso ricorrono alla struttura della *company* per reperire con più facilità i capitali necessari alla prosecuzione o all'espansione della propria attività riducendo i rischi connessi al suo esercizio. In questo contesto, le misure restrittive al trasferimento delle quote di partecipazione hanno lo scopo di assicurare ai promotori la conservazione della maggioranza dei voti in assemblea e quindi il controllo sull'ente¹⁹. Specifici schemi di *memorandum of association* sono contenuti in appendice al CA 1985 e predisposti dal *Secretary of State for Trade and Industry*. Essi non sono vincolanti, ma costituiscono un'utile guida per la redazione dei documenti costitutivi di ogni società.

Cinque sono le clausole obbligatorie (*compulsory clauses*):

¹⁶ È questa la tipologia maggiormente diffusa; infatti il CA 1985, appresta una disciplina generale per le società con capitale sociale suddiviso in azioni, mentre contiene regole specifiche in ordine alla responsabilità dei soci di *limited by guarantee* e di *unlimited*.

¹⁷ Ciò che risulterà, anche in questo caso, dall'atto costitutivo.

¹⁸ Rappresentato dal valore nominale delle azioni nella *limited by shares*, e dall'ammontare della garanzia nella *limited by guarantee*.

¹⁹ Cfr. PENNINGTON, *Company Law*, London and Edinburgh, 1990, p. 752.

1. la prima è quella della denominazione sociale, limitata da disposizioni legislative e regolamentari poste a tutela del pubblico. Così è vietato l'uso di nomi che si rifanno ad enti assistenziali²⁰, o la scelta di denominazione identica a quella di altra *limited* già iscritta al Registro delle società²¹. Il *Secretary of State for Trade and Industry* può impedire l'iscrizione se considera il nome offensivo o integrante un illecito penale, mentre i principi generali della *common law* mirano ad evitare che possa ingenerarsi nel pubblico confusione, relativamente all'attività svolta.

2. In secondo luogo va indicato l'Ufficio del Registro delle società presso cui la stessa verrà iscritta, e pertanto il suo domicilio fiscale.

3. Fondamentale²² è la determinazione dell'oggetto sociale²³ per un triplice ordine di motivi:

(a) innanzitutto perché gli investitori sappiano che tipo di attività vanno a finanziare;

(b) in secondo luogo perché determina l'ambito nel quale amministratori e direttori generali sono autorizzati a muoversi (essi, infatti, non possono impegnare la società con azioni che esulano dalle espresse previsioni dell'atto costitutivo: è la dottrina dell'*ultra vires* a cui si è già avuto modo di accennare²⁴);

(c) infine perché chiunque sia intenzionato a concludere affari con la società possa accertare se questi rientrano nei poteri dei gestori²⁵.

E' comunque necessaria una riflessione sull'argomento, che per quanto sussistente più a livello teorico che pratico e sbrigativamente risolta dalla *House of Lord*²⁶, viene a coinvolgere la struttura stessa dell'atto costitutivo. La legge richiede che il *memorandum of association* specifichi l'oggetto dell'attività sociale e, implicitamente, autorizza la società ad esercitare i poteri

²⁰ Per esempio, Croce Rossa.

²¹ S. 691 CA 1985.

²² Al riguardo si richiama anche quanto già esposto a proposito delle *partnerships*.

²³ S. 2(1) CA 1985.

²⁴ V. *supra*.

²⁵ BALLANTINE, *Corporations*, Chicago, 1946.

²⁶ In *Cotman v. Brougham*, [1918] AC 514.

necessari per raggiungerlo, senza richiederne l'espressa elencazione. Tuttavia, l'esistenza delle *ultra vires rules* comporta il rischio che l'azione sociale venga bloccata da una restrittiva interpretazione dell'oggetto, pertanto accade che il Registrar continui ad accettare *memoranda* dove sono confusi oggetto e poteri. Al fine di aggirare l'ostacolo, quindi, l'oggetto sociale viene normalmente espresso in termini talmente ampi da ricomprendere qualsiasi attività utile al suo raggiungimento. Ora questa pratica è stata "regolarizzata" dal CA 1989, che ha introdotto la possibilità di definire l'oggetto con una formula di ampio respiro, quale «*to carry on business as a general commercial company*»²⁷; in tal modo la società può condurre qualsiasi attività²⁸, ed esercitare ogni potere ad essa accessorio^{29 30}.

4. L'atto costitutivo deve poi indicare la limitazione di responsabilità: *by shares, by guarantee, o unlimited*.

5. Infine, vanno precisati l'importo del capitale sociale ed il valore nominale delle azioni o quote in cui è suddiviso.

Va tenuto presente che se la responsabilità è limitata da garanzia o non è affatto limitata, il capitale sociale non esiste oppure la sua determinazione è irrilevante. Chiude il documento la cd. "*association clause*". Con essa, all'atto della sottoscrizione i soci dichiarano di voler dar vita ad una *company* con le caratteristiche descritte nel *memorandum*, e si impegnano a sottoscrivere ciascuno un determinato numero di azioni o quote. Questa è l'opinione di Lord Wrenbury in *Cotman v. Brougham* (v. *supra*), che dopo aver distinto tra attività e poteri, e osservato come i *memoranda* finiscano spesso per risultare un'infinita elencazione di ciò che la società ha il potere di fare, considera il rischio di trovarsi di fronte a documenti che non permettono di individuare alcuno scopo sociale.

²⁷ S. 3A CA 1985, come modificata dalla s. 110 (1) CA 1989.

²⁸ «...*any trade or business whatsoever...*»

²⁹ Cfr. PENNINGTON, *Company Law* cit., p. 19.

³⁰ Per una più ampia dissertazione sulla dottrina dell'*ultra vires* nel diritto societario inglese cfr. VENTURI, *La dottrina dell'ultra vires nell'evoluzione del diritto commerciale in Inghilterra*, Trento, 1991.

Lo statuto è obbligatorio per le sole *companies limited by guarantee* e *unlimited*; per le *limited by shares* e, si anticipa, per le *public companies*, invece, in mancanza della relativa pattuizione, si considerano adottate le Tavole predisposte dal *Secretary of State for Trade and Industry*, in appendice al CA 1985. In pratica comunque, ogni società ha il proprio statuto che regola le modalità con le quali vanno amministrati gli affari. Il CA 1985 non richiede un contenuto minimo, di conseguenza l'*articles of association* può variare anche sensibilmente da società a società. Essendo subordinati alle disposizioni contenute nell'atto costitutivo, normalmente i due documenti vengono redatti contemporaneamente, onde evitare successivi conflitti di regolamentazione³¹ e consentire un immediato perfezionamento del quadro funzionale della società. Una volta verificata l'osservanza degli adempimenti prescritti, il Conservatore del Registro rilascia un certificato che attesta la nascita della società (*the company's birth certificate*), attribuendole un numero progressivo di identificazione, e ne cura la pubblicazione sulla *London Gazette*. Solo da questo momento l'ente acquista personalità giuridica, mentre gli atti eventualmente compiuti in precedenza ricadono sotto la personale responsabilità dei fondatori o degli amministratori.

Anche in Gran Bretagna, così come nel nostro ordinamento, l'assemblea dei soci si sdoppia in ordinaria e straordinaria, ma la distinzione si ricollega ai tempi di convocazione, e non alle competenze: l'assemblea generale annuale è convocata una sola volta l'anno per l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli eventuali utili. L'assemblea generale straordinaria invece, è convocata per qualsiasi altro motivo se e quando il consiglio di amministrazione lo ritenga opportuno (o su richiesta di tanti soci rappresentanti almeno un decimo del capitale sociale o un decimo dei voti in assemblea). Le adunanze possono ora essere sostituite dalla procedura di "*written resolution*", introdotta dal CA 1989. In questo caso la volontà risulta da atto scritto e sottoscritto dagli aventi diritto al voto in assemblea.

³¹ Nei quali, peraltro, prevarrebbero le disposizioni dell'atto costitutivo.

Spetta all'assemblea ordinaria il potere di nomina dell'organo amministrativo (*board of directors*)³²: amministratore unico o organo collegiale, persona fisica o giuridica. Nessuna limitazione è imposta quanto ad età (non è pertanto obbligatorio il ritiro al raggiungimento dell'età pensionabile di settant'anni), residenza, cittadinanza e durata in carica (non è escluso che gli amministratori lo siano a vita). Solo per i direttori amministrativi³³ sono richiesti specifici requisiti professionali. La distribuzione dei poteri tra assemblea e consiglio di amministrazione viene determinata nell'atto costitutivo o nello statuto; non operando la tradizionale attribuzione dei poteri direttivi all'una ed esecutivi all'altro, la tendenza è quella di conferire agli amministratori tutti i poteri tranne quelli che il CA 1985 espressamente riserva all'assemblea generale³⁴. L'attività di gestione va svolta dagli amministratori riuniti in consiglio, salvo che l'atto costitutivo consenta di delegare ad uno o più fra essi il potere di rappresentare singolarmente l'ente di appartenenza. Essi svolgono il proprio compito con diligenza e abilità, in buona fede e nell'esclusivo interesse della società; non operano come agenti della società o della maggioranza dei soci, come invece accade nelle *partnerships*.

Non esiste la figura del sindaco; l'organo di controllo è indipendente e costituito da revisori esterni (*auditors*) nominati annualmente dall'assemblea dei soci che sceglie tra persone fisiche o giuridiche che soddisfino determinati requisiti, iscritte nell'apposito registro tenuto dal Segretario di Stato. Loro compito è quello di controllare la contabilità e il bilancio, rilasciando apposita certificazione che va successivamente depositata presso l'Ufficio del Registro. Peraltro, all'interno del *board of directors*, si è realizzata negli ultimi anni e va attualmente definendosi una sorta di articolazione funzionale tra *executive* e

³² Ma non è escluso che l'atto costitutivo riservi questo compito ad una persona o ente terzo rispetto alla società.

³³ Almeno uno, che può essere anche uno degli amministratori, sempre che non si tratti di amministratore unico.

³⁴ Si tratta delle materie concernenti la modificazione di atto costitutivo o statuto, la variazione del capitale sociale, la nomina e la rimozione di amministratori e *auditors*, ecc.

non executive directors, con attribuzione ai primi del potere gestorio, e ai secondi delle funzioni di controllo sull'esercizio dello stesso³⁵.

1.4 Le public limited companies (plc)

Si è accennato in precedenza alla circostanza che la *public limited company (plc)* è sottoposta a più penetranti controlli da parte dello Stato. Ciò principalmente, perché questo strumento consente la raccolta di capitale presso il pubblico mediante emissione di azioni e obbligazioni e la quotazione in Borsa. Per tale motivo è previsto che l'ente abbia un capitale sociale minimo di cinquantamila sterline³⁶ ed un numero minimo di soci, pari a due. Quanto al resto, la disciplina che la riguarda è la stessa della *limited*, che si è appena esposta. Il capitale sociale è rappresentato da azioni, il cui trasferimento, salvo nel caso di azioni quotate in Borsa, può essere limitato da disposizioni statutarie. Non cambiano le regole dettate per atto costitutivo e statuto. Dev'essere solo aggiunta una sesta clausola che specificamente indichi la natura di *public company*, e vanno obbligatoriamente precisati l'importo del capitale sociale e il valore nominale di ogni singola azione. Verificata la presenza dei requisiti richiesti, il *Registrar* procede anche in questo caso all'iscrizione e al rilascio del *certificate of incorporation*, ma per cominciare ad operare è necessario che la società ottenga un ulteriore certificato, detto "*di commercio*"³⁷, rilasciato previa verifica dell'integrale sottoscrizione del capitale sociale ed il versamento di un quarto di esso. Spesso accade che le società vengano costituite come *private companies* e successivamente convertite in *public*, in tal modo non necessitando del rilascio del *trading*

³⁵ Il *Cadbury Report* del 1992, ma più ancora l'*Hamper Report* del 1998, insistono sulla necessità che i *non executive directors* siano indipendenti dall'amministrazione e da ogni relazione che possa interferire con l'esercizio delle funzioni di controllo che sono loro demandate.

³⁶ L'importo minimo di capitale sociale viene periodicamente aggiornato dal *Secretary of State for Trade and Industry*.

³⁷ *Trading certificate*.

certificate. La scelta dell'una tipologia societaria rispetto all'altra è dettata da esigenze di reperimento del capitale necessario all'attività.

Va evidenziato, ai fini della nostra ricerca, come con l'incorporation la società acquisti la personalità giuridica (v. *infra*).

In tema di organi sociali si evidenzia che non è ammessa la deliberazione assembleare per *written resolutions*, prerogativa delle sole *private companies*. Il consiglio di amministrazione dev'essere composto da almeno due persone che non abbiano superato il settantesimo anno di età e la loro nomina è subordinata al rilascio al *Registrar* del consenso scritto a ricoprire la carica. Operano solitamente nell'ambito di riunioni appositamente convocate, ma lo statuto può ammettere che le decisioni vengano assunte anche per il tramite di apposito atto scritto, firmato da tutti gli amministratori. Anche nelle *public companies* i direttori amministrativi devono rispondere a determinati requisiti professionali, per ciò vengono normalmente scelti tra gli iscritti all'*Institute of chartered secretaries and administrators*.

1.5 La Limited Liability Partnerships (Jersey) Law 1997

Appare ora opportuno trattare di un «esperimento»³⁸, attuato nel *Jersey*, che porta alla ribalta gli schemi della *partnership* e della *limited partnership*.

Nell'autunno 1997 il *Jersey*, approfittando della sua relativa autonomia legislativa dalla Corona in tema di tassazione e di materie che concernono esclusivamente l'Isola, e di fronte all'esigenza di dare un significativo impulse all'economia della regione, ha emanato una legge, la *Limited Liability Partnerships (Jersey) Law 1997*³⁹, che ha creato la *Jersey Limited Liability*

³⁸ L'espressione «esperimento» è stata utilizzata dai commentatori della legge perché in essa si è visto il prototipo per una rapida proliferazione di analoghe legislazioni, dapprima forse nel *Guernsey* e nell'*Isle of Man*, che godono dello stesso regime di autonomia legislativa del *Jersey*, e successivamente in tutta la Gran Bretagna.

³⁹ States of Jersey (1997: L. 3/97, 503). La legge è ben illustrata da MORRIS, STEVENSON, *The Jersey Limited Liability Partnership: a New Legal Vehicle for Professional Practice*, in *The Modern Law Review*, vol. 60, July 1997, pp. 538 ss. Salvo diversa specificazione, le osservazioni che seguono sono da imputarsi ai due Autori.

Partnership (LLP), combinando la tradizionale struttura della *partnership* con i fondamentali principi della personalità giuridica separata e della responsabilità limitata propri delle società di capitali.

Vale la pena analizzare i punti chiave di questa legge: natura giuridica della LLP, responsabilità dei suoi *partners*, tutela dei terzi contraenti e criteri di registrazione.

La natura giuridica della LLP si richiama alle fondamentali previsioni della normativa inglese (*Partnership Act 1890* e *Limited Partnership Act 1907*), individuando il rapporto di *partnership* come il rapporto associativo intercorrente tra diverse persone al fine di svolgere degli affari e trarre degli utili da essi, ma a seguito di registrazione in conformità della legge viene distinta la personalità giuridica della società da quella dei singoli soci.

Ogni socio opera quale *agent* nell'interesse ed in rappresentanza della società, ma non anche degli altri partecipanti. Particolarità, e al contempo attrattiva, di tale legge consiste nel fatto che essa non pone restrizioni alla partecipazione dei *partners* all'amministrazione della società, in questo differenziandosi, quindi, da quanto previsto.

I terzi stipulano contratti con la società, pertanto cambiamenti che dovessero verificarsi nella compagine sociale a seguito di morte, dimissioni, ecc. dei singoli soci non hanno effetto sui diritti o sulle responsabilità nel frattempo maturati a favore o a carico della società.

Il nocciolo della normativa, proprio per il suo porsi come strumento adeguato all'esercizio delle professioni, riguarda la responsabilità dei soci per *negligence*. La legge si prefissa lo scopo di proteggere il *partner* innocente dalle conseguenze negative che gli deriverebbero a seguito di azione di questo tipo (positivamente conclusa) esperita contro la società. La LLP è espressamente individuata quale obbligata per ogni impegno assunto, perciò i soci non ne sono responsabili (ove nell'ordinario sistema delle *partnerships* i soci sarebbero responsabili illimitatamente e in solido con la società stessa). Non è possibile attribuire responsabilità al *partner* innocente richiamandosi al principio per cui ogni socio agisce in rappresentanza anche di ogni altro

partner, infatti si è già visto come la nuova legge disponga che il membro di una LLP operi esclusivamente quale rappresentante della società. Fanno eccezione i soli debiti personali dei soci o le perdite da essi causate.

La normativa si preoccupa anche di apprestare una più incisiva tutela dei terzi, in particolare dal punto di vista dell'informazione degli stessi sulla natura giuridica dell'ente. A questo proposito la ragione sociale deve esplicitamente contenere la dizione «*Limited Liability Partnership*», o la sigla «LLP» ed inoltre è attribuito ai terzi stessi il diritto di visionare tutti i documenti conservati presso il *Jersey Registrar of LLPs*.

Va a favore dei terzi anche una «*financial provision*»⁴⁰, che obbliga la società a sottoscrivere una garanzia di almeno 5 milioni di sterline⁴¹ che una o più banche o compagnie assicurative sono tenute a pagare, alla dissoluzione della LLP, ai responsabili della liquidazione. Tale somma è vincolata allo scioglimento della società, pertanto non può essere oggetto di trasferimenti, privilegi o altri vincoli, né di azioni proposte da soci o creditori. La sua presenza è vista favorevolmente in quanto supera lo scoglio della responsabilità limitata, offrendo un mezzo sul quale i terzi possono fare affidamento, analogamente al capitale sociale di una *company*. Essa costituisce garanzia anche per il *partner* innocente, che in questo modo viene protetto dalle regole della responsabilità solidale⁴². I vantaggi di questa garanzia, peraltro, sono più sulla carta che nella realtà, specialmente ove si consideri che per la sua applicazione è necessario l'espletamento (e la positiva soluzione) di tre distinti procedimenti: quello iniziale per il risarcimento dei danni provocati dalla *negligence*, quello di fallimento e conseguente messa in liquidazione della LLP e quello di rivalsa sul patrimonio della società durante il fallimento stesso. In più si aggiunge la necessaria concorsualità di tutti i creditori sociali nell'ambito

⁴⁰ Così è definita dalla LLP (*Jersey*) Law al suo art. 6.

⁴¹ Art. 6(2)(a) e (9) LLP (*Jersey*) Law. L'art. 45 prevede che la cifra possa essere cambiata oppure che possano essere introdotti nuovi metodi di calcolo della stessa, ad opera di successiva regolamentazione.

⁴² MORRIS, STEVENSON, *The Jersey Limited Liability Partnership* cit., p. 547.

della procedura di liquidazione, senza nessuna preferenza accordata al creditore procedente.

Particolari limitazioni sono previste relativamente alla registrazione delle LLPs costituite in base ai criteri della legge in esame. Solo le *partnerships* che abbiano una «candida reputazione», infatti, sono idonee all'iscrizione, e questo al fine di «proteggere l'integrità dell'Isola in materia commerciale e finanziaria e il miglior interesse economico dell'Isola»⁴³.

Non sono mancate critiche al modello appena visto: il timore più diffuso è quello che questo mezzo si presti ad abusi venendo utilizzato per limitare la responsabilità dei soci nell'intento di frodare i terzi. Analogo discorso è stato fatto e si fa anche in relazione alle *company*.. Nel raffronto con la LLP, comunque, quest'ultima potrebbe avere maggior fortuna se non altro in rapporto alla normativa fiscale; infatti se il problema della responsabilità limitata del socio può risolversi costituendo una società di capitali che svolga al suo interno anche funzioni di carattere professionale, rimane fermo il principio per cui la LLP è pur sempre una *partnership*, e come tale sottoposta al regime fiscale più vantaggioso proprio di essa. Secondo un'altra prospettiva, invece, si rileva come la somma di 5 milioni di sterline necessariamente richiesta in garanzia, funga da filtro "naturale", rischiando di trasformarsi in deterrente alla proliferazione di questa tipologia societaria. L'importanza di questa legge va rapportata all'autonomia politico-legislativa di cui gode il *Jersey*; la sua struttura geografica (si tratta di un'isola) consente di individuare in essa una comunità a sé stante e permette quindi di valutare nel piccolo quali risultati ed effetti possono ottenersi a livello più ampio, in particolare proponendo analoga legge nel Regno Unito⁴⁴. A tal fine è stata istituita una commissione di inchiesta con il compito di investigare e riferire risultati e difficoltà accertate.

1.6 Il Limited Liability Partnerships Bill 1998

⁴³ *Borrowing (Control) (Amendment No 3) (Jersey) Law 1996, Art. 3(b)*. MORRIS, STEVENSON, *The Jersey Limited Liability Partnership* cit., p. 549.

⁴⁴ Per questo la presentazione come «sperimento».

Sempre del 1997 è l'iniziativa legislativa del Governo britannico per l'introduzione nell'ordinamento della *limited liability partnership* quale nuova forma di *business association*. L'esigenza di cui il Governo si è fatto portatore è quella della istituzione di un modello societario che fosse una via di mezzo tra la *partnership*, con tutti i suoi limiti, primo fra tutti la responsabilità illimitata dei soci, e la *company* che, pur accordando la responsabilità limitata, presenta altri svantaggi quali il rispetto di "gravose" formalità per la sua costituzione e la separazione della proprietà dalla direzione e dall'amministrazione⁴⁵.

Il nuovo ente combina la flessibilità organizzativa interna della *partnership* con la responsabilità verso l'esterno tipica della *company*, pertanto il disegno di legge⁴⁶ fonde tre principi generali ricavati dalla disciplina relativa ad ognuna delle due strutture:

(a) responsabilità limitata, che presuppone la regolare registrazione in modo che i creditori possano accedere alle informazioni relative alla società;

(b) *incorporation*, mediante la quale alla LLP viene riconosciuta autonoma soggettività giuridica rispetto alle persone dei singoli soci;

(c) flessibilità, nel senso dell'organizzazione interna secondo modalità liberamente concordate alle quali non è necessario dare pubblicità nel dettaglio.

Anche qui uno dei principali obiettivi che il disegno di legge si prefigge è quello di mettere a disposizione delle professioni intellettuali uno strumento per l'esercizio della propria attività. In quest'ambito la società ed i suoi membri restano soggetti al regime disciplinare dei *professional bodies*⁴⁷ in conformità alle disposizioni della nuova legge che, quindi, impone il rispetto dei requisiti

⁴⁵ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *Limited Liability Partnerships Bill Consultation Document*, il cui testo completo si può leggere in internet: www.dti.gov.uk. Si è ritenuto di virgolettare la parola "gravose" dato che si è già visto come, raffrontate con le formalità richieste dall'ordinamento italiano, quelle imposte dal Regno Unito siano decisamente più agevoli.

⁴⁶ *Limited Liability Partnerships Bill*. Si userà l'abbreviazione LLPs *Bill*.

⁴⁷ *Sec. 2 (3) (b) LLPs Bill 1998*; D.T.I., *Limited Liability Partnerships Bill Consultation Document*, chapters 2.5 e 4.1.

di integrità e competenza⁴⁸, ma anche la predisposizione delle misure necessarie alla supervisione dell'attività sociale ed all'informazione del pubblico relativamente alle funzioni professate⁴⁹. Queste disposizioni rientrano nella *sec. 2 LLPs Bill 1998* dedicata alla «*Eligibility for membership*» che prescrive anche l'obbligo di definire preventivamente⁵⁰ chi potrà o non potrà divenire socio. Sono datate 1999 le *Limited Liability Partnerships Regulations*, ora sottoposte, insieme al disegno di legge, al vaglio del Parlamento britannico. La *Part 2* si intitola «*Eligibility*» ed offre l'interpretazione delle espressioni usate all'interno delle *Regulations* in relazione alle professioni intellettuali: così «*regulatory body*» è l'organizzazione, con sede nel Regno Unito, che definisce le regole di condotta per i suoi membri; «*rules*» sono le regole che il *regulatory body* ha il potere di emettere, incluse quelle relative all'ammissione o all'espulsione dall'Ordine; «*member*» è la persona soggetta alle regole di condotta predisposte dal *regulatory body*; «*appropriate qualification*» significa riconoscimento della qualificazione ottenuta da un individuo, a seguito di un periodo di pratica che il *regulatory body* ritiene adeguato per assicurare l'acquisizione di un «appropriato livello di competenza»⁵¹. La rilevanza di queste disposizioni è dimostrata dalla *part 2.2 LLPs Regulations 1999* che espressamente stabilisce che nessuna associazione di professionisti iscritti può registrarsi come LLP senza una dichiarazione scritta dell'Ordine di appartenenza che accetti l'associazione così costituita come proprio membro.

I soci devono essere almeno due⁵² e la relazione che viene ad instaurarsi tra loro, conformemente alle esigenze di flessibilità che si sono ricordate, è regolata dalle revisioni contenute nei documenti costitutivi della LLP, in subordine dagli accordi successivamente intervenuti tra di essi, oppure, in mancanza di specifici accordi, dalle disposizioni relative alle *partnerships*⁵³. Ogni socio opera come *agent* della LLP (e solo di essa, non anche degli altri

⁴⁸ D.T.I., *Limited Liability Partnerships Bill Consultation Document*, chapter 2.4.

⁴⁹ *Sec. 2 (4) (e) LLPs Bill 1998*.

⁵⁰ Tale obbligo è attribuito al *Secretary of State* dalla *sec. 15 (1) e (3) LLPs Bill 1998*.

⁵¹ *Part 2.1 LLPs Regulations 1999*.

⁵² *Sec. 3 (1) (a) LLPs Bill 1998*.

soci) vincolandola con le sue azioni, salvo nei casi in cui non abbia l'autorità per farlo in determinate materie e la persona con cui abbia contratto fosse a conoscenza del fatto⁵⁴. Per ottenere l'*incorporation* i documenti costitutivi della società vanno depositati presso l'Ufficio del Registro delle società esattamente come se si trattasse di una *company*. Il certificato che viene rilasciato è la dimostrazione della regolarità dei documenti presentati e atto di nascita della LLP con la denominazione specificata nei documenti stessi⁵⁵.

In attuazione dell'intento di ridurre le formalità necessarie alla costituzione, che il Governo si è riproposto nel *Consultation document* del 1997, la legge non richiede che vengano redatti atto costitutivo e statuto, ma prescrive che, ai fini dell'applicazione del *Companies Act* 1985, gli «*incorporation documents*» di una LLP siano trattati come *memorandum of association* di una *company* e il «*partnership agreement*» come *articles of association*.

Il disegno di legge contiene disposizioni specifiche in ordine al trattamento fiscale della LLP. Essa viene assimilata alla *partnership* e quindi beneficia di un trattamento fiscale trasparente, nonostante la sua autonoma soggettività di diritto⁵⁶.

Importante è anche menzionare la *sec. 13 LLPs Bill* 1998, in quanto per la prima volta la Gran Bretagna adotta disposizioni atte a dare riconoscimento alle società straniere. Normalmente esse vengono considerate *companies* non registrate⁵⁷, ma in questo caso il Governo ha ritenuto di dover procedere diversamente, attribuendo al *Secretary of State* il compito di stabilire quali *businesses* legalmente esercitati fuori dei confini del Regno Unito possano riportarsi agli scopi di una LLP inglese. Non è invece stata ripresa dalla

⁵³ *Sec. 6 (1) LLPs Bill* 1998.

⁵⁴ *Sec. 7 LLPs Bill* 1998.

⁵⁵ *Sec. 4 (5) LLPs Bill* 1998.

⁵⁶ D.T.I., *Limited Liability Partnerships Bill Consultation Document*, chapter 4.4 e *sec. 10 LLPs Bill* 1998 il quale stabilisce: «*for the purposes of the Tax Acts, a trade, profession or business carried on by a limited liability partnership shall be treated as carried on in partnership by the members of the limited liability partnership (and not by the limited liability partnership itself)*».

⁵⁷ D.T.I., *Limited Liability Partnerships Bill Consultation Document*, chapter 6.1.

legislazione relativa al *Jersey* la previsione che obbliga a sottoscrivere una garanzia per il caso di scioglimento della società. Si è ritenuto che imporre un tale obbligo alla LLP equivallesse a discriminarla rispetto alla *company*⁵⁸, per la costituzione della quale non è richiesto questo onere, ed in definitiva a sancirne la scarsa utilizzazione⁵⁹.

2. LA DOTTRINA DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA (*THE SEPARATE ENTITY DOCTRINE*)

2.1. Il caso *Salomon e le sue conseguenze*

Come visto, la più importante conseguenza dell'*incorporation* è l'acquisto della personalità giuridica da parte della società. Secondo il CA 1985, s 13(1), con la registrazione del *memorandum* della società, il registro delle società certifica che la società è "*incorporate*", ed il s. 711(1) (a) prevede che il registro dia notizia dell'emissione di un certificato di registrazione nella *Gazette*. Ora, l'art. 13(3) prevede che: "*from the date of incorporation mentioned in the certificate, the subscribers of the memorandum, together with such other persons as may from time to time become members of the company, shall be a body corporate by the name contained in the memorandum*".

Questa previsione crea una entità legale separata dagli azionisti, il "*body corporate*"⁶⁰.

La dottrina della personalità giuridica (*corporate entity doctrine*), sebbene già conosciuta al diritto inglese⁶¹, venne definitivamente sancita alla

⁵⁸ Quanto meno alla *private company*, dato che in ordine alla *public company* è richiesto, e costituisce garanzia, un capitale sociale minimo di riferimento pari a 50 mila sterline. V. *supra*.

⁵⁹ D.T.I., *Limited Liability Partnerships Bill Consultation Document*, chapter 3.8.

⁶⁰ MAYSON, FRENCH & RYAN *on Company Law*, 2003-2004 edition, Oxford University Press 142.

⁶¹ "*The separateness of corporate identity and the provision of limited liability for members of a limited company under English law are crucial to how English law has dealt with the issue of substantive consolidation. The concept of incorporation was developed with*

fine del secolo XIX, con il caso *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.*⁶² che, come dice la dottrina, “*is probably the most famous case in company law*”⁶³ e che si ritiene fonte della *separate corporate entity doctrine*⁶⁴.

In questo caso Aron Salomon costituisce una società al fine di godere limitazione di responsabilità nello svolgimento dei suoi affari: il capitale registrato è di 40.000 sterline divise in azioni del valore di una sterlina ciascuna. Di tale capitale, lo stesso Salomon, sua moglie ed i figli sottoscrivono un'azione ciascuno ed inoltre la società emette obbligazioni a favore di Salomon. Quando la società, versando in stato di insolvenza, viene assoggettata alla procedura concorsuale, sorge il problema di stabilire se le obbligazioni emesse a favore della persona fisica Salomon siano valide e debbano essere soddisfatte con precedenza rispetto ai creditori chirografari: questi ultimi ne sostengono infatti l'invalidità sulla base del fatto che la società è una *one-man company* ed è frutto di simulazione, essendo in realtà un mero *agent* della persona fisica Aron Salomon. I giudici di merito sostengono che la società ha diritto ad un indennizzo da parte di Salomon poiché gli altri sottoscrittori sono meri soggetti interposti rispetto a Salomon e la società non è altro che Salomon persona fisica in altra forma. Pertanto,

English law in its infancy, but it was not until the Joint Stock Companies Act of 1844 that a system for simple incorporation of a company by registration with fully transferable shares was established. Despite this, the concept of limited liability for members of such companies was still a highly controversial subject. Limited liability was in fact excluded from this Act and continued to be a much debated concept. The result of a Royal Commission in 1851 was a small majority of just five against limited liability. Nevertheless, the Limited Liability Act 1855, quickly replaced by the Joint Stock Companies Act 1856, finally introduced limited liability for companies. It was this Act that introduced the rule into English law that such companies would have to add "Limited" or "Ltd" to their name”, SIMON BOWMER, *To pierce or not to pierce the corporate veil - why substantive consolidation is not an issue under English law*, in *Journal of International Banking Law*, 2000, 15(8), 193-197.

⁶² [1897] AC 22.

⁶³ MAYSON, FRENCH & RYAN *on Company Law*, 2003-2004 edition, Oxford University Press, 144.

⁶⁴ PARKER HOOD, *Salomon's case and the single "business organisation"*, in *J.B.L.* 2001, Jan, 58-61; SCANLAN, *The Salomon principle*, in *Company Lawyer* 2004, 25(7), 196; HOWELL, *Salomon under attack*, in *Company Lawyer* 2000, 21(10), 312-314 BOWMER, cit., G.R. RUBIN, “*Aron Salomon and his circle*”, in *Essays for Clive Schmitoff*, ed John Adams (Abingdon: Professional Books, 1983), pp. 99-123; SEALY, *Modern insolvency laws and Mr. Salomon*, (1998) 16 C & SLJ 176.

servendosi l'azionista della società come mero *alter ego* di sé stesso ed in particolare come suo *agent*, la società ha diritto ad una indennità nei confronti del suo *principal*.

La *House of Lords* però, è di avviso contrario e stabilisce che anche se Salomon detiene la maggioranza delle azioni ed obbligazioni della società ed anche se il resto delle azioni sono soltanto fiduciariamente intestate ad altri ma in realtà gli appartengono, gli atti compiuti dalla società non possono essere ritenuti atti compiuti dalla persona fisica Salomon e la responsabilità della società non può essere assimilata alla sua responsabilità personale poiché il *Companies Act* non contiene nessuna norma che imponga una percentuale minima di proprietà che deve essere detenuta da ciascuno dei sette soci sottoscrittori, una percentuale di proprietà azionaria o un grado di controllo in capo ad uno o alla maggioranza degli azionisti: la titolarità anche di una sola azione in capo ad altre persone fisiche, necessarie per integrare il numero minimo di soci sottoscrittori, è infatti requisito sufficiente per la costituzione della società, non richiedendo la legge altre condizioni.

Il giudice Macnaghten sostiene che nessuna norma di diritto societario esige che i sottoscrittori dell'atto costitutivo debbano essere individui indipendenti o non legati fra loro da rapporti personali o di parentela, né impone ad essi di partecipare all'esercizio dell'impresa o richiede un determinato equilibrio di poteri ai fini della costituzione della società: il giudice afferma, tra l'altro, che: «*the company is at law a different person altogether from the subscribers to the Memorandum and, although it may be that after incorporation the business is precisely the same as it was before, and the same persons are managers, and the same hands receive the profits, the company is not in law the agent of the subscribers or trustee for them. Nor are the subscribers as members liable, in any shape or form, except to the extent and in the manner provided by the Act. That is, I think, the declared intention of the enactment*»⁶⁵.

⁶⁵ (1897), A C 22, p. 51.

Pertanto, nel caso in esame la società è regolarmente costituita in quanto tutti i requisiti richiesti dal CA tra i quali la presenza di un minimo di sette soci che detengono almeno un'azione, sono soddisfatti.

La decisione viene da sempre riconosciuta come rivoluzionaria dalla dottrina unanime, poiché non solo sancisce per la prima volta ed in modo definitivo la liceità della *one-man company*⁶⁶.

In merito al principio del caso Salomon è stato evidenziato come: *“the rule in this case has become a fundamental principle of modern English company law. There have been several Companies Acts since 1897 and changes to the incorporation formalities (not least, the reduction in the minimum number of members to just one) have been made, yet no attempt has ever been made to legislate against the rule in Salomon. It should be noted that the principle of Salomon permeates all aspects of English company law and not merely those relating to liquidation and consolidation. In fact, the case law that followed Salomon exhibits very few disputes relating to consolidation on insolvency as the separateness of companies and their members has been seen by most practitioners to have been settled ever since”*⁶⁷.

La regola sancita nel caso *Salomon*⁶⁸, che come visto elimina definitivamente la possibilità di considerare la *one-man company* come un mero *alter ego* dell'unico azionista, anche è universalmente nota come fonte del principio della *separate corporate personality*.

Successivamente alla sentenza Salomon, la personalità giuridica della società rispetto ai propri soci è diventato un principio basilare del diritto

⁶⁶ Il fenomeno moderno della costituzione di società sottocapitalizzate nelle quali i soci fondatori sono creditori della stessa società, e la degenerazione patologica dell'uso frodatario di società con capitale iniziale del tutto inadeguato all'esercizio dell'impresa o comunque al perseguimento dell'oggetto sociale, trova la propria legittimazione in questa decisione anche se tale utilizzazione della struttura della *company* non era certamente tra gli obiettivi previsti dalla concessione generalizzata della responsabilità limitata né dalla sanzione di liceità della *one-man company* operata dai giudici.

⁶⁷ BOWMER, *cit.*

⁶⁸ *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd., (1897). A.C., p. 22.* Per una approfondita disamina delle questioni economiche e giuridiche alla base della decisione si veda tra i tanti RUBIN, *cit.*, p. 29.

inglese: *“the enormous practical advantage of the existence of the separate personality of a company is that the company as a separate person can be put into legal relationships, for example, as a party to contracts or as the owner of property and it is the company as a separate person, not the members, that has the rights and obligations involved in the legal relationships to which is party. A company as a person separate from its members requires human agents to decide what voluntary legal relationships it is to enter into and to perform any physical acts necessary to enter into those relationships, but it is the company as a separate person that has the rights and duties of those relationships, not the humans who established them”*⁶⁹.

Le Corti inglesi hanno ripetutamente evidenziato le implicazioni la portata di tale principio, rilevando, tra l'altro, che *“the company’s business is conducted by the company as a separate person”*⁷⁰, che *“it is the company as a separate person that conducts the company’s business and so many defamatory statement made about the business defames the company as as a separate person, which may sue for libel or slander”* e che *“a company, as a person separate from its members, may even sue of its own members for libel”*⁷¹

In merito alla totale distinzione del patrimonio della società dai patrimoni dei singoli soci, si è rilevato come *“ the company’s property is the property of the company as a separate person not the members”*⁷²

Nella dottrina inglese vi è, tuttavia, chi ha definito tale principio scioccante⁷³.

⁶⁹ MAYSON, FRENCH & RYAN *on Company Law*, 2003-2004 edition, Oxford University Press 148.

⁷⁰ *Lord Sumner in Gas Lighting Improvement Co. Ltd V. Commissioners of Inland Revenue* [1923] AC 723

⁷¹ *Metropolitan Saloon Omnibus Co. Ltd v Hawkins* (1859) 4 Hurl & N 87; *South Hetton Coal Co. Ltd v North-Eastern News Association Ltd* [1894] 1 QB 1333).

⁷² *Macaura v Northern Assurance Co. Ltd* [1925] AC 619 p. 633, in cui Lord Wrenbury ha evidenziato come: *“my Lords, this appeal may be disposed of by saying that the corporator even if he holds all the shares is not the corporation, and neither he nor any creditor of the company has any property legal or equitable in the assets of the corporation”*.

⁷³ Questo è il parere di KHAN-FREUND, *Some Reflection on Company Law Reform*, in *M.L.R.*, 1944, p. 54., che definisce la sentenza *“calamitous decision”*.

3. IL SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA (*LIFTING THE CORPORATE VEIL*).

Premessa

Dopo aver esaminato i cardini della personalità giuridica nell'ordinamento inglese, si passeranno ora ad esaminare i vari casi di superamento della personalità giuridica, che rappresenta un modo, per il sistema giuridico, di tutelare i diritti di soggetti estranei alla *company*, non tutelati dagli strumenti classici del diritto societario, ma meritevoli di tutela al pari degli azionisti: si tratta dei c.d. creditori involontari, di soggetti, cioè, divenuti tali senza alcuna cognizione di scienza ma per atti o fatti unilaterali, in quanto provenienti dalla sola società. Come vedremo, tale categoria ha una rilevanza notevole ai fini della presente ricerca (v. *infra*).

Si esamineranno, ora, le diverse ipotesi di *piercing the corporate veil* rinvenibili nell'ordinamento inglese, partendo da ipotesi di superamento della personalità giuridica codificate, cioè espressamente previsto dal Legislatore inglese nei c.d. *statutes*.

3.1 Il piercing the corporate veil negli statutes inglesi.

Il Parlamento non è vincolato al principio Salomon, il quale non è cristallizzato in una legge ma è solamente una *doctrine*: in ragione di ciò il Parlamento non è obbligato a rispettare il principio ivi dettato, ma può, per autonome e diverse ragioni, disciplinare casi di superamento della personalità che comportano come conseguenza l'attribuzione della responsabilità personale per le obbligazioni sociali, in capo agli azionisti o agli amministratori.

Il primo caso di *lifting the veil* previsto da uno *statute* riguarda la riduzione del numero dei soci di una società di capitali.

Secondo la previsione del par. 24 del *Companies Act 1985*⁷⁴, se una società agisce per più di sei mesi con un numero di soci inferiore a due, ogni persona che risulta socio dopo i sei mesi può essere ritenuta responsabile in solido con la società, per le obbligazioni contratte.

In tale ipotesi, l'unico azionista risponde in solido con la società verso i creditori sociali i quali sono legittimati a guardare dietro lo schermo societario al fine di soddisfarsi nei confronti del proprietario delle azioni.

Nell'ipotesi disciplinata da tale norma, qualora la società continui la sua attività per più di sei mesi, i soci rimasti dopo il decorso di tale termine e consapevoli della riduzione del numero dei soci al di sotto del numero legale, sono responsabili solidalmente per le obbligazioni sociali contratte in quel periodo di tempo.

Il secondo caso di *lifting the veil* previsto dalla legge, riguarda il *fraudulent-wrongful trading*, contenuto nelle ss. 213-214 dell'*Insolvency Act*.

Il paragrafo 213 dell'*Insolvency Act*⁷⁵, stabilisce che se nel corso della procedura di *winding up* della società, risulta che l'esercizio di questa è condotto con l'intenzione di frodare i creditori della società (e a tal fine basta la frode ad un solo creditore), o qualsiasi altro creditore o per qualsiasi finalità fraudolenta, la corte su istanza del liquidatore, può ritenere ogni persona che ha consapevolmente preso parte all'esercizio sociale, responsabile per le

⁷⁴ La norma riguarda il requisito del *Minimum membership for carrying on business* e stabilisce che “*if a company, (other than a private company limited by shares or by guarantee), carries on business without having at least two members and does so for more than 6 months, a person who, for the whole or any part of the period that is so carries on business after those 6 months - (a) is a member of the company, and (b) knows that is carrying on business with only one member, is liable (jointly and severally with the company) for the payment of the company's debts contracted during the period or, as the case may be, that part of it*”.

⁷⁵ La norma stabilisce che il *fraudulent trading* si verifica (1) «*if in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with the intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for fraudulent purpose.....*», la conseguenza è la seguente: (2) «*the court, on the application of the liquidator may declare that any person who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner above-mentioned are to be liable to make such contributions (if any) to the company's assets as the court thinks proper*».

obbligazioni assunte relativamente al capitale sociale, secondo la misura stabilita dalla corte stessa.

La dottrina ha rilevato come *“Although obiter, the Judge also gave some important guidance on the court's power to determine the appropriate level of contribution to be made to the company's assets by a person held liable for fraudulent trading. There must be a nexus between the loss caused to the company's creditors by the carrying on of the business in the fraudulent manner and the quantum of the contribution the court orders should be made to the company's assets. In most cases, the contribution will therefore equal the net loss to the estate of the fraudulent trading”*.⁷⁶

Il par. 214 dell'*Insolvency Act*⁷⁷ disciplina il caso di *«wrongful trading»*⁷⁸: l'art. conferisce alla corte il potere di dichiarare la

⁷⁶ JONES, *The difficulty of proving fraudulent trading*, in *Insolvency Intelligence* 2003, 16(9), 69-70, che evidenzia altresì come *“the Court of Appeal decision affirms how high the hurdle is for a liquidator to prove intention to defraud creditors. As a result, liquidators are likely to be even less keen to bring actions under s.213 when an action under s.214 would provide the same pecuniary result to the estate but without the high standard of proof and pleading”*.

⁷⁷ La condotta disciplinata dalla norma non differisce dalla precedente essendo un sua specificazione che opera solo in casi determinati e solo se compiuta da un particolare soggetto attivo: *«.... if in the course of the winding up of the company it appears that sub section (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of the company, the court, on the application of the liquidator may declare that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper (2) This subsection applies in relation to a person if (a) the company has gone into insolvent liquidation, (b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation, and (c) that person was a director of the company at that time»*.

⁷⁸ In merito alla nomenclatura, la dottrina ha evidenziato come *“wrongful trading is not defined in the Act - it takes its name from the heading to section 214 of the Act which sets out the relevant provisions. That section provides that if, at some time before the commencement of an impending wind-up, a director knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect of the company avoiding insolvent liquidation and such a person failed to take every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors as he ought to have taken, then the court may, upon the application of the liquidator, declare him liable to make such contribution to the company's assets as the court thinks proper. The facts which a director ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are set out in section 214(4) and are those which would be known or ascertained or taken by a reasonably diligent person having (a) the general knowledge skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company and (b) the knowledge, skill and experience which the director has. For the purposes of the section, "director" includes a shadow director.”* STEPHEN GILLESPIE, *Wrongful trading: policy and*

responsabilità per le obbligazioni sociali in caso di liquidazione giudiziale per insolvenza. Inoltre, la dichiarazione di responsabilità può colpire soltanto persone che, nel periodo precedente la liquidazione, rivestivano la carica di amministratori ed erano consapevoli, o avrebbero dovuto ritenere, che non c'era alcuna ragionevole prospettiva di evitare l'insolvenza.

La predetta previsione include anche lo *shadow director* cioè la persona «*in accordance of whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act*» secondo quanto stabilito dal par. 1 del *Companies Act 1985*.

Le Corti inglesi hanno avuto diverse occasioni di pronunciarsi sulla portata della predetta disciplina.

Va riportato, all'uopo, il caso *Hydrodam (Corby) Ltd (In Liquidation), Re*⁷⁹, che nasce da un'istanza presentata dal liquidatore della *Hydrodan (Corby) Ltd* in cui si afferma che 14 convenuti si sono resi colpevoli di *wrongful trading* secondo la sezione n 214 of the *Insolvency Act 1986*. La responsabilità prevista da questa sezione è imposta esclusivamente alla persone che sono o che erano directors della società in liquidazione.

La sentenza, secondo la dottrina, è di notevole importanza, in quanto “*Hydrodan is the first reported case to give any detailed analysis of shadow directorship. It has clarified the distinction between de facto and shadow directors, and provided some guidance on the position of both parent companies and parent company directors. However further thought needs to be given to the question of a parent company director's liability as a shadow director. It is suggested that the key to such liability may be whether the director was responsible for the directions which he gave to the subsidiary's directors, in the sense that the director had a discretion as to what those*

practice., in *Journal of International Banking Law* 1989, 4(6), 269-272.

⁷⁹ [1994] B.C.C. 161 [1994] 2 B.C.L.C. 180 Times, February 19, 1994. La sentenza è stata commentata, tra gli altri, CAMPBELL, *Liability as a shadow director*, *Journal of Business Law* 1994; BHATTACHARYYA *Re Hydrodan (Corby) Ltd - Shadow directors and wrongful trading*, in *Comp. Law*. 1994, 15(5), 151-152.

*directions were.”*⁸⁰; in particolare la Corte inglese “*distinguished three kinds of directors. A de jure director is one who has been validly appointed as a director. A de facto director is one who, although not validly appointed as a director, purports to act, and is held out by the company, as a director. A shadow director, by contrast, does not purport to be a director, and is not held out by the company as one. On the contrary, a shadow director claims not to be a director, and shelters behind those who appear to be directors, whether de facto or de jure. To establish that someone was a de facto director it was necessary to prove that he undertook functions which could only be properly done by a director. Moreover, to establish that a person was a shadow director, Millett J. said it was necessary to prove the following. First, who the company's directors (whether de facto or de jure) were; secondly, that the defendant directed those directors how to act or that he was one of the persons who did so; thirdly, that those directors acted in accordance with such instructions; and fourthly, that the directors were accustomed so to act*”⁸¹.

In merito al *wrongful trading* relativamente in caso di gruppi, ed in particolare in caso di *Parent companies*, la stessa sentenza evidenzia che: “*A parent company may therefore be liable for the wrongful trading of its subsidiary as a shadow director. There has always been this possibility given that s 251 of the Insolvency Act does not include a caveat such as the one contained in the definition of shadow director in s 741(2) of the Companies Act 1985 that a company will not be a shadow director of its subsidiary just because the subsidiary's directors are accustomed to act in accordance with its directions or instructions. Clearly, in the light of Re Hydrodan a parent company should ensure that the directors of its subsidiary are allowed to act and make decisions independently in the sole interest of the subsidiary. Otherwise if a proper case can be made out, parent companies may face liability for wrongful trading. Parent company directors should not, however,*

⁸⁰ N.R. CAMPBELL, *Liability as a shadow director*, in *Journal of Business Law*, 1999.

⁸¹ [1994] B.C.C. 161 [1994] 2 B.C.L.C. 180 Times, February 19, 1994.

rest too easily. Millett J. observed "In practice, in a case of the present kind, it is much more likely that it will be found that the executive directors of the ultimate parent company (or some of them) have from time to time individually and personally given directions to the directors of the subsidiary and thereby rendered themselves personally liable as shadow directors of the subsidiary." By contrast, he said, if the parent company director has done no more than vote on resolutions at board meetings in respect of directions to the subsidiary, then that director is not a shadow director of the subsidiary"

3.2. Il piercing the corporate veil nel case law

Nell'ambito del case law inglese, diversi sono i casi rilevanti in merito al piercing the corporate veil. Si segnalano, tra i vari: *Macaura v. Northern Assurance Co*⁸², *Ebbe Vale U.D.C. v. South Wales Traffic Area Licensing Authority*⁸³, *Lee v. Leès Air Farming Ltd*⁸⁴, *D.H.N. Food Distributors*⁸⁵, *Multinational Gas v Multinational Services*⁸⁶, *The Roberta*⁸⁷, - *Harold Holdsworth & Co. (Wakefield) Ltd. v. Caddies*⁸⁸, *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. V. Meyer*⁸⁹, *D.H.N. Food Distribution Ltd v. Tower Hamlets L.B.C.*⁹⁰, *Revlon Inc v. Cripp & Lee Ltd.*⁹¹, *Adams*

⁸² (1925) AC 619. HL.

⁸³ (1951), 2 KR, p. 366. 1 (1961) A.C. 12, P.C.

⁸⁴ (1961) A.C. 12, P.C.

⁸⁵ *D.H.N. Ltd. v. Tower Hamlets* (1976) 1 WLR 852.

⁸⁶ (1983) 3 WLR 493.

⁸⁷ (1937) 58 L.L.R. 159.

⁸⁸ (1955) 1 W.L.R., 352, H.L.

⁸⁹ (1959), A.C. 324, H.L.

⁹⁰ [1976] 1 W.L.R. 852, [1976] 3 All E.R. 462, 4 L.G.R. 506. in cui la Corte d'appello quindi mostra un'apertura ad operare il *lifting the veil* se sussistono le seguenti condizioni:

- a) l'unità economica del gruppo considerato una entità giuridica unitaria;
- b) la coincidenza delle persone degli azionisti di controllante e controllate e degli amministratori delle diverse società;
- c) la *ratio legis* dello *statute* in questione che impone l'attribuzione dell'indennizzo in situazioni simili e che quindi esige il superamento della personalità giuridica, unico modo per consentire la sua applicazione;
- d) la motivazione equitativa, cioè la necessità di soddisfare istanze di giustizia sostanziale del caso concreto che la negazione del superamento, ingiustamente comprimerebbe;

v. Cape Industries plc⁹². In quest'ultimo caso i giudici fissano alcuni principi cardini in merito al l'operatività del *lifting the veil* nei gruppi di società⁹³.

In particolare, dalla predetta sentenza si rileva come, nonostante la sua natura di rimedio eccezionale il *lifting the veil* sia stato ritenuto legittimo in tutti i casi nei quali la struttura societaria sia soltanto una «*mere facade*»⁹⁴ che indica l'ipotesi in cui la *company* sia utilizzata come mera copertura, come schermo per mascherare una diversa realtà.

A riguardo, va evidenziato come, dalla lettura del *case law*, emerge che una delle ipotesi più comuni affrontata dalle Corti inglesi è il caso in cui soggetti tenuti all'adempimento di particolari obblighi giuridici hanno utilizzato società di capitali per evitare tale obbligo.

In tali casi le corti inglesi hanno ordinato sia alla persona fisica che alla società di adempiere quell'obbligo, descrivendo la società come una *sham* (di solito insieme ad altri termini come "*cloak*" o "*mask*"). L'epiteto *sham* deriva dalle parole di Lindley LJ in un giudizio che non interessava una società⁹⁵. In questo caso Mr. Thomas Prosperous Hancock vendette la propria drogheria, recante la ditta di "T.P. Hancock", a Mr Smith promettendo a quest'ultimo di non aprire un'altra attività di drogheria entro 5 miglia dal negozio per i successivi dieci anni.

e) la presenza, nelle società in questione e nei rapporti controllante-controllata, di alcune caratteristiche che rendono le persone giuridiche molto più simili alle *partnerships* che alle *companies* e che quindi giustificano la loro considerazione soggettiva unitaria.

La sentenza è stata commentata da: HAYTON, *Contractual Licences and Corporate Veils* (1977), in *Cambridge Law Journal* 12.; SUGARMAN AND WEBB, "*Three-in-One*": *Trusts, Licences and Veils* (1977) 93, in *Law Quarterly Review* 170; POWLES, "*See-through*" *Corporate Veil* (1977) 40, in *Modern Law Review* 339. RIXON, *Lifting the veil between holding and subsidiary companies* (1986), in *Law Quarterly Review* 102 (JUL), 415-423.

⁹¹ (1980), F.S.R., 85.

⁹² (1990), Ch. 433, *Scott J e C.A.* (pet. Dis. 1990, 2 W.L.R., p. 786, H.L.).

⁹³ BOWMER, *To pierce or not to pierce the corporate veil - why substantive consolidation is not an issue under English law*, in *Journal of International Banking Law* 2000, 15(8), 193-197; WARDMAN, *The search for virtual reality in corporate group relationships*, in *Comp. Law*. 1994, 15(6), 179-181; GRIFFIN, *Holding companies and subsidiaries - the corporate veil*, in *Comp. Law*. 1991, 12(1), 16-17.

⁹⁴ Altri termini per indicare questa situazione sono: *device*, *sham*, *creature*, *stratagem*, *mask*, *puppet*,

⁹⁵ *Smith v Hancock* [1894] 2 Ch 377.

Sette anni dopo, sua moglie e sua nipote aprirono una drogheria a 200 yards sotto la ditta di Mrs. T.P. Hancock, utilizzando l'avviamento del nome Hancock.

La Corte di appello, a maggioranza, affermò che questa non era una violazione dell'obbligo di non concorrenza, ma Lindley LJ, a pag. 385, disse che:

“If the evidence admitted of the conclusion that what was being done was a mere cloak or sham, and that in truth the business was carried on by the wife and [the nephew] for [Mr Hancock], or by [Mr Hancock] through his wife for [the nephew], I certain should not hesitate to draw that conclusion and to grant the [claimant] relief accordingly”.

Questo principio fu utilizzato nel caso *Gilgord Motor Co. Ltd v Horn*⁹⁶, in cui il convenuto, Mr. E.B. Horne, tentò di aggirare un obbligo di non concorrenza stipulato con la società attrice, utilizzando la propria consorte, J.M. Horne, per formare una società, J.M. Horne Co. Ltd., che avviò un'attività concorrenziale rispetto a quella dell'attore.

Lord Hanworth MR affermò, a pag. 656 della sentenza, che:

“I am quite satisfied that this company was formed as a device, a stratagem, in order to mask the effective carrying on of a business of Mr. E.B. Horne. The purpose of it was to try to enable him, under what is a cloak or a sham, to engage in business which, on consideration of the agreement which had been sent to him just about seven days before the company was incorporated, was a business in respect of which he had a fear that the plaintiffs might intervene and object”.

Dalla lettura dei casi citati, non analizzabili per ovvi limiti in questa sede, emerge come le corti inglesi siano disposte a sollevare il *veil of incorporation* nei seguenti casi:

⁹⁶ [1933] Ch 934.

a) la corte deve interpretare una legge, un contratto o altro accordo che lega le diverse società del gruppo ed il superamento è l'unica interpretazione rispettosa della *voluntas legis* o della volontà delle parti,

b) la corte ottiene la prova della natura di «*mere façade*» della società che deve essere stata costituita al solo fine di occultare una diversa realtà;

c) la corte stabilisce che la società agisce in qualità di *authorised agent* per conto degli amministratori o dei soci della controllante, siano essi persone fisiche o giuridiche.

La dottrina più attenta⁹⁷ precisa che solo il secondo caso rappresenta un vero esempio di *lifting the veil*, perché nelle altre due ipotesi la distinta personalità giuridica della società non è messa in discussione, ma ciò che interessa alla corte è raggiungere un risultato pratico identico a quello offerto dal *lifting the veil*, che permetta di rendere responsabile un soggetto per le obbligazioni di un altro o che imputi ad un soggetto diritti ed obbligazioni propri di un soggetto diverso.

3.3 Le posizioni della dottrina inglese sul lifting the corporate veil

La dottrina inglese è coerente nel ritenere che non è possibile trovare un comune denominatore alle decisioni delle corti inglesi nei casi di *lifting the veil* ed, inoltre, le relative decisioni non sono affatto coerenti tra loro⁹⁸.

La dottrina evidenzia sempre che, anche quando le corti si dichiarano disposte a squarciare il velo della *incorporation*, lo fanno in modo del tutto episodico e casuale senza definire esattamente i limiti oltre i quali la persona giuridica non può essere legittimamente utilizzata: pertanto le decisioni variano caso per caso⁹⁹ ed è molto difficile tentare di razionalizzare

⁹⁷ GOWER, *op. cit.*, p. 133.

⁹⁸ BOYLE e BIRDS, *Company Law*, cit. p. 16; FARRAR cit. p. 73; PALMER, cit. p. 2223; GOWER, *Company Law*, cit., p. 14; SEALY, *Cases and Materials in Company Law*, cit., p. 47; PRENTICE, *op. cit.*, p. 101.

⁹⁹ È particolarmente significativo a questo proposito il commento del giudice Rogers sull'atteggiamento delle corti nei confronti della teoria del *lifting the veil* nel caso *Briggs v. James Hardie & Co Pty Ltd.*, (1989) 16 NSWLR 567, secondo il quale «*the threshold problem*

l'imponente *case law* formatasi in materia senza fare appello alla vasta, onnicomprensiva ma quanto mai vaga, motivazione della *policy*. Tra le varie opinioni in merito si segnalano quelle di Pennington¹⁰⁰ w Schmitthoff¹⁰¹.

La dottrina generalmente afferma che nei casi nei quali si dà luogo al *lifting the veil*¹⁰², la legge per il tramite di uno *statute* o delle corti, supera lo schermo della persona giuridica raggiungendo i singoli membri che la compongono oppure ignora la personalità separata di ciascuna singola società a favore della unitaria entità economica costituita dal gruppo di società.

Il secondo esempio di *lifting the veil* è spesso soltanto classificato come specificazione del caso precedente essendo qui i soci persone giuridiche e non persone fisiche: anche in quest'ultima circostanza è necessario tenere distinte le due situazioni poiché nella seconda il *lifing* è molto più frequente dato che l'eccezione al principio della responsabilità limitata è avvertita come meno afflittiva, determinando la responsabilità in capo ai soci-persone giuridiche. Infatti, la vera e più pesante aggressione al sistema della *company*, è

arises from the fact that there is no common, unifying principle, which underlines the occasional decision of courts to pierce the corporate veil. Although an ad hoc explanation may be offered by a court which so decided, there is no principled approach to be derived from the authorities..... ».

¹⁰⁰ PENNINGTON, *Company Law*, London, 1990, p. 53.

¹⁰¹ SCHMITTHOFF, «*Salomon in the Shadow*», 1976, in *JBL*, p. 305.

¹⁰² Sul *lifting the veils* vedano: GOWER, *Modern Company Law*, London, 1992; FARRAR, *Company Law*, London, 1991; BOYLE e BIRDS, *Company Law*, London, 1995; SEALY, *Cases and Materials in Company Law*, London, 1992; DINE, *Company Law*, London, 1991; CHARLESWORTH, *Principles of Company Law*, London, 1991; MAYSON, FRENCH e RYAN, *Company Law*, London, 1994; PALMER, *Company Law*, London, 1991; PENNINGTON, *Company Law*, London, 1990; RAJAK, *A Sourcebook of Company Law*, London, 1989; HAHLO, *Cases and Materials on Company Law*, London, 1987. Il tema del *lifting the veil* è inoltre stato oggetto di numerosi contributi specifici tra i quali in particolare si segnalano: KAIN-FREUND, *Some reflections on Company Law Reform*, 1944, 7, in *M.L.R.* 54; PICKERING, *The Company as a separate legal entity*, 1964, 31, in *M.L.R.* 481; RIXON, *Lifting the veil between holding and subsidiary companies*, (1986) 102, in *L.Q.R.*, 415; OTTOLENGHI, *From peeping behind the corporate veil, to ignoring it completely*, (1990), in *M.L.R.*, 338; GALLAGHER e ZIEGLER, *Lifting the corporate veil in pursuit of Justice*, (1990), in *J.B.L.*, 292; GRIFFIN, *Holding companies and subsidiaries-the corporate veil*, (1991), 12, in *Co Law.*, 16. Inoltre per una visione comparatistica del problema si vedano: WHINCUP, *Inequitable incorporation*, (1981), 2, in *Co Law.*, 158; HAMILTON, *The corporate entity*, (1971), 49, *Texas L.R.* 979, DOBSON, *Lifting the veil in four countries: the law of Argentina, England, France and the U.S.*, (1986) 35, in *I. C.L.Q.* 839.

l'attribuzione di responsabilità ai suoi soci quando essi sono individui, mentre imputare la responsabilità per le obbligazioni contratte da una persona giuridica, ad una diversa *corporation*, non è operazione altrettanto pericolosa perché si tratta comunque di creazioni dell'ordinamento giuridico, di *personae fictitiae* per le quali la pregnanza della responsabilità personale, è sicuramente minore, perché solo metaforicamente intesa.

Una tesi innovativa è quella dell' Ottolenghi¹⁰³ che individua quattro diverse ipotesi di superamento della personalità giuridica: il *peeping behind the veil*, il *penetrating the veil*, l'*extending the veil* e l'*ignoring the veil*.

Il *peeping behind the veil* si ha quando l'ordinamento intende assumere informazioni sui soggetti che realmente detengono il controllo della *company* quindi in concreto sulle persone degli azionisti, sulla percentuale della loro partecipazione e le loro reciproche relazioni che influiscono sul controllo. Una volta ottenute queste informazioni, il velo è quindi immediatamente riposto sulla società che viene da quel momento considerata e trattata secondo la regola generale, come entità giuridica separata alla quale però è possibile attribuire determinate caratteristiche frutto dello sguardo gettato sulla sua struttura. Il primo esempio di tale tecnica, è di carattere generale e si verifica ogni volta che uno *statute*, guardando oltre lo schermo societario, si riferisce alla nozione di controllo della società, mentre gli altri esempi sono mutuati dai diversi *Companies Act* che operano il *peeping behind the veil* quando definiscono il concetto di *holding company*, *wholly owned subsidiary* o *associated company*. Il secondo gruppo di esempi è offerto invece dall'esperienza delle corti che possono definire la natura della *company* in base alle informazioni che riguardano i suoi azionisti o i soggetti che esercitano il controllo sulla società.

Vi è poi il *penetrating the veil* che concerne gli azionisti che la corte raggiunge oltre lo schermo societario, e, qualora siano azionisti di controllo, attacca personalmente: lo scopo di questo superamento è rendere responsabili

¹⁰³ OTTOLENGHI, op. cit., p. 338.

personalmente gli azionisti per le operazioni sociali o determinare l'entità del loro diritto sul patrimonio sociale.

La terza fase del *lifting the veil* è *l'extending the veil*, prevede l'estensione di un'unica struttura societaria ad una serie di società cui *il Companies Act 1989* si riferisce in termini di *group undertaking*. Questa particolare tecnica mira a superare la distinzione soggettiva di ciascuna società che forma il gruppo per considerare l'insieme delle persone giuridiche come un unico soggetto che le comprende tutte: dall'unità economica dell'impresa di gruppo si deriva l'unità giuridica dei soggetti di diritto che la esercitano. Questo si verifica ad esempio, quando il gruppo esercita un'unica attività economica comune, caso in cui le società, capogruppo e controllate, non fanno altro che realizzare l'oggetto sociale in forma mediata o diretta, e le singole società del gruppo non sono considerate come entità dotate di singola soggettività, perché il velo dell'*incorporation* viene esteso sopra tutte le società e ne annulla l'individualità: ciò che interessa ai giudici in queste fattispecie non è più la singola *corporate entity* bensì l'unitaria impresa di gruppo (*enterprise entity*).

L'applicazione più “forte” del *lifting the veil* è *l'ignoring the veil* è sicuramente l'applicazione più estrema del *lifting the veil* ed è a volte denominata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, *disregarding the veil*: consiste in una reazione sanzionatoria ed afflittiva predisposta dai giudici per i casi nei quali la società non è stata costituita per le finalità proprie dell'istituto o comunque scopi leciti e meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, ma soltanto allo scopo di eludere i creditori o frodare la legge.

Le corti hanno creato una serie di epiteti per tali società che vengono alternativamente chiamate *sham*, *puppet*, *bubble company*, *scheme* o *instrumentality*.

Nonostante lo scopo perseguito dagli azionisti di controllo non sia affatto commendevole, i giudici esasperano a volte tale tecnica di repressione degli abusi tanto da causare effetti negativi sull'intero ordinamento giuridico

e prima di tutto sui propri poteri, poiché essi si trovano nell'impossibilità di emettere alcun tipo di provvedimento giurisdizionale contro la società che, come soggetto di diritto, non esiste.

La classificazione proposta da Ottolenghi trova conforto in quell'autorevole dottrina¹⁰⁴ che così riassume i casi di *lifting the veil*: «...*the law either goes behind the corporate personality to the individual members, or ignores the separate personality of each company in favour of the economic entity constituted by a group of associated concerns*».

4. IL SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA NEL DIRITTO AMERICANO. CENNI.

4.1 Le società negli Stati Uniti

Negli Stati Uniti esistono le General e limited partnership, che sono sostanzialmente regolate secondo quella stessa disciplina che è già stata analizzata relativamente alla Gran Bretagna, quindi si fa riferimento a quanto sopra esposto, tranne per quegli aspetti specifici che si andranno a descrivere. Diversa è la definizione che della *partnership* dà l'*Uniform Partnership Act*¹⁰⁵, rispetto al corrispondente britannico: il § 6(1) UPA la descrive come un'associazione tra due o più persone che esercitano come comproprietari un'attività a scopo lucrativo¹⁰⁶; un'organizzazione di persone fisiche che intraprendono una relazione di *agency*, assumendosi la responsabilità illimitata per i debiti dell'aggregazione¹⁰⁷. La definizione è più completa e soddisfacente rispetto a quella inglese in quanto specifica che si tratta di un'associazione, e che gli associati ne esercitano l'attività come comproprietari¹⁰⁸.

¹⁰⁴ CHARLESWORTH, op. cit., p. 27.

¹⁰⁵ D'ora innanzi UPA.

¹⁰⁶ § 6(1) UPA: «*A partnership is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit*».

¹⁰⁷ JENNINGS e BUXBAUM, *Corporations*, St. Paul, Minn., 1979, p. 17.

¹⁰⁸ HEENEN, *Partnerships* cit., p. 98.

I *partners* hanno piena ed eguale capacità rappresentativa nei confronti dei terzi. Eventuali diverse pattuizioni si riflettono esclusivamente nel rapporto interno tra i consociati. Già prima dell'approvazione dell'*Uniform Limited Partnership Act*, nel 1916, il contratto di società poteva prevedere che alcuni soci fossero responsabili solo limitatamente al proprio conferimento, in questo modo costruendo la figura del *limited partner*¹⁰⁹. L'ULPA altro non fa che dare riconoscimento giuridico alla *limited partnership* quale istituto creato per rispondere all'esigenza, di ordine finanziario, di reperimento di capitale a basso rischio per l'investitore.

Nemmeno negli Stati Uniti la *partnership* ha personalità giuridica, ma il § 8(3) UPA, autorizza gli acquisti in nome della società, riconoscendole un certo grado di distinzione rispetto alle singole persone che ne fanno parte. E' responsabile per gli atti dei soci come suoi *agents*¹¹⁰, e di riflesso essi sono responsabili per i debiti e le obbligazioni della società. A differenza di quanto accade in Gran Bretagna quindi, le *partnerships* statunitensi sono titolari di diritti ed obblighi¹¹¹. La disciplina americana risulta più incisiva anche nello stabilire cosa costituisce attività d'impresa: il § 2 UPA dopo aver ripreso il concetto del *Partnership Act* 1890, aggiunge che *business* è anche una serie di transazioni orientate verso un preciso ed unico risultato.

Nessuna regola pone limiti al numero delle persone che possono far parte di una *partnership*, né richiede il rispetto di particolari formalità per la sua costituzione. Anzi, essa è considerata esistente anche quando l'attività d'impresa non sia iniziata, purché sussista il contratto, sottoscritto dalle parti. Rappresentanza e amministrazione seguono le stesse regole delle *partnerships* inglesi.

Un'ultima considerazione concerne lo scioglimento della società, che può derivare da disposizioni dell'atto costitutivo o dalla violazione di esso, da

¹⁰⁹ Presente per la prima volta in uno *statute* di *New York* del 1822.

¹¹⁰ § 9 UPA, il quale specifica che ogni *partner* è agente, in questo senso, per l'oggetto dell'attività sociale e solo per esso.

¹¹¹ Si è accennato in precedenza al fatto che l'ordinamento statunitense, al pari di quello italiano, riconosce alle *partnerships* soggettività giuridica propria.

eventi non prevedibili, dalla morte o dal fallimento di uno dei soci, da provvedimento giudiziale¹¹². Nel caso di morte (e solo in questo caso) del socio la cui prestazione personale fosse parte essenziale del contratto con la società è dato al cliente decidere se portare a conclusione il suo rapporto con la società¹¹³ o al contrario recedere da esso provocando l'immediato scioglimento. Le spesso grosse dimensioni di alcune *partnerships* mal si conciliano con la rigidità delle disposizioni legislative. Per questo motivo molti degli Stati dell'Unione hanno adottato norme che consentono l'inclusione negli atti costitutivi di clausole derogatorie alla disciplina uniforme: così si può prevedere che l'amministrazione sia congiunta oppure che la società non si dissolva a seguito del verificarsi di una delle cause di scioglimento di cui al § 31 UPA.

Si accenna appena alla *joint stock company*, istituto attualmente in disuso, le cui caratteristiche si conformano totalmente alla disciplina relativa alle *limited partnerships*, tranne per il fatto che ognuno dei suoi membri gode della responsabilità limitata. La sua importanza è legata al fatto che il capitale sociale è rappresentato da azioni, pertanto è comunemente riconosciuta come antesignana della moderna società per azioni, ma non avendo personalità giuridica il suo utilizzo è oggi scarsamente rilevante.

E' invece in tema di *business corporations*¹¹⁴ che la disciplina britannica e quella statunitense divergono in modo più evidente. Il diritto americano infatti, riconosce una sola forma di società di capitali: la *business corporation* appunto, che può atteggiarsi, a seconda delle sue caratteristiche, nei diversi modi che si andranno ad illustrare in seguito. La contrapposizione tra

¹¹² § 31 UPA.

¹¹³ HEENEN, *Partnerships* cit., p. 98.

¹¹⁴ Negli USA il termine *corporation* sta ad indicare i diversi tipi di enti collettivi dotati di personalità giuridica. Corrisponde, grosso modo, alla nostra espressione «persona giuridica» o «ente morale». Sono *corporations* le suddivisioni politiche ed amministrative degli Stati dell'Unione (*municipal corporation*), così come gli enti religiosi e di beneficenza (*elemosinary corporation*). Sono *non-profit corporations* quegli enti che non possono esercitare attività commerciali dirette al conseguimento di utili quando il fine sia quello di distribuirli tra gli associati e non di reinvestirli in attività della società, mentre l'espressione

public e private corporations ha avuto una certa rilevanza solo nel XIX secolo, durante quel periodo di transizione cioè, in cui si è passati da una concezione della *corporation* quale ente pubblico, alla stessa come promotrice di interessi privati. Successivamente la legislazione statale si è orientata verso la uniforme trattazione della persona giuridica, indipendentemente dalle finalità da essa perseguite.

La potestà legislativa nelle mani dei singoli Stati porta quale conseguenza che all'interno della Confederazione convivano molteplici disposizioni statutarie. Va evidenziato, peraltro, che sono ormai pochi i Paesi che non hanno aderito alle leggi uniformi di settore: *Uniform Partnership Act*, *Uniform Limited Partnership Act* e *Model Business Corporation Act* con le loro successive modificazioni e revisioni. Essi costituiscono una sorta di legge quadro la cui adozione è solitamente dettata dall'esigenza di favorire una concorrenziale presenza sul mercato internazionale e dunque il miglior conseguimento dello sviluppo economico dell'area. La competenza a legiferare che l'art. 1, sez. 8 della Costituzione degli Stati Uniti d'America, riconosce al Governo federale nell'ambito delle relazioni internazionali e interstatali (cd. "*commerce clause*")¹¹⁵, si riflette sui rapporti tra persone fisiche e/o giuridiche operanti nel commercio, non certo sulla struttura di tali operatori, che rimane esclusivo oggetto della legislazione nazionale.

La Corte Suprema degli Stati Uniti¹¹⁶ definisce la *corporation* come «un'entità artificiale, invisibile, intangibile, esistente solo nella contemplazione della legge». Ed in effetti, questa affermazione è più rilevante di quanto possa sembrare se si considera che la legge che crea l'entità in oggetto è quella statale; la *corporation* va allora organizzata secondo i canoni della normativa del Paese nel quale ha il suo domicilio, e contemporaneamente solo questo Stato ne riconosce la personalità giuridica e ne determina diritti e privilegi,

business corporation individua specificamente quelle persone giuridiche che sono costituite per l'esercizio di attività commerciali con scopo di lucro.

¹¹⁵ «*The Congress shall have power [...] to regulate commerce with foreign nations and among the several state [...]*».

come fosse una qualsiasi persona naturale. Teoricamente, al di fuori dei confini geografici la società non esiste e pertanto potrebbero esserle impediti gli scambi nell'ambito del Paese straniero. Nella pratica, questo complicato intreccio di competenze nazionali è risolto piuttosto semplicemente tramite l'adozione di regole specifiche relative al riconoscimento delle società straniere. Questo non significa che ad esse sia riservato lo stesso trattamento, con gli stessi privilegi, attribuiti alle società interne, ma almeno ne è garantita l'operatività, senza che sia richiesto l'ulteriore adempimento di oneri costitutivi.

Sempre alla Corte Suprema si deve l'elaborazione di una serie di fattori che identificano specificamente la *corporation*. Questi fattori noti come “*Morrissey test*” in quanto ricavati dalla sentenza relativa alla causa *Morrissey v. Commissioner of the Internal Revenue Service*¹¹⁷, sono stati recuperati negli anni '60 dall'*Internal Revenue Service* (IRS, corrispondente grosso modo al nostro Fisco) stesso, il quale li ha poi utilizzati per distinguere la *corporation* dalle altre forme associative ai fini dell'applicazione delle imposte sui redditi. Si vedrà meglio analizzando le single fattispecie cosa questo significhi nella pratica, nel frattempo basta puntualizzare che il reddito delle *corporations* è soggetto a doppia imposizione: in capo alla società che lo produce, ed in capo ai singoli soci nel momento in cui lo percepiscono sotto forma di utile.

Il più importante tra i fattori del “*Morrissey test*” è quello relativo alla personalità giuridica separata della società rispetto a quella dei suoi membri. Niente di nuovo rispetto allo stesso concetto cui siamo abituati, tranne per il fatto che negli USA l'interesse della giustizia e l'esigenza di protezione dei terzi che entrano in contatto con la società sono più sentiti che in Europa. Pertanto formule come «disconoscere la funzione della società (*disregard the corporate function*)» e «perforare la cortina della società (*pierce the corporate veil*)», nel senso del superamento della personalità giuridica, si riscontrano

¹¹⁶ In una sentenza riportata da LAING, *The Commercial Laws of United States*, in *Digest of Commercial Laws of the World*, by L. NELSON, december 1994, p. 49.

¹¹⁷ 296 U.S. 344 (1935).

spesso nei provvedimenti delle Corti e negli stessi atti legislativi, onde evitare che la personalità giuridica possa essere utilizzata per mascherare intenti fraudolenti o comunque illeciti: un uso del concetto della personalità giuridica per finalità non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento (elusione del pubblico interesse, perpetrazione di frodi, copertura di reati, ecc.) dovrebbe indurre la legge a trattare la società come una semplice associazione di persone¹¹⁸.

Altra importante caratteristica, che è anche uno dei vantaggi tipici della *corporation*, è la responsabilità limitata accordata a tutti i suoi membri. Questa consente di svolgere un'attività commerciale limitando i rischi economici di una gestione sbagliata. Essa non può sostenersi in presenza di irregolarità nell'*incorporation* o di speciali disposizioni legislative come, ad esempio, quella che ritiene i soci personalmente responsabili per il pagamento delle imposte e degli stipendi ai dipendenti.

Le successive quattro caratteristiche non presentano aspetti di rilievo, paragonate alle *companies* inglesi e alle società per azioni italiane, pertanto ci si limita ad elencarle:

3. i titoli azionari devono essere liberamente trasferibili (non operano le restrizioni viste a proposito delle *private companies*);

4. l'amministrazione va esercitata congiuntamente, salva la possibilità di delega ad appositi comitati esecutivi;

5. gli associati sono azionisti;

infine

6. scopo dell'ente è quello di esercitare un'attività economica per dividere gli utili tra gli associati.

Alle formalità necessarie per la costituzione provvedono dei promotori (*promoters*), che devono garantirne il corretto adempimento e che spesso risultano essere anche i primi amministratori della società. A differenza di quanto accade in Gran Bretagna, gli atti da essi compiuti per conto della società

¹¹⁸ V. ancora l'opinione del giudice *Sanborn*, in *United States v. Milwaukee*

prima del suo formale riconoscimento, possono essere da questa successivamente assunti in via esclusiva o in solido¹¹⁹ con i promotori stessi, nel corso della prima riunione del consiglio di amministrazione. Si è già visto che la legge regolatrice di una società è quella del Paese in cui viene stipulato l'atto costitutivo e rilasciato il *certificate of incorporation*. In passato la scelta dello Stato di insediamento dipendeva in larga misura dai vantaggi fiscali che ne sarebbero derivati; ora che legislazione e giurisprudenza si sono orientate nel senso di assoggettare il reddito prodotto all'imposta di ogni singolo Paese nel quale è esercitata l'attività, l'unico reale motivo per il quale preferirne uno rispetto ad un altro concerne la maggiore elasticità ed autonomia relativa all'organizzazione interna della società¹²⁰.

E' comunque l'atto costitutivo (*charter* o *articles of incorporations*) il documento più importante a questo fine. Ciascuno Stato prevede quale debba essere il numero minimo di soci alla costituzione; quanto agli altri aspetti si può tranquillamente rinviare all'analisi effettuata per gli stessi documenti inglesi.

Una volta stipulato, dev'essere depositato presso il *Secretary of State* competente, il quale rilascia un *certificate of incorporation*, sempre che non riscontri contenuto illegale, nel qual caso rifiuterebbe il deposito. Altra copia viene solitamente depositata presso la segreteria della contea nella quale è stabilita la sede sociale. A seconda della disciplina vigente nei diversi Stati, la società acquista personalità giuridica al momento del deposito dell'atto costitutivo o al momento del rilascio del relativo certificato.

Nel corso della prima assemblea si procede alla nomina degli amministratori, e all'approvazione dello statuto (*by-laws*), contenente anche in questo caso previsioni relative alla regolamentazione e alla direzione degli affari della società conformemente alle disposizioni della legge e dell'atto

Refrigerator Transit Co..

¹¹⁹ Perché i promotori possano essere liberati dalle obbligazioni assunte anteriormente alla costituzione della società è necessario che la controparte abbia a ci, espressamente acconsentito.

¹²⁰ In questo senso la legislazione del *Delaware*, per esempio, è preferita sulle altre. Cfr. JENNINGS e BUXBAUM, *Corporations* cit., p. 78.

costitutivo¹²¹. La prima riunione del consiglio di amministrazione procede, come già accennato, all'assunzione, per conto della società, di tutti o parte dei contratti già conclusi dai promotori.

Le formalità richieste per la costituzione, pur essendo analoghi i procedimenti, sono assai più esigue negli Stati Uniti che in Gran Bretagna. L'unico documento che viene depositato presso un ufficio pubblico è l'atto costitutivo, mentre la stessa sorte non tocca a statuto, bilanci e verbali d'assemblea. Inoltre non è necessario che alla data di incorporazione le azioni della società siano già state sottoscritte, salvo quelle relative ai soci fondatori (che sono solitamente pochissime: basta infatti che ogni socio ne abbia sottoscritta almeno una).

La maggiore elasticità della normativa statunitense, della quale si è già potuto apprezzare qualche esempio, si manifesta anche in ordine al funzionamento degli organi sociali. Così l'assemblea dei soci, annuale o speciale¹²² che sia, può essere sostituita dalla cd. "*written consent procedure*", ossia deliberando attraverso l'espressione scritta del consenso di tanti soci quanti sono necessari per l'iniziativa in oggetto¹²³.

L'attività degli amministratori e dei direttori amministrativi è vincolata al perseguimento dell'interesse sociale e richiede di essere svolta in buona fede, con la cura e la diligenza che ogni persona mediamente prudente, nella stessa posizione, userebbe in simili circostanze¹²⁴, indipendentemente da specifiche competenze e professionalità di cui il singolo soggetto è dotato. Onde snellire la gestione, le leggi statali prevedono a volte la possibilità di istituire dei comitati esecutivi di tre o più amministratori¹²⁵.

Non resta ora che analizzare le peculiarità di ognuna delle fattispecie nelle quali la figura della *corporation* come appena descritta si divide.

¹²¹ § 28 *Model Business Corporation Act*.

¹²² Così viene definita l'assemblea straordinaria nel MBCA.

¹²³ A volte è richiesta l'unanimità. V. per es. *Calif. Corp. Code* § 603, per l'elezione degli amministratori.

¹²⁴ § 35(2) MBCA.

¹²⁵ V. per es. *New York Business Corp. Law* § 712(a) e (c).

Il modello standard è quello delle “C” *corporations*, che è il più utilizzato. Si parla semplicemente di *corporation*, ma non è raro che venga contraddistinta dalla lettera “C”, proprio per distinguerla quando venga messa a confronto con le altre tipologie.

Vi sono poi che Le “S” *corporations*, che consistono in una società di capitali a ristretta base azionaria: per legge non possono avere più di una categoria di azioni, né possono avere più di 75 soci¹²⁶ e nessuno di essi dev’essere straniero¹²⁷. Come qualsiasi *corporation* gode del privilegio cd. della *perpetual life*, pertanto non si dissolve a seguito del recesso di uno dei membri dalla società. Nello stesso tempo, però beneficia di un regime fiscale trasparente che colpisce solo gli azionisti nel momento in cui percepiscono gli utili.

Vi è poi la *close corporation*, che è una struttura che si può in parte assimilare alla *private company* inglese.

In generale si può dire che è caratterizzata da una restrizione alla possibilità di trasferire le proprie azioni, e dal fatto che i membri del consiglio di amministrazione non vengono eletti annualmente, ma rimangono gli stessi per tutta la durata della società¹²⁸. Sono poi le legislazioni statali a definire specificamente le sue caratteristiche. La *Delaware General Corporation Law*, al § 342, la descrive come quella il cui atto costitutivo contiene le seguenti regole: limite al numero dei proprietari delle azioni di ogni classe, che non deve superare le trenta persone; restrizioni al trasferimento dei titoli; divieto di ricorrere al pubblico risparmio. Inoltre l’atto costitutivo deve specificamente indicare la qualità di *close corporation*, l’identità degli azionisti e quali caratteristiche devono avere coloro che possono o non possono divenire tali. Non è impedito ai soci di compiere atti di amministrazione parallelamente al consiglio di amministrazione; in questo caso per la responsabilità di ogni socio

¹²⁶ Il precedente limite di 35 azionisti è stato innalzato nel 1996 dallo *Small Business Job Act*.

¹²⁷ Il concetto di straniero fa riferimento alla Confederazione degli Stati Uniti complessivamente intesa.

viene estesa agli atti di cui è artefice, mentre ne sono sollevati gli amministratori. La qualità di *close corporation* può essere persa tramite approvazione di un emendamento all'atto costitutivo che cancelli i requisiti elencati nel § 342¹²⁹. Ma non è escluso che questo possa avvenire anche per vie di fatto, quando il paragrafo in oggetto sia sistematicamente violato e né la società, né ogni singolo azionista prendano provvedimenti atti a rimediare a tali inosservanze¹³⁰. La *California Corporation Law* pone il limite di dieci quale numero massimo di azionisti; per il resto le sue disposizioni si richiamano al *Del. Gen. Corp. Code*¹³¹. Anche qui l'attività sociale è gestita dal consiglio di amministrazione ed è ammessa l'ingerenza dei soci (con le stesse conseguenze sul regime di responsabilità personale viste a proposito della *Delaware close corporation*).

L'istituto più recente e più interessante di cui osservare lo sviluppo¹³² è quello della *limited liability company*. In Gran Bretagna essa è presente nei connotati della *private company*; negli Stati Uniti invece ha maturato caratteristiche sue proprie che ne hanno determinato un incredibile successo¹³³. Può essere definita come una struttura ibrida, che unisce i vantaggi tipici delle società di capitali, cioè la responsabilità limitata dei soci e la personalità giuridica propria, con la caratteristica più apprezzata delle società di persone, ossia la sottoposizione ad un regime fiscale trasparente con conseguente tassazione diretta in capo ai soci.

Ma le rassomiglianze all'una o all'altra tipologia non sono certo limitate a questi aspetti: la *limited liability company* dev'essere costituita da almeno due persone, pur se alcuni Paesi stabiliscono che possa essere formata

¹²⁸ Ovviamente nei limiti dell'interesse sociale e finché i soci ripongano in esso al fiducia necessaria.

¹²⁹ *Del. Gen. Corp. Code* § 346.

¹³⁰ *Del. Gen. Corp. Code* § 345(b).

¹³¹ *Calif. Corp. Law* § 158.

¹³² Specialmente in considerazione del suo utilizzo per l'esercizio dell'attività professionale.

¹³³ Dal 1977, anno in cui viene adottato nel *Wyoming* il primo *statute*, fino al 1991, solo otto Stati riconoscevano l'istituto in questione, ma dall'agosto 1996 la relativa legislazione

da un unico socio¹³⁴, senza invece alcuna limitazione nel loro numero massimo e riguardo alla loro cittadinanza. Il *Colorado* esplicitamente esige che si tratti di sole persone fisiche che abbiano già compiuto il diciottesimo anno d'età. Ognuno dei soci ha il diritto di partecipare all'amministrazione, senza perdere il beneficio della responsabilità limitata, ma il *board of directors* può, altresì essere costituito da soggetti estranei al vincolo societario ed eletti annualmente dall'assemblea degli azionisti. Come nella *corporation*, è richiesto che l'amministrazione sia esercitata congiuntamente. Come per tutte le forme associative, la legge che disciplina la gestione interna della società è quella dello Stato nel quale essa è organizzata. La registrazione presso la Segreteria di Stato è obbligatoria onde rendere pubblica la natura di ente a responsabilità limitata. E' il caso di accennare ad un aspetto peculiare che si discosta dai riferimenti alle strutture delle società di capitali e di persone così come sono state presentate finora: solo la legislazione del *Nevada* richiede che nell'atto costitutivo sia indicato l'oggetto sociale per il quale la LLC è organizzata¹³⁵ gli altri Stati, invece, non ne richiedono la specificazione, determinando per legge quali attività possono essere esercitate per il tramite di questo strumento.

È liberamente trasferibile solo il diritto patrimoniale intrinseco al titolo azionario, ma è necessario il consenso unanime dei soci perché il cessionario assurga alla qualifica di membro e quindi acquisisca il «diritto di partecipare all'amministrazione dell'attività e agli affari della *limited liability company*»¹³⁶. Spesso I requisiti cui deve rispondere l'aspirante socio sono indicati nell'atto costitutivo, esattamente come accade per le *partnerships*.

è presente in tutti i cinquanta Stati federali (l'anno d'oro è stato il 1993, con la sua approvazione in ben 18 Paesi).

¹³⁴ *Colorado, Kansas e Virginia.*

¹³⁵ KEATINGE., RIBSTEIN, PACE HAMILL, GRAVELLE, CONNAUGHTON, *The Limited Liability Company: A Study of the Emerging Entity*, in *The Business Lawyer*, vol. 47, february 1992, p. 411.

¹³⁶ *Colo. Rev. Stat. § 7-80-702(1)*. Ma cfr. anche *Fla. Stat. Ann. § 608.431 e 432; Kan. Stat. Ann. § 17- 7617 e 7618; Nev. Rev. Stat. Ann. § 86.351; Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. art. 1528n, art. 4.04 e art. 4.05-.07; Utah Code Ann. § 48-2b-103 e 131(1); Va. Code Ann. § 13.1-1038 e 1039 («assignment of pecuniary interest allowed without consent of other LLC members unless LLC's articles of organization provides otherwise»); Wyo. Stat. § 17-15-122*

Si riconosce il regime delle società di persone anche nelle previsioni relative alla dissoluzione del vincolo societario: innanzitutto la LLC ha natura istituzionalmente transitoria; non può durare più di trent'anni¹³⁷. Inoltre viene automaticamente messa in liquidazione a seguito della morte o del fallimento di uno dei soci. La volontà unanime dei soci può consentire la prosecuzione dell'attività nonostante la variazione nell'assetto delle partecipazioni. A differenza delle *partnerships*, invece, la LLC non si scioglie per recesso del socio.

Non si può negare che l'evoluzione della LLC è stata principalmente favorita dalla sua soggezione ad un regime fiscale trasparente quale quello delle *partnerships*. L'IRS è pervenuto a questa conclusione nel 1988, dopo aver sottoposto l'istituto in oggetto al *Morrissey test* che si è avuto modo di illustrare in precedenza. Non essendo l'esistenza della struttura separata dalle vicende personali dei singoli soci, e non potendosi considerare liberamente trasferibili le partecipazioni¹³⁸, non restava altra soluzione. Nel dicembre 1996, però l'IRS ha adottato di un provvedimento che lascia ai soci la libertà di scegliere il regime di tassazione cui sottoporre la società: esso è noto come *check the-box regulation*, dato che la scelta si concreta tramite la semplice apposizione di una "X" nel quadratino contenuto nell'apposito formulario¹³⁹

Ora, va evidenziato il recente sviluppo negli Stati Uniti della *Limited Liability Partnership*

Pur esistendo già in precedenza, è dal 1990 che l'insoddisfazione nei confronti di un regime fiscale legato alla struttura della società di capitali in rapporto alla piccola impresa¹⁴⁰, ha provocato un'esplosione di atti legislativi che danno riconoscimento alle forme organizzative combinanti la

(«If the required consent is not obtained, the transferee is entitled to receive only the share of profits or other compensation to which the transferor would otherwise be entitled»).

¹³⁷ La sec. 202(2) del *Michigan LLC Act 1997* per, ne ammette la durata perpetua.

¹³⁸ Cfr. l'elencazione dei sei fattori del *Morrissey test* data precedentemente.

¹³⁹ Cfr. S. GUIISO-GALLISAY, *Le "Limited Liability Companies": un nuovo strumento per le joint ventures tra Italia e USA*, in *Le società*, n. 4/1998, p. 392.

¹⁴⁰ Si noti come ancora una volta siano le manovre del Fisco a determinare i maggiori cambiamenti nell'assetto economico-societario americano.

responsabilità limitata della *corporation* con il regime fiscale più favorevole della *partnership*¹⁴¹.

Tale incredibile sviluppo legislativo ha portato la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* ad adottare, nel 1996, l'*Uniform Limited Liability Partnership Amendments* (ULLPA) all'UPA, che, assoggettando le LLPs al regime delle *general partnerships*, introduce specifiche disposizioni relative al tipo di responsabilità attribuita ai soci, al passaggio da *partnership* a LLP ed al riconoscimento delle analoghe strutture straniere.

Lo strumento della LLP garantisce ai soci la piena protezione da responsabilità per qualsiasi tipo di attività svolta e per tutti i debiti e le obbligazioni della società, salvi, naturalmente, i casi in cui tali obbligazioni derivino direttamente dalla propria condotta scorretta¹⁴². Ciò significa che il *partner* di una LLP non è personalmente responsabile solo per il fatto di essere o agire come socio; il "colpevole" della condotta negligente è personalmente responsabile, mentre gli altri soci non sono chiamati a rispondere per la stessa condotta. Va comunque osservato che alcuni Paesi, in contrasto con tale disposizione, garantiscono un esonero da responsabilità soltanto parziale, nel senso che i soci sono chiamati a rispondere anche per la *negligence* di coloro che operano sotto la loro diretta supervisione¹⁴³.

Negli Stati in cui vige una LLP *law* una *general partnership* può diventare LLP registrando presso l'apposito Ufficio del *Secretary of State* il documento contenente le principali informazioni relative alla società (*statement of qualification*). Il consenso dei soci sulla predetta trasformazione dev'essere unanime e lo *status* di LLP è presunto fino a nuovo accordo tra i soci (*statement of cancellation*); è per, necessario il deposito di una relazione

¹⁴¹ BISHOP, *The Limited Liability Partnership Amendments to the Uniform Partnership Act (1994)*, in *The Business Lawyer*, vol. 53, nov. 1997, p. 101.

¹⁴² § 306 (c) UPA.

¹⁴³ Cfr. BISHOP, *The Limited Liability Partnership Amendments* cit., p. 112, che riporta, fra l'altro, in appendice un'interessante tabella indicante Stato per Stato il regime di responsabilità cui sono soggetti i *partners* di LLP ed anche le distinzioni in tal senso dovute all'esercizio di un'attività professionale o meno.

annuale che contenga le stesse informazioni richieste allo *statement of qualification*¹⁴⁴, pena la revoca dello *status* stesso¹⁴⁵. Prima della revoca il *Secretary of State* deve avvertire la società in modo che possa eventualmente riparare alla mancanza, ed in ogni caso il termine dello *status* di LLP non dissolve la società che continua ad esistere come *general partnership*¹⁴⁶.

Lo *statement of qualification* deve contenere la denominazione sociale, l'indirizzo della sede esecutiva o, se straniera, di un ufficio situato nello Stato¹⁴⁷, ed in quest'ultimo caso anche i dati di coloro che sono autorizzati ad agire per conto della società (anche in questo caso il vincolo che si instaura tra la società e la persona che per essa agisce è individuabile nella rapporto di *agency*¹⁴⁸) e la specifica identificazione quale LLP.

Perché possa operare in uno Stato straniero è anche necessario che in quello stesso Stato la LLP registri un apposito *statement of foreign qualification* in tutto uguale al documento che è richiesto alle società interne¹⁴⁹, nel rispetto delle specifiche norme dettate in materia¹⁵⁰.

Vediamo ora le differenze tra la LLC e le altre società.

Nel rapporto con una *general partnership* la LLC si distingue e viene preferita per il requisito, più volte menzionato, della responsabilità limitata; pur non essendo ammessa, nel caso specifico, un'esenzione assoluta da responsabilità¹⁵¹, essa viene garantita ai singoli soci di fronte alla negligente condotta di altri all'interno della società stessa¹⁵². Più complicato è il sistema di trasferimento della proprietà delle partecipazioni sociali, dato che se da un lato

¹⁴⁴ § 1003 (a) (1)-(3) UPA.

¹⁴⁵ § 1003 (c) UPA.

¹⁴⁶ § 1003 (c) e (d) UPA.

¹⁴⁷ § 1001 (c) (2) UPA.

¹⁴⁸ § 1001 (c) (3) UPA. L'*agent* dev'essere un individuo residente nello Stato o quanto meno autorizzato ad esercitare il commercio in esso.

¹⁴⁹ § 1102 (a) UPA.

¹⁵⁰ Pertanto la LLP straniera non potrà offrire servizi, per es. di carattere professionale, se ciò non è consentito nemmeno ad una LLP interna. V. § 1101 cmt. UPA.

¹⁵¹ Le leggi statali si affiancano ai Codici di Condotta nel vietare che lo strumento societario diventi uno schermo dietro al quale il professionista possa rifuggire da responsabilità nei confronti del cliente.

ne è ammessa la libera trasferibilità, dall'altro si specifica che solo gli interessi patrimoniali godono di questo regime, non invece il diritto di voto e di partecipazione all'amministrazione che qualificano il socio rispetto a qualsiasi altro. E sempre paragonata alla *general partnership*, più gravose sono le formalità necessarie per la costituzione, perché per la LLC, beneficiando i soci di responsabilità limitata, è necessaria l'iscrizione, mentre la *partnership* è identificabile per vie di fatto. Giocano, però ancora a favore della LLC le norme relative all'amministrazione: nella *partnership* ogni socio ha un voto, mentre nella LLC ogni socio vota in proporzione alla propria partecipazione, inoltre, a tutela del terzo contraente, la legge prevede che il socio vincoli in ogni caso la società, mentre l'UPA stabilisce che la *partnership* è vincolata solo quando il socio agisca «*in the ordinary course of business*»¹⁵³. Infine, se nessuna previsione legislativa tiene in considerazione le *partnerships* straniere, ogni LLC *law* contiene apposito paragrafo dedicato alle LLCs di altri Paesi, in tal modo favorendo una più facile espansione di quest'ultimo mezzo per i commerci interstatuali ed internazionali.

La principale differenza tra la LLC e la *limited partnership* consiste nel fatto che quest'ultima è amministrata esclusivamente dai *general partners*, mentre ai soci con responsabilità limitata spetta un ruolo del tutto marginale all'interno della società. La LLC presenta, quindi, il vantaggio di non sottoporre i soci alla cd. "*control rule*", secondo la quale i *limited partners* divengono responsabili come *general partners* nel momento in cui partecipano al controllo dell'attività. Questa regola all'interno della *limited partnership* ha la funzione di garantire i terzi contro le interferenze nell'amministrazione da parte di soggetti che non rispondono illimitatamente per le obbligazioni assunte, ma nella LLC questo rischio non sussiste dato che né i soci, né gli amministratori (siano essi soci o meno) sono responsabili per i debiti della società. In compenso presenta lo svantaggio di richiedere necessariamente il consenso

¹⁵² Cfr. per es. *Utah Code Ann.* § 48-2b-111(2): «*persons rendering professional services in LLC are personally liable for their own acts or omissions but not for those of any other member, manager, or employee*».

unanime dei soci per proseguire l'attività al seguito della morte o del fallimento di uno o più fra i soci, mentre nella *limited partnership* le vicende che riguardano i *limited partners* non incidono sulla struttura e non costituiscono causa di scioglimento.

Nel raffronto con le *corporations* i vantaggi sono innanzitutto di ordine fiscale (ed anche questo si è già visto più volte), dato che la tassazione è unica in capo ai soci e non anche in capo alla società. Ma è un vantaggio anche il fatto che la LLC non sia tenuta all'emissione di certificati equivalenti alle azioni di una *corporation*, mentre le quote di partecipazione sono opportunamente registrate nell'atto costitutivo; ciò riflette il fatto che le partecipazioni di una LLC non godono della piena trasferibilità tipica dei titoli azionari. A tale ultima caratteristica è collegata anche l'attribuzione diretta ai soci dell'amministrazione societaria, pur non essendo impedita l'elezione annuale di un consiglio di amministrazione composto da soggetti esterni.

Dato che la normativa sulla LLC risponde principalmente alle esigenze manifestate dal "piccolo commercio"¹⁵⁴, si ritiene di dover effettuare un breve paragone anche rispetto alle "S" *corporations*. Alla LLC non è imposto alcun limite quantitative nel numero di associati, né relativamente alla cittadinanza dei suoi membri. Inoltre, non è previsto che la LLC debba avere una sola categoria di azioni, e ci spiega anche come sia possibile che la LLC abbia dei soci che non sono ammessi «all'amministrazione dell'attività e agli affari della LLC»^{155 156}.

Dopo questo esame sulle tipologie di società negli Stati Uniti, passiamo ora ad esaminare il case law americano sul piercing the corporate veil.

4.2 Il principio della responsabilità limitata nell'ordinamento americano

¹⁵³ §§ 9-14 UPA.

¹⁵⁴ «*Small business*»: imprese familiari, *joint ventures*, società professionali, ecc.

¹⁵⁵ *Colo. Rev. Stat.* § 7-80-702(1) cit. *supra*, cap. 1, par. 1.3.2.4, nt. 90, p. 29.

Uno dei principi fondamentali del diritto societario americano è la *limited liability*¹⁵⁷, in merito a cui la dottrina ha evidenziato che: « *The policy of our law today sanctions incorporation with the consequent immunity from individual liability. It follows that no fraud is committed in incorporating for the precise purpose of avoiding and escaping personal responsibility. Indeed, that is exactly why most people incorporate, and those dealing with corporations know, or at least are presumed to know, the law in this regard* »; « *This attribute of limited liability is regarded by most persons as the greatest advantage of incorporation. Indeed many immigrants doubtless possess full knowledge of this fact before coming within hailing distance of the Statue of Liberty*». ¹⁵⁸.

In relazione a tale principio, il *piercing the corporate veil* è stata definita come una «valvola di sicurezza» del sistema del diritto societario statunitense, in quanto: “ *“Piercing the veil jurisprudence” has provided the safety valve in American law for American courts in “exceptional” cases to avoid unacceptable results arising from the rigid application of entity law in situations in which third parties have been injured by the substantial departure of controlling shareholders from accepted corporate mores* “¹⁵⁹.

L'espressione *piercing (o lifting) the corporate veil* è di Maurice Wormser, che la impiegò nel titolo di un fondamentale articolo sull'argomento della disapplicazione del principio di responsabilità limitata¹⁶⁰.

In merito all'applicazione della regola, va evidenziato come, al pari dell'esperienza inglese, anche in questo caso la varietà delle pronunce

¹⁵⁶ Tutta la parte relativa ai paragoni con le diverse tipologie societarie sono state tratte da KEATINGE., RIBSTEIN, PACE HAMILL, GRAVELLE, CONNAUGHTON, *The Limited Liability company* cit. pp. 386-403.

¹⁵⁷ BLUMBERG, *Limited Liability and Corporate Groups*, 11 J. Corp. L. 574 (1986).

¹⁵⁸ WORMSER, *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*, New York, 1927, p. 24; WORMSER, *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*, New York, 1927, p. 24.

¹⁵⁹ BLUMBERG, *The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations*, in 15 del. J. Corp. L. 283, (1990), p. 290.

giurisprudenziali impedisce l'individuazione di un filo conduttore¹⁶¹, come si evince da quella che dovrebbe essere la regola generale del *veil piercing* americano, i.e. la massima del Giudice Sanborn nel caso *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*: « [A] corporation will be looked upon as a legal entity as a general rule, and until sufficient reason to the contrary appears; but, when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, the law still regard the corporation as an association of persons»¹⁶².

4.3. Il case law americano sul piercing the corporate veil.

Dalla lettura del *case law* americano si possono effettuare le seguenti considerazioni:

- il *piercing the corporate veil* viene effettuato quando avviene, la disapplicazione della regola della responsabilità limitata riguarda società di capitali unipersonali o, comunque, con un numero ristretto di soci (cosiddette *closely held corporations*);

- in ogni caso, i giudici tendono fortemente a ritenere che il *veil piercing* presupponga una partecipazione attiva e un comportamento positivo del socio ai cui danni il *piercing* si esplica;

- sono molto più frequenti le applicazioni del *piercing the corporate veil* quando invocate da creditori involontari della società (come ad esempio i danneggiati da fatto illecito compiuto dalla società o i beneficiari finali dei prodotti di consumo o dei servizi offerti dalla società) che quando invocate da normali creditori contrattuali;

¹⁶⁰ L'articolo in questione è *Piercing the veil of Corporate Entity*, in 12 Colum. L. Rev. 496 (1912).

¹⁶¹ Si vedano, in generale e a titolo di esempio, *Bernardin Inc. v. Midland Oil Corp.*, 520 F. 2d 771 (Th Cir. 1975); *Consolidated Sun Ray, Inc. v. Oppenstein*, 335 F. 2d 801 (8th Cir. 1964); *Puamier v. Barge* BT 1793, 395 F. Supp. 1019 (E.D. Va. 1974); *Zaist v. Olson*, 154 Conn. 563, 227 A. 2d 552 (1967).

¹⁶² *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, 142 F. 247, 255 (Wis. 1905).

- le corti giudiziarie tendono a considerare illimitatamente responsabili i soci nel caso in cui la società abbia creato una falsificazione della propria situazione finanziaria tale da trarre in inganno i creditori circa la propria solvibilità,

- le applicazioni del *piercing the corporate veil* conducono molto più spesso alla dichiarazione di responsabilità di una società per i debiti assunti da una società collegata o partecipata che alla dichiarazione di responsabilità illimitata di singoli individui per le obbligazioni assunte dalla società di appartenenza;

- le corti giudiziarie applicano la regola della responsabilità illimitata nella maggior parte dei casi in cui i partecipanti ad un'attività economica societaria hanno disatteso importanti formalità procedurali proprie dell'organizzazione della società (formalità che riguardano, ad esempio, le procedure di emissione delle azioni, di elezione degli amministratori, di indizione e svolgimento dell'assemblea, di tenuta delle scritture contabili);

- ancora, le corti tendono ad effettuare il *veil piercing* quando i soci abbiano trascurato di mantenere separati i loro patrimoni personali e quello societario, creando confusione tra gli stessi, specie all'atto di eseguire pagamenti;

- i giudici sono molto più inclini a disapplicare il beneficio della responsabilità limitata qualora rilevino che l'attività societaria è stata avviata o comunque è stata condotta senza che si disponesse di un capitale adeguato a far fronte ai rischi che l'attività medesima comporta;

- ancora, i giudici sono molto più inclini a disapplicare il beneficio della responsabilità limitata se constatano che vi è stata, da parte dei partecipanti alla società, una rappresentazione falsata dell'ammontare del patrimonio sociale, ossia della primaria garanzia dei creditori, a nocumento ovviamente dell'attendibilità delle valutazioni compiute da questi ultimi.

4.4. Segue. Creditori contrattuali ed extracontrattuali

Nell'applicazione del principio del *piercing the corporate veil* i giudici americani operano una fondamentale distinzione tra responsabilità contrattuale e quella della responsabilità extracontrattuale.

I giudici americani ritengono che coloro che fondano le ragioni creditorie su un contratto precedentemente stipulato con la società meritino una tutela minore dei creditori c.d. «involontari», che hanno, cioè, “involontariamente” acquisito il loro diritto nei confronti della società¹⁶³.

Nella prima categoria rientrano la maggior parte dei creditori, i quali hanno partecipato a delle trattative negoziali nel corso delle quali hanno espresso un potere contrattuale. Costoro hanno avuto la possibilità di prevedere il possibile rischio connesso all'affare e, conseguentemente, avrebbe dovuto indurlo a condurre, prima di concludere la trattativa, apposite indagini sulla solvibilità della società e sull'affidabilità dei suoi dirigenti, ovvero a richiedere la prestazione, sempre per contratto, di idonee garanzie del credito; o ancora, a insistere affinché il grave rischio assunto fosse compensato da una

¹⁶³ Cfr. *West v. Costen*, 558 F. Supp. 564, 586 (W. D. Va. 1983) (« 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*, 43 in *U. Pill. L. Rev.* 837, 860 (1962): « [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*, 672 F. 2d 92, 100 (D.C. Cir. 1982); così come, in dottrina, EPPERSON & CANNY, *The Capital Shareholder's Ultimate Calamite: Pierced Corporate Veils and Shareholder Liability in the District of Columbia, Maryland, and Virginia*, 37 in *Cath. L. Rev.* 650, 633 (1988): «[despite extensive scholarship on the issue, however, most courts have failed to distinguish between tort and contract in deciding whether to disregard the corporate entity»]; HENN & ALEXANDER, *The Law of Corporations and Other Business Enterprises* (1983), p. 348: «[courts usually cite indiscriminately contract and tort cases as precedents». La stessa ricerca empirica di Thompson, del resto, ha rilevato che le corti giudiziarie hanno operato il *piercing the veil* nel 41.98% dei casi di responsabilità contrattuale e solo nel 30.97% delle azioni di responsabilità aquiliana (THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, cit., Table Nine). Per una critica di questi dati si veda però PRESSER, *Thwarting the Killing of the Corporation. Limited Liability Democracy, and Economics*, cit., pp. 167-68.

controprestazione di maggiore valore, come evidenziato dai giudici federali nel caso *Brunswick Corp. v. Waxman*¹⁶⁴.

I creditor involontari sono invece sono coloro che, a seguito dell'azione colposa della società, hanno riportato un danno ingiusto, per il risarcimento del quale acquistano un preciso diritto a soddisfarsi sul capitale sociale. Rientrano inoltre nella categoria 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, e più precisamente quella da noi definita responsabilità da prodotto)¹⁶⁵. È del tutto agevole osservare - anche alla luce delle considerazioni svolte sopra circa i creditori da contratto - che gli aventi diritto al risarcimento di un danno, a differenza dei primi, non potevano ragionevolmente prevedere che sarebbero entrati in questo tipo di rapporto giuridico obbligatorio con la società e, pertanto, non disponevano di alcuno strumento per annullare o ridurre il rischio ad esso connesso¹⁶⁶.

Il tema dei *tort creditors* è, negli Stati Uniti, al centro del dibattito dottrinale sulla responsabilità limitata e sarà ampiamente ripreso, pertanto, quando presenteremo gli aspetti più significativi di tali discussioni. E' opportuno per ora aggiungere soltanto che la *doctrine* della *limited liability* crea una sorta di trasferimento del rischio d'impresa da coloro che la conducono a coloro che ne sono creditori, e questo indipendentemente dal fatto che si tratti di creditori volontari o involontari. I giudici sembrano certo più inclini alla disapplicazione

¹⁶⁴ *Brunswick Corp. v. Waxman*, 599 F. 2d 34 (2d Cir. 1979), che ha confermato la precedente pronuncia della District Court pubblicata in 459 F. Suppl. 1222 (E.D.N.Y. Sep 15 1978) (p. 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*»). Si vedano anche, a titolo esemplificativo: *Washington Nat'l Corp.*, 570 P. 2d 1268 (Ariz. Ci. App. 1977); *Brunswick Corp. v. Waxman*, 599 F. 2d 34 (2nd Cir. 1979); *Abraham v. Lake Forest, Inc.*, 377 So. 2d 465 (La. Ci. App. 1980); *Savine Towing & Transportation Co. v. Merit ventures, Inc.*, 575 F. Supp. 1442 (E.D. Tex. 1983); *Bostwick-Braun Co. v. Szews*, 645 F. Supp. 221, 226 (W.D. Wis. 1986).

¹⁶⁵ Cfr. *Consumer's Co-Op. of Walworth County v. Olsen*, 419 N.W. 2d 211, 217 n. 3 (Wis. 1988).

¹⁶⁶ Cfr. *Edwards Co. v. Monogram Indus., Inc.*, 730 F. 2d 977, 982 (Sth Cir. 1984); *United States v. Jon-T Chemicals, Inc.*, 768 F. 2d 686 (51h Cir. 1985).

della *limited liability* quando questa è invocata da un *tort creditor*¹⁶⁷; ma la circostanza di aver subito un danno ingiusto non è, si badi bene, di per sé sufficiente ad indurre i giudici a disattendere quella promessa assunta dall'ordinamento giuridico nei confronti di imprenditori e risparmiatori, al momento *dell'incorporation*.

Un altro comportamento censurabile dei soci di una business corporation americana, che però dà senz'altro luogo - quando sufficientemente grave - ad un'applicazione del piercing the veil, è l'inosservanza delle regole procedurali previste dall'ordinamento giuridico per il funzionamento della società («*disregard of corporate formalities*»).

¹⁶⁷ Cfr., per una prima pronuncia in questo senso, *Hanson v. Bradley*, 298 Mass. 371, 10 N.E. 2d 259, 24 (1937) (« *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 (per la quale si rinvia alla seconda parte di questo capitolo). 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.*, 768 F. 2d 686, 693 (5th Cir. 1985); *Miller v. Dixon Industries Corp.*, 513 A. 2d 597, 604 (RT 1986) (« *Courts (...)* have been less likely to ignore corporate forms in contract cases where the plaintiff has made a knowing and deliberate choice in dealing with a particular entity»; *Molander v. Raugust-Mathwig, Inc.*, 44 Wash. App. 53, 722 P. 2d 103, 107 (1986) «*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*»; *Second ServiCe System, Inc. v. St. Joseph Bank & Trust Company*, 855 F. 2d 406, 415-416 (7th Cir. 1988) «*Unless the corporation engaged in some practice that might have misled its contract creditors into thinking they were dealing with another entity, there simply is no need to "protect" them. Unlike tort claimants, they chose to deal with the corporation; to allow them access to shareholders or parent corporations when the deal goes sour is to give them more than the benefit of their bargain*»; *Co-Ex Plastics, Inc. v. AlaPak, Inc.*, 536 So. 2d 37, 39 (Ala. 1988) «*voluntary creditors of corporations are held to a higher standard because they are generally able to inspect the financial structure of a corporation and discover potential risks of loss before any transaction takes place. Consequently, courts are less sympathetic with voluntary creditors, who having had the opportunity of inspection, nevertheless elected to transact with an undercapitalized corporation*»; *Glanzer v. St. Joseph Indian School*, 438 N.W. 2d 204, 209 (S.D. 1989) («*some courts are more hesitant to pierce the corporate veil in contract cases than tort cases*»); *Gray v. Edgewater Landing, Inc.*, 541 So. 2d 1044, 1046-47 (Miss. 1989) «*[O]ur focus is fixed upon the expectations of the parties in conducting the bargain (...)* Since contract liability arises from an essentially consensual relationship, courts generally decline to disregard the corporate entity for contract creditors, choosing instead to enforce the contract as written»; *Sims v. Subway Equipment Leasing Corp.*, 994 F. 2d 210 (1993).

4.5. Alcune posizioni della dottrina americana sul *piercing the corporate veil*

Diversi sono stati i contributi dottrinali al tema del superamento della personalità giuridica delle società di capitali. Il primo, già accennato in precedenza, fu quello di Maurice Wormser, professore presso la Fordham University di New York, il quale, nel 1912, in un articolo intitolato « *piercing the veil of corporate entity* »¹⁶⁸: il medesimo autore, quindici anni più tardi, sostituì tale espressione con quella di « *disregard of the corporate entity* »¹⁶⁹. Nel proprio lavoro Wormser afferma che a) è del tutto legittimo il ricorso allo strumento della business corporation allo scopo, ancorché esclusivo, di trarre vantaggio dalle agevolazioni che l'ordinamento giuridico ha predisposto per esso; poiché tuttavia le suddette agevolazioni devono intendersi come un privilegio straordinario accordato dall'ordinamento giuridico, tale impiego per Wormser non può tradursi in una perversione delle finalità di giustizia per le quali la società di capitali è stata concepita; b) i giudici, nel valutare l'abuso dello schema, non devono essere ingannati dalla concezione finzionistica della società¹⁷⁰, dimenticando lo scopo dell'invenzione giuridica e trascurando di guardare alle vicende giuridiche reali che si celano dietro ad essa; c) la legge in tema di *veil piercing* è una legge volutamente vaga e generica nella sua formulazione. Scopo della legge è fornire un criterio-guida generale per l'espressione di una valutazione equitativa del caso concreto la quale, per l'incredibile varietà delle possibili manifestazioni di quest'ultimo, non può che

¹⁶⁸ WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, cit.

¹⁶⁹ WORMSER, *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*, cit., (1927).

¹⁷⁰ Cfr. WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, p. 496: «it is not the present purpose for the writer to discuss these diverse theories or to indulge in the tempting but profitless discussion - more metaphysical than legal - as to the true anatomy of the corporate concept. The difficult problem for the corporation lawyer of today is to learn how to employ the concept, to know when to apply fearlessly the theory of the existence of a corporation as an entity distinct and separate from its shareholders and when, on the other hand, just as fearlessly to disregard it».

essere rimessa alla prudenza del giudice (cd. *balancing test*)¹⁷¹. Un altro studioso, Frederick J. Powell, si impegnò nel concepire una formula del piercing the veil che indicasse in modo esatto e più dettagliato i fattori che devono indurre l'intervento dei giudici e la disapplicazione del beneficio della responsabilità limitata.

Powell pubblicò nel 1931 uno studio accurato (nonché monumentale) sul fenomeno dei gruppi di società, dal titolo «*Parent and Subsidiary Corporation*»¹⁷², in cui affrontò anche il tema del disregard della responsabilità limitata, tentandone una ricostruzione teorica coerente¹⁷³.

Frederick Powell, ancora più chiaramente di quanto aveva già fatto Maurice Wormser, costruisce la propria teoria muovendo da una sintesi dei più recenti casi giurisprudenziali in materia, in particolare della giurisdizione dello Stato di New York¹⁷⁴. Stando a questa teoria, l'intervento giudiziale di ripristino del regime di responsabilità illimitata deve fondarsi sulla compresenza nel caso concreto di tre fattori, o presupposti, il cui onere della prova è a carico della parte attrice: l'*instrumentality*, l'*improper purpose* e la *proximate causation*.

Definendo l'*instrumentality* Powell chiarisce meglio un concetto di dominazione che, come abbiamo visto, era già stato intuito e differenziato dall'*agency* tanto da Cardozo come da Ballantine. In linea generale il primo fattore ricorre invero ogni qual volta la società controllante si serve dei propri poteri di direzione della controllata per realizzare un interesse che è del tutto estraneo o addirittura contrario all'interesse sociale della medesima. Più precisamente, però, Powell riporta un elenco di circostanze specifiche - frutto

¹⁷¹ Cfr. TEAM, *D. Glenn v. Wagner: Instrumentality Rule Versus the Balancing Test in Piercing the Corporate Veil*, 64 in *N.C.L. Rev.* 1265 (1986); GARDNER, *An Innovative Approach to Piercing the Corporate Veil: An Introduction to the Individual Factor and Cumulative Effects Analysis*, 25 in *Land & Water L. Rev.* 563 (1990).

¹⁷² POWELL, *Parent and Subsidiary Corporations* (1931).

¹⁷³ POWELL, *ult. cit.*, § 1. Si vedano anche, per maggiori ragguagli sulla cosiddetta *Powell Synthesis*, fra gli altri, KRENDL & KRENDL, *Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry*, *cit.*, pp. 11 ss. e PRESSER, *Piercing the Corporate Veil*, *cit.*, pp. 1-31 ss..

come si diceva della sintesi giurisprudenziale - che ritiene possano valere quali utili indizi della suddetta dominazione. L'elenco si compone di undici circostanze:

« 1. *The Parent corporation owns all or most of the capital stock of the subsidiary.*

2. *The parent and subsidiary corporations have common directors or officers.*

3. *The Parent corporation finances the subsidiary.*

4. *The Parent corporation subscribes to all of the capital stock of the subsidiary or otherwise causes its incorporation.*

5. *The subsidiary has grossly inadequate capital.*

6. *The Parent corporation pays the salaries and other expenses or losses of the subsidiary.*

7. *The subsidiary has substantially no business except with the Parent corporation, or no assets except the ones conveyed to it by the Parent corporation.*

8. *In the paper of the parent corporation or in the statements of the officers, the subsidiary is described as a department or division of the parent corporation, or its business or financial responsibility is referred to as the parent corporation's own.*

9. *The parent corporation uses the property of the subsidiary as its own.*

10. *The directors or executive of the subsidiary do not act independently in the interest of the subsidiary, but take their orders from the parent corporation in the latter's in~terest.*

11. *The formal legal requirements of the subsidiary are not observed»¹⁷⁵.*

¹⁷⁴ I casi esaminati dallo studioso riguardano ovviamente i gruppi di società; ciononostante la teoria che da essi fu ricavata si prestò ad una generalizzazione e a frequenti applicazioni anche alle ipotesi di *shareholders* individuali.

¹⁷⁵ POWELL, cit., p. 9. Le circostanze elencate dall'autore hanno, come si è precisato, il valore di meri indizi e possono condurre a conclusioni diverse se non addirittura opposte a

Un fondamentale contributo allo studio del piercing the corporate veil è quello di Henry Hansmann e Reinier Kraakman con il saggio «*Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*», pubblicato nel 1991 sulle pagine del Yale Law Journal.

La tesi di Hansmann e Kraakman - professori di diritto commerciale rispettivamente a Yale e Harvard - afferma che il regime di limitazione della responsabilità dei soci è, quando applicato ai rapporti intercorrenti tra la società e i suoi tort creditors, un regime giuridico inefficiente che come tale va abbandonato e sostituito¹⁷⁶. Gli autori fondano la loro opinione sull'inefficienza della dottrina della limited liability nella tutela dei tort creditors sulla convinzione degli autori che il confidare dei soci nell'esonero da un coinvolgimento personale e diretto finisca con l'indurre i medesimi (ovvero gli amministratori che essi hanno nominato) a trascurare di dedicare la dovuta attenzione e le risorse necessarie al perseguimento delle politiche aziendali ora menzionate, ad esempio assumendo con maggiore leggerezza comportamenti rischiosi nei confronti dei terzi o riducendo la copertura assicurativa della società per la responsabilità civile¹⁷⁷. La limitazione di responsabilità consentirebbe in altre parole di risparmiare su alcuni costi dell'attività d'impresa (certo non su quelli rientranti in una strategia gestionale di autofinanziamento e di reinvestimento), trasferendo all'esterno della società i capitali corrispondenti, in forma ovviamente di un maggiore profitto soggettivo.

seconda del caso concreto. Può accadere, in altre parole, che uno solo dei suddetti indici (in particolare, per la sua gravità, il numero 10) sia di per sé sufficiente a far propendere per una valutazione giudiziale di *instrumentality*; così come, al contrario, che la combinazione di più elementi possa risultare insufficiente in altre situazioni, ad esempio per il bilanciamento con circostanze di segno opposto. Ancora, vi possono essere casi in cui la strumentalizzazione ricorre malgrado l'assenza dei suddetti indizi: cfr. *Caple v. Raynel Campers Inc.*, 90 Nev. 341, 526 P. 2d 334 (1974). Per questo tipo di valutazioni cfr. KREND & KRENDL, *Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry*, cit., p. 17, dove anche alcuni riferimenti giurisprudenziali.

¹⁷⁶ Per il particolare riferimento ai cosiddetti *toxic torts*, cfr. HANSMANN & KRAAKMAN, cit., p. 1883.

¹⁷⁷ HANSMANN & KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, cit., pp. 1880-1881.

Hansmann e Kraakman sostengono che le corti giudiziarie - se non il legislatore - potrebbero e dovrebbero reagire a questo pericolo semplicemente eliminando la limitazione dell'esposizione patrimoniale dei soci per i casi di responsabilità extracontrattuale della società¹⁷⁸. In quest'ottica, l'intervento istituzionale, in particolare quello realizzato in sede legislativa, non è più concepito come un intervento di repressione ma all'opposto come una forma di prevenzione dell'abuso dello schema societario, ed ogni ulteriore discussione sul piercing the veil diventa inutile.

Per Hansmann e Kraakman l'abbandono del regime di limitazione di responsabilità per i soci non significa una automatica estensione alle business corporations del principio della responsabilità patrimoniale inteso in senso stretto, potendo il primo essere sostituito con una qualche forma di responsabilità proporzionale alla quota di partecipazione posseduta da ciascun azionista¹⁷⁹.

Muovendo a questo punto dal piano delle considerazioni prettamente sociali a quello delle valutazioni economiche, gli studiosi mostrano di ritenere che l'abbandono del principio della corporate liability e l'applicazione di una regola di pro-rata liability nelle suddette specifiche ipotesi di responsabilità non determinerebbe alcuna grave alterazione del funzionamento del mercato del mercato dei capitali.

Le riflessioni e le proposte dell'articolo di Hansmann e Kraakman hanno suscitato un enorme interesse in dottrina¹⁸⁰, e favorito la formazione di una crescente tendenza giurisprudenziale (soprattutto tra le corti federali) nel senso di una più agevole disapplicazione del principio della limited liability dei

¹⁷⁸ Hansmann e Kraakman riconoscono però che il processo di eliminazione della limited liability rule non può che avvenire in modo graduale e con la massima cautela, potendo altrimenti determinarsi dei tentativi dei soci di elusione del regime di responsabilità extracontrattuale illimitata che si tradurrebbero in altri costi sociali. Cfr., sul punto, HANSMANN & KRAAKMAN v, cit- pp. 1933-34.

¹⁷⁹ HANSMANN & KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, cit., p. 1844.

¹⁸⁰ Per il dibattito dottrinale che l'articolo ha suscitato si vedano, in particolare, GRUNDFEST, *The Limited Future of Unlimited Liability. A Capital Market Perspective*, cit..

soci per i casi di azione extracontrattuale nei confronti della società, in particolare nel settore dei toxic torts¹⁸¹.

La proposta di abrogazione *sic et simpliciter* della regola della limitazione della responsabilità per i tort creditoria è senz'altro volutamente 'provocatoria, e l'impatto che il lettore ha con la sua presentazione è ammorbido non appena diventa chiaro che, nella concezione degli autori, la soluzione va ricercata al di là di una netta alternativa tra responsabilità della sola società e responsabilità patrimoniale illimitata dei soci. La dottrina ha ovviamente colto la provocazione, ma ha anche saputo apprezzare lo sforzo degli autori di indicare la praticabilità di soluzioni che realizzino un bilanciamento tra interessi dell'economia e altrettanto insopprimibili esigenze sociali.

¹⁸¹ Si vedano i riferimenti giurisprudenziali in PRESSER, ult. cit., p. 3-1 ss.

CAPITOLO II

Il problema del superamento della personalità giuridica in Italia

PREMESSA.

Dall'esame svolto nel precedente capitolo si evince agevolmente che negli ordinamenti anglosassoni la persona giuridica è formalmente un soggetto distinto dalle persone fisiche dei suoi membri sino a quando non venga ad esistere una valida ragione per squarciare il velo della personalità giuridica: tale ragione è individuata sia nelle specifiche scelte del Legislatore straniero (in casi in cui il superamento dello schema societario è ritenuto necessario) e sia nei casi in cui si debba contrastare un abuso della struttura della persona giuridica.

Nel presente capitolo, ci proponiamo di comprendere se, nel nostro ordinamento, esistono fenomeni che possano essere ritenuti simili ai suindicati esempi di superamento della personalità giuridica:.

Prima di iniziare la proposta analisi, dobbiamo fare una prima e fondamentale premessa: come è emerso dall'esame delle fattispecie di *piercing the corporate veil* estere, con tale espressione si individuano ipotesi molto diverse tra di loro. In particolare, tale locuzione è utilizzata per definire fattispecie in cui, in realtà, non vi è nessun superamento dello schema societario, ma che potrebbero essere definite, inoltre, come un "allargamento dei soggetti responsabili" rispetto ai creditori di una società.

Nel corso del presente lavoro ho personalmente dialogato con membri del mondo accademico inglese, i quali mi hanno confermato che, nell'ordinamento anglosassone, la locuzione *piercing the corporate veil* è usata, il più delle volte, impropriamente, in quanto tesa a definire ipotesi in cui, in realtà, non vi è una perforazione dello schermo giuridico, ma, come accennato, un'allargamento dei soggetti responsabili per le obbligazioni societarie (i.e. l'affiancamento, alla società, di altri 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.

Ora, con riferimento al *piercing the corporate veil* più propriamente inteso, cioè il superamento dello schema societario nel caso di abuso della personalità giuridica¹⁸², possiamo anticipare come anche il nostro ordinamento conosca certamente ipotesi di tal guisa¹⁸³.

Un ultimo punto (ma non certamente per importanza) è, infine, la possibilità di rinvenire, nel nostro ordinamento, ipotesi di superamento della personalità giuridica distinte dalle prime (*i.e.* da quelle espressamente previste dal legislatore e da quelle relative all'abuso della personalità giuridica

Nella pagine che seguono si esamineranno, nei limiti imposti dal presente lavoro, tali aspetti. Si inizierà con un breve esame della responsabilità patrimoniale prevista dall'art. 2740 c.c., di cui le ipotesi trattate rappresentano espresse eccezioni. Si esamineranno, poi, alcune di quelle che riteniamo essere ipotesi legislative di superamento della personalità giuridica (si ripete, nel senso improprio suesposto), le ipotesi di repressione di abuso della personalità giuridica ed, infine, un esame dell'istituto dei patrimoni separati in relazione alla problematica *de quo*.

I. LA REGOLA DELLA RESPONSABILITÀ DEL DEBITORE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

¹⁸² ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 921; D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989; BASILE E FALZEA, *Persona giuridica*, (dir. priv.), in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 234; MARZIALE, *Brevi note sul principio della responsabilità limitata nelle società di capitali e sul suo superamento*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2898; SCALFI, *Persone giuridiche*, I, Diritto civile, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, p. 1; PELLICANO', *Inesistenza e personalità giuridica nella giurisprudenza della Cassazione: il caso della società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 829; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969, sub artt. 11-35; ID, *Società in genere - Società di persone*, in *Trattato di diritto civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1982, p. 127; ID, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990, p. 169

¹⁸³ Si vedano, a riguardo: GALGANO: *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 365; ID, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, *Ivi*, 1991, p. 897; ID, *Molti opinabili obiter dicta per una buona ratio decidendi*, *Ivi*, 1994, p. 1054; ID, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, *Ivi*, 1996, p. 1; ID, *Contrattualismo e no per le società di capitali*, *Ivi*, 1998, p. 1. Ed inoltre: INZITARI, *La «vulnerabile» persona giuridica*, *Ivi*, 1985, p. 679; RUDAN BRICOLA, *Il gruppo di imprese nella giurisprudenza lavoristica*,

Ai fini del presente lavoro appare necessario evidenziare, in via preliminare, un principio cardine del nostro ordinamento, dove l'esistenza di una situazione debitoria ha riflessi immediati sulla sfera giuridica del debitore in quanto il suo patrimonio, al sorgere dell'obbligazione, viene interamente assoggettato al soddisfacimento della pretesa del creditore per il caso in cui, per la mancata o imperfetta esecuzione della prestazione, il rapporto non venga attuato e l'interesse originario del creditore non trovi soddisfazione. E' questa la cd. garanzia generica che grava sul debitore: l'assoggettamento del suo intero patrimonio, presente o futuro, per la soddisfazione di una pretesa creditoria legittima (art. 2740 c.c.)¹⁸⁴.

Questa regola, che di per se stessa non è immediatamente precettiva, reca con se una serie di importanti conseguenze ed attribuisce determinati poteri al creditore che possiamo suddividere in due filoni: i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, che lo stesso può attuare per mantenere integro il patrimonio del suo debitore in vista di un possibile inadempimento; i meccanismi di aggressione del patrimonio del soggetto passivo, quando l'inadempimento si è ormai verificato.

Bisogna precisare, tuttavia, che intanto si può parlare di conservazione della garanzia patrimoniale in quanto il debitore miri ad ottenere un'equivalente pecuniario della pretesa insoddisfatta. Quando, al contrario, sarà possibile ottenere l'esecuzione in forma specifica, questa dovrebbe essere sempre da preferire (art. 2930 c.c.). Tale forma di esecuzione, peraltro, continua ad essere considerata dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti

Ivi, 1986, p. 742; ZORZI, *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, IVI, 994, p. 1062.

¹⁸⁴ Su cui, tra i tanti, si vedano: BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in *com. Schlesinger.*, Milano, 1991; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953-1954; BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982; CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Rivista Diritto Commerciale*, 1915, I, 528; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VIII ec., Napoli, 2000; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968; LUPOI, *Introduzione ai trusts*, Milano, 1984.

come del tutto eccezionale e pressoché estranea al tema del risarcimento del danno¹⁸⁵.

Se analizziamo nel dettaglio le forme di garanzia che il legislatore accorda al creditore nel soddisfacimento della propria pretesa ci avvediamo, per l'appunto, di quanto possa essere forte la situazione giuridica soggettiva creditoria.

Le norme che compongono il sistema, infatti, sono molteplici.

Il codice civile, all'articolo 1321, stabilisce che il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare od estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale: è indispensabile che le parti si conoscano, che il contenuto del loro contratto sia accettato da entrambe, non sia illecito, sia determinato e determinabile e che l'accordo stesso sia redatto in una particolare forma, nel caso la legge lo richieda.

Per obbligazione contrattuale si intende un vincolo, giuridicamente riconosciuto ed accettato, esistente fra almeno due parti determinate, in virtù del quale l'uno, il creditore, può pretendere dall'altro, il debitore, un comportamento consistente, comunemente, in un dare, o in un fare o in un non fare (omettere): pagamento di una somma di denaro, consegna di un bene, costruzione di un'opera, etc¹⁸⁶.

Obbligazioni di questo tipo sono i rapporti fra chi compera e chi vende, tra inquilino e padrone di casa, tra trasportatore e trasportato, tra committente ed appaltatore, tra assicuratore ed assicurato, tra banca e risparmiatore, tra professionista e cliente, tra lavoratore e datore di lavoro, tra soci, ecc.

Nel caso di responsabilità contrattuale (inadempimento), la lesione che si attua è quella di un diritto relativo, che trova la propria legittimità nel contenuto del contratto stesso; soltanto le parti che hanno sottoscritto

¹⁸⁵ EBENE COBELLI, *Risarcimento e reintegrazione in forma specifica*, in Nuova giur. civ., 1985, II, 515; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 119 ss; MONTESANO, *Aspetti funzionali dell'esecuzione in forma specifica*, In Riv. Trim. dir. proc. civ., 1964, 941.

¹⁸⁶ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 1324 ss.

l'accordo, avranno diritto alla prestazione convenuta e la materia del contendere sarà circoscritta a quanto espressamente e precedentemente deciso.

L'esistenza fra le parti di un rapporto obbligatorio, fa sì che al verificarsi di un inadempimento dovuto al comportamento del debitore, si possano verificare conseguenze immediate e dirette a danno del creditore¹⁸⁷.

Prontamente la legge interviene: l'art. 1218 del codice civile dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante a causa a lui non imputabile. L'onere della prova è a carico quindi del soggetto inadempiente¹⁸⁸.

Le prove liberatorie sono il caso fortuito, la forza maggiore, la colpa di altre persone e la colpa esclusiva del creditore danneggiato.

Inoltre, a completa tutela dell'interesse del creditore, nell'articolo 2740 del codice civile sulla responsabilità patrimoniale si legge che il debitore risponde dello adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri

Esistono alcuni ben precisi meccanismi giuridici che permettono al creditore di soddisfarsi sui beni del debitore in caso di inadempimento; tali garanzie inducono favorevolmente il creditore a sottoscrivere contratti, anche nel caso in cui ci possano essere fondate possibilità di non immediata soddisfazione contrattuale.

La nozione di garanzia, infatti, non è affatto univoca¹⁸⁹. Si discorre di garanzia per evizione, per vizi, di generica garanzia patrimoniale, di specifiche garanzie personali o reali. Di fronte a questa eterogeneità la dottrina si è

¹⁸⁷ Vedi, per una disamina generale, Bianca, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Milano, 1994.

¹⁸⁸ BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile cit.*, 98 ss.

¹⁸⁹ NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, 149 ss.

interrogata sui molteplici significati¹⁹⁰ che può assumere il concetto e soprattutto sulle infinite possibilità di espansione che possiede¹⁹¹.

In un'accezione lata, tuttavia, la garanzia è uno strumento utile per l'economia perché rende all'imprenditore più agevole l'accesso al credito e consente l'ingresso dei consumatori in mercati sempre più vasti e differenziati¹⁹². Il credito, infatti, si muove tra due termini: la fiducia verso il debitore da un lato; la garanzia dall'altro¹⁹³. Ciò perché, è vero che il creditore confida nell'adempimento, ma è altrettanto vero che il credito non esisterebbe se non fosse approntato per il creditore un qualche strumento di sicurezza che renda meno incerta la realizzazione del suo interesse¹⁹⁴.

Sebbene il concetto di fiducia e quello di garanzia sembrano essere alternativi, è proprio la dizione dell'art. 2740 c.c. a rendere questa alternatività più apparente che reale. Il credito, infatti, viene concesso a chi, ad un tempo, dia affidamento per il futuro e idonea garanzia patrimoniale per il caso di inadempimento. Di conseguenza, tanto maggiore sarà la fiducia che il creditore ripone nel debitore, tanto minore sarà la rilevanza del profilo della responsabilità mentre, al contrario, una minore fiducia importerà la necessità di un'adeguata garanzia patrimoniale affinché il creditore si decida ad accordare il credito¹⁹⁵.

¹⁹⁰ FRAGALI, *della fideiussione. Del mandato di credito*, in Commentario Scialoja-Branca, artt. 1936-1959, 1968, 5 ss; BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, 12 ss; MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989, 19 ss.

¹⁹¹ Tanto è vero che si sta facendo strada, nel campo delle relazioni commerciali, una nuova stagione di «diritto delle garanzie» (ANDREANI, *Tipicità ed atipicità delle garanzie personali: le figure di garanzia personale non accessoria*, in *Tipicità e atipicità nei contratti*, in Quad. giur. comm., Milano, 1983, 71; SALANITRO, *Le fideiussioni bancarie*, in *Banca borsa e tit.cred.*, 1984, I, 135 ss) caratterizzata dall'elaborazione di schemi particolarmente duttili ed agili, come ad esempio il *Garantievertrag* (MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi*, Milano, 1991, 66 ss; BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990, 20 ss.).

¹⁹² BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, 12.

¹⁹³ DI SABATO, *L'assuntore del concordato fallimentare*, Napoli, 1960, 49 ss; PIAZZA, *Garanzia (diritto civile)*, in Enc. Giur. Treccani, XIV, Roma, 1989, 4 ss; MASTROPAOLO, *I contratti cit.*, 81 ss.

¹⁹⁴ PIAZZA, *Garanzia cit.*, 4.

¹⁹⁵ BISCONTINI, *Assunzione di debito cit.*, 14.

In alcuni casi, tuttavia, l'operazione può presentare rischi tali che, da solo, il debitore non sarebbe in grado di farvi fronte. Per questo si ricorre all'intervento di un terzo che assicuri una maggiore tranquillità in ordine al buon esito dell'affare. Questo non significa che le garanzie specifiche assolvano alla stessa funzione che spetta alla responsabilità patrimoniale dell'obbligato¹⁹⁶. Se così fosse, infatti, non ci si potrebbe spiegare tutte quelle forme di garanzia che operano anche quando la garanzia patrimoniale del debitore non opera, come, ad esempio, nelle garanzie con clausola di «pagamento a prima richiesta e senza eccezioni» che prescindono dal debito principale e forniscono, di conseguenza, una tutela maggiore al creditore di quanto non si potrebbe ottenere con la responsabilità dell'obbligato¹⁹⁷.

La verità è che, con la garanzia, il creditore può manifestare un interesse diversamente qualificato verso l'obbligazione principale: la garanzia può rafforzare le aspettative creditorie connesse ad un rapporto già esistente o che sarebbe comunque stato costituito, oppure rappresentare la condizione in mancanza della quale non sarebbe sorto il debito principale¹⁹⁸.

Se, quindi, nell'evoluzione degli scambi commerciali le garanzie specifiche si sviluppano a dismisura per far fronte alle esigenze creditorie¹⁹⁹, l'art. 2740 c.c. rimane comunque il punto di riferimento della materia e la garanzia generica del patrimonio del debitore resta il primo referente del creditore che voglia assicurarsi la soddisfazione del proprio diritto.

Non mancano, nel nostro ordinamento, ipotesi derogatorie della disciplina dettata dall'art. 2740 c.c., caratterizzate da limitazioni alla responsabilità patrimoniale: in merito, in dottrina si è rilevato come le

¹⁹⁶ PIAZZA, *Garanzia* cit., 3.

¹⁹⁷ MEO, *Funzione professionale* cit., 47 ss; BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, 32.

¹⁹⁸ BISCONTINI, *Assunzione di debito* cit., 16.

¹⁹⁹ Bisogna precisare, tuttavia, che le garanzie reali, appesantite da eccessivo formalismo, vanno cedendo il passo di fronte ad una moderna economia caratterizzata da un'accentuata internazionalizzazione dell'attività commerciale e finanziaria. Questo ha indotto gli operatori ad adottare nuove figure negoziali che hanno assunto una tipicità standardizzata nel tempo, come in contratti autonomi di garanzia. GALGANO, *La giurisprudenza nella*

fattispecie configuranti limitazioni di responsabilità ingenerano, normalmente, forme – complementari – di patrimonio separato, in quanto i beni ai quali è circoscritta la responsabilità per certi obblighi non sono suscettibili di altra destinazione. Il concetto di patrimonio separato non è, quindi, una novità della recente riforma del diritto societario (v. *infra*), in cui è stata introdotta la fattispecie denominata, per l'appunto, patrimonio separato: la locuzione è ormai ricorrente, nelle sue varianti terminologiche dei vari predicati che accompagnano il lemma patrimonio, dalla legge sui fondi comuni di investimento dell'83 passando per la disciplina su fondi pensione, Sim, Sicav ed intermediazione finanziaria, fino a quelle di ultima generazione ormai assai puntuali e dettagliate dell'art. 22 del t.u.f. e della legge sulla cartolarizzazione dei crediti²⁰⁰.

Un fenomeno di separazione patrimoniale introdotto solo di recente nel nostro ordinamento dalle esperienze straniere, ed in particolare anglosassoni, è l'istituto del *trust*.²⁰¹

società post-industriale, in *Contr. e impr.*, 1989, 357 ss; BOZZI, *L'autonomia contrattuale* cit., 4 s.

²⁰⁰ PAOLA MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2003, pag. 181; SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, p. 278 ss.; FRIGNANI, *Trust e cartolarizzazione*, in *Trusts*, 2000, p. 21..

²⁰¹ Bisogna precisare, tuttavia, che le garanzie reali, appesantite da eccessivo formalismo, vanno cedendo il passo di fronte ad una moderna economia caratterizzata da un'accentuata internazionalizzazione dell'attività commerciale e finanziaria. Questo ha indotto gli operatori ad adottare nuove figure negoziali che hanno assunto una tipicità standardizzata nel tempo, come in contratti autonomi di garanzia. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. e impr.*, 1989, 357 ss; BOZZI, *L'autonomia contrattuale* cit., 4 s. PAOLA MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2003, pag. 181; SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, p. 278 ss.; FRIGNANI, *Trust e cartolarizzazione*, in *Trusts*, 2000, p. 21.. COSTANTINO, *Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 15 e 169. LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, Riv. not., 2001, 1159 e in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 169 PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà dalle forme)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, 339; *Sulla riconducibilità del "trust interno" alla categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 133. LUPOI, *Strutturazione dei trusts di protezione patrimoniale*, in *Diritto & Diritti*. Si tratta di strutture ideate negli Stati Uniti nell'ultimo ventennio, originariamente in favore di professionisti, specialmente medici, esposti a gravosissime azioni risarcitorie. Per una ampia analisi v. VICARI, *"Asset protection trusts": i trust per proteggere il patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, 540 e, più ampiamente, ID., *Il trust di protezione patrimoniale*, Milano, 2003. LUPOI, *Strutturazione dei trusts di protezione patrimoniale*, in *Diritto & Diritti*.

1.2. Segue. Responsabilità del debitore e società. Brevi cenni.

Una volta analizzata sinteticamente la disciplina della responsabilità del debitore approntata dal codice civile, possiamo adeguatamente valutare le ripercussioni che su di essa ha il particolare regime previsto per l'esercizio di un'attività di impresa da parte delle società di capitali²⁰².

Occorrono, tuttavia, una serie di precisazioni.

Le società sono organizzazioni di persone e di mezzi create dall'autonomia privata per l'esercizio in comune di un'attività produttiva.

Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili (art. 2247 c.c.). Questa è la definizione che il codice civile dà del contratto di società, ma la stessa non si risolve in un puro e semplice rapporto tra i soci contraenti e non è, quindi, un semplice contratto di scambio. Per analizzare compiutamente il fenomeno, infatti, è necessario tener presente tanto il profilo statico quanto quello dinamico, perché dall'accordo dei soci nasce soprattutto un'organizzazione volta al raggiungimento dello scopo comune. Questa è, forse, l'aspetto più importante perché rileva di fronte ai terzi in quanto caratterizzata da una propria autonomia patrimoniale crescente, a seconda del tipo di società prescelto. Per questo, nella società, bisogna distinguere il momento contrattuale da quello istituzionale che attiene all'organizzazione e all'attività del gruppo.

In definitiva, quindi, è società l'organizzazione che consente a più soggetti di svolgere in comune una attività economica. Si uniscono le forze quanto a risorse di capitale e talvolta anche quanto a capacità operative. Si condividono e perciò si rendono meno gravosi i fattori di rischio. E già per questi motivi la società costituisce lo strumento privilegiato per avviare iniziative imprenditoriali di rilievo. Nel settore, si trovano ad operare norme di

²⁰² Su cui, tra i più recenti, si segnalano: DI SABATO, *Diritto delle società*, Giuffrè, 2003; F. FERRARA jr. - F. CORSI, *Gli imprenditori e le Società*, Giuffrè, 2003; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, Il Mulino, 2003.

legge molto numerose che in ampia misura vincolano i contenuti dell'atto costitutivo e dello statuto della società, residuando tuttavia pur sempre ampio spazio per l'autonomia di valutazione che compete a quanti assumono iniziative societarie. Da norme di legge e disciplina statutaria saranno regolati gli obblighi dei soci e i loro diritti che configurano un complesso *status* di socio comprensivo di diritti patrimoniali, diritti amministrativi di partecipazione all'attività sociale e diritti di controllo sulla gestione della società. Saranno ancora norme di legge e disciplina statutaria a definire l'assetto organizzativo della società. E naturalmente molto rilevano le norme del decreto legislativo del marzo 2002 che ha sostituito le disposizioni dell'undicesimo titolo del quinto libro del codice civile formulando nuove disposizioni per la disciplina penale della materia societaria²⁰³.

Ai fini del nostro lavoro va evidenziato come la distinzione più rilevante sia tra società di persone e società di capitali.

Le società di persone non configurano una «persona giuridica» con un suo patrimonio interamente separato, anche se va considerata la loro possibile trasformazione in società aventi personalità giuridica secondo il regime dell'art. 2498. Per le obbligazioni sociali vale tendenzialmente la regola della illimitata e solidale responsabilità di tutti i soci, ad eccezione della categoria dei soci accomandanti della società in accomandita. La qualità di socio in linea di principio assicura ad ognuno un accesso ai poteri di amministrazione della società. E in linea di principio la qualità di socio non si trasferisce a terzi senza il consenso degli altri soci. Da ciò discende il particolare rilievo del fattore personale che indica questo tipo di società come modello normativo certamente preferibile quando si tratta di iniziative imprenditoriali dove più contano le qualità soggettive dei soci e il rapporto fiduciario che li lega, mentre non è necessaria l'ingente raccolta di risorse finanziarie consentita soltanto a società di capitali²⁰⁴.

²⁰³ BESSONE, *Lineamenti di diritto privato* cit., 356.

²⁰⁴ BESSONE, *Lineamenti* cit., 350 ss.

Le società di capitali, invece, hanno personalità giuridica e rispondono con il proprio patrimonio delle obbligazioni assunte nell'esercizio dell'attività commerciale e sono esse stesse a fallire, giacché i singoli soci rispondono limitatamente ai conferimenti promessi.

1.3 La responsabilità nei gruppi di imprese

Ai fini della nostra analisi, è altresì opportuno considerare il fenomeno dei gruppi di società e i termini in cui essi rispondono dei debiti assunti.

In dottrina e giurisprudenza per "gruppo" si intende una pluralità di soggetti che mantengono piena autonomia sul piano giuridico, ma che sono sottoposti ad una direzione aziendale unitaria volta a conseguire l'interesse economico dei soggetti stessi²⁰⁵. L'ordinamento giuridico italiano, prima della riforma del diritto societario del 2003, non prevedeva una disciplina organica del gruppo di imprese; il codice civile non fornisce una definizione giuridica di gruppo, ma si limita a delineare le fattispecie che determinano il controllo.

Il gruppo di società è un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria. Tutte sono, infatti, sotto l'influenza dominante di un'unica società (società capogruppo o società madre) che direttamente od indirettamente le controlla e dirige secondo un disegno unitario la loro attività di impresa, per il perseguimento di uno scopo unitario e comune a tutte le società del gruppo (c.d. interesse di gruppo).. In pratica, se dal punto di vista

²⁰⁵ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo II, Padova, 1990, pag. 155; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1988, pag. 337; FERRARA JR. - CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, pag. 690; SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di imprese*, in Quaderni di Giur. Comm., n. 112, Milano, 1990; PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in Trattato delle società per azioni diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino, vol. 2**, pagg. 581-664; VELLA, *Le società holding*, in Quaderni di Giur. Comm., n. 148, Milano, 1993; CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Bari, 1988; RORDORF, *Il gruppo di imprese*, in AA.VV. *Il bilancio consolidato*, Milano, 1993; CARATTOZZOLO, *Il bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1994; PISONI, *Gruppi aziendali e bilanci di gruppo*, Milano, 1983, pagg. 33-68.

giuridico-formale, ci troviamo di fronte a più imprese, da quello economico-sostanziale, invece, l'impresa è unica²⁰⁶.

Si tratta di un fenomeno particolarmente diffuso nella pratica perché è proprio questa la forma che tendono ad assumere le imprese di grandi o grandissime dimensioni tanto nazionali quanto multinazionali. Ciò perché combina i vantaggi dell'unità economica della grande impresa, con quelli offerti dall'articolazione in più strutture formalmente distinte ed autonome, specie in termini di celerità delle operazioni e di snellezza amministrativa²⁰⁷.

Nell'ambito della normativa sui gruppi di società, tuttavia, occorre tenere in considerazione due aspetti fondamentali: la tutela dei soci e dei creditori delle società controllate, da un lato; la situazione di insolvenza in cui si può trovare il gruppo e le sue forme di responsabilità.

Dal primo punto di vista, la riforma del 2003 ha compiuto notevoli passi in avanti sul piano della tutela degli azionisti esterni delle controllate e dei creditori, onde evitare abusi da parte della controllante. Questa, infatti, ben potrebbe prendere delle decisioni favorevoli al gruppo ma dannose per il singolo ente, con notevole pregiudizio proprio per quegli investitori del tutto estranei al gruppo stesso²⁰⁸.

In questa prospettiva, un punto fermo è rappresentato dal principio di "distinta soggettività" e "formale indipendenza giuridica" delle società che compongono il gruppo. Questo, in altri termini, non può essere considerato

²⁰⁶ Da questa forma di gruppo, cd. verticale, va tenuto distinto il gruppo cd. orizzontale, ove la direzione unitaria (o meglio concertata) tra tutte le imprese non si fonda su un controllo azionario, bensì su un accordo contrattuale inquadrabile nello schema del consorzio tra imprenditori. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, 10 ss.

²⁰⁷ Il fenomeno, in passato, aveva interessato tanto l'iniziativa economica privata quanto quella pubblica. Basti pensare agli enti pubblici economici (quali Eni, Efim, Iri) che svolgevano rispetto alle società partecipate una funzione di controllo e coordinamento verso un'unica direzione. Con l'avvio del processo di privatizzazione, tuttavia, il Ministero delle partecipazioni statali è stato soppresso ed è tutt'ora in corso un programma di dismissione delle partecipazioni statali.

²⁰⁸ Basti pensare, ad esempio, all'acquisto di prodotti a prezzi vistosamente superiori rispetto a quelli di mercato di prodotti della società capogruppo, oppure alla vendita sottocosto dei prodotti delle controllate o, infine, alla concessione di garanzie a favore di altre società del gruppo.

come un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici che si sovrappone alle singole società che ne fanno parte²⁰⁹.

Questo comporta lo svantaggio che la società capogruppo non può essere ritenuta responsabile delle obbligazioni assunte dalle controllate in attuazione della politica del gruppo. Per non parlare della circostanza, sulla quale ci siamo già soffermati, che, con la nuova disciplina delle società unipersonali, la responsabilità diretta della capogruppo deve essere esclusa anche quando la stessa sia un socio unico²¹⁰.

D'altro canto, però, la società capogruppo non può pretendere di imporre alle società satelliti il compimento di atti che contrastino con i loro esclusivi interessi. Ciò importa che la società controllata potrà innescare tutti i meccanismi azionabili in generale contro gli eventuali abusi di posizione dominante: la normativa in tema di conflitto di interessi²¹¹ dei soci (art. 2373 c.c.) e degli amministratori (art. 2391 c.c.) nonché quella che regola la responsabilità degli amministratori per i danni arrecati al patrimonio sociale (artt. 2392-2395 c.c.)²¹².

2. LE IPOTESI DI SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

²⁰⁹ In tal senso è orientata la dottrina prevalente. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 50 ss; RONDINONE, *I gruppi cit.*, 832 ss; TOMBARI, *Il gruppo cit.*, 93.

²¹⁰ RONDINONE, *I gruppi cit.*, 747.

²¹¹ Il conflitto di interessi si configura quando il socio per sé o per altri ha posizioni di interesse che confliggono con l'interesse della società. Nella sua precedente formulazione l'art. 2373 diceva che al socio è vietato l'esercizio del diritto di voto nelle deliberazioni «in cui egli» avesse un interesse «in conflitto con quello della società», essendo contestualmente disposta la annullabilità della deliberazione assunta qualora il suo voto fosse risultato determinante. Altro invece il regime stabilito con la nuova formulazione dell'art. 2373 perché non esiste più divieto né principio generale di annullabilità, essendosi invece disposto che la deliberazione assunta è impugnabile *se* e soltanto se il voto espresso in conflitto di interessi è risultato determinante e *se* si tratta di deliberazione che alla società possa recare danno. BESSONE, *Lineamenti di diritto privato*, Torino, 2003, 499 ss.

²¹² Trib.Venezia 14 dicembre 1990, in *Nuova giur. civ.*, 1992, I, 898 con nota di BONTEMPI; App.Milano 9 settembre 1994, in *Società*, 1994, 1062; Trib. Napoli 2 febbraio 1994, in *Foro It.*, 1995, I, 1671; Trib.Roma, 17 luglio 1998, in *Giur.It.*, 1999, 1458; Trib. Roma, 13 luglio 2000, *ivi*, 2000, 2103.

Premessa.

Si esamineranno ora alcune ipotesi di superamento della personalità giuridica rinvenibili nel nostro ordinamento: vedremo, anzitutto, la figura dell'amministratore di fatto e quella del socio unico (*ante* e *post* riforma del diritto societario). Si esamineranno, poi, le ipotesi dell'abuso della personalità giuridica per poi considerare, infine, il nuovo istituto dei patrimoni separati introdotto dalla riforma.

2.1. Il corrispondente italiano dello shadow director: l'amministratore di fatto.

La figura dell'amministratore di fatto rientra nella categoria dei cc.dd. "rapporti contrattuali di fatto", che ormai da tempo forma oggetto di crescente attenzione da parte della dottrina, come della giurisprudenza. La locuzione "rapporti contrattuali di fatto" fu adottata per la prima volta in Germania, al fine di attribuire ad alcuni fatti (*Tatbestand*, secondo la terminologia della dottrina penalistica, che dai *fatti giuridici* ha sempre attinto per la costruzione della teoria generale) i medesimi effetti giuridici che si sarebbero prodotti in conseguenza di una dichiarazione di volontà²¹³. Esigenza, questa, che nacque dalla contingente tendenza ad una svalutazione del dogma della volontà, finalizzata, in estrema sintesi, alla *esasperata valorizzazione* degli interessi della comunità rispetto a quelli dell'individuo.

Si giustificava, così, il sorgere di vincoli anche a carico di chi, pur non avendo manifestato alcuna intenzione al riguardo, avesse attuato un

²¹³ Per una prima rassegna degli studi in materia, v. il contributo di FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952, I, p. 103; BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353; RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965; LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, vol. II, Padova, 1970; STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1977, p. 151; FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662; ID., *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984.

comportamento di favorevole *impatto sociale*. Anche nella dogmatica civilistica il tema rientra da tempo nella teoria delle fonti dell'obbligazione²¹⁴, costituendone tuttora un elemento indefettibile.

Non è semplice, tuttavia, fornire una definizione dei rapporti contrattuali di fatto, che esaurisca la serie delle fattispecie astrattamente configurabili; anzi, l'incertezza che percorre la materia è testimoniata dall'opinione di chi ritiene addirittura contraddittorio parlare di rapporto contrattuale e, allo stesso tempo, riferirne la genesi ad un *fatto*, piuttosto che ad una dichiarazione di volontà²¹⁵.

Consci di queste difficoltà, possono ritenersi rapporti contrattuali di fatto, quelli che "*pur non trovando il loro fondamento in una volontà diretta a costituirli, o quanto meno in un comportamento negoziale, si manifestano egualmente come rapporti della vita di relazione e, in virtù della loro tipicità sociale, acquistano rilevanza per il diritto*".

Il tentativo di costruzione unitaria del fenomeno in esame condotto dalla dottrina italiana, prese le mosse dalla critica verso la (pressoché totale) negazione del valore della dichiarazione di volontà avanzata dai primi autori tedeschi; giungendo, per questa via, alla configurazione del comportamento delle parti, "*valutato nella sua tipica concludenza*", quale "*esplicazione (attuazione) di autonomia privata, approvata e protetta dall'ordine giuridico*" ed integrante comunque un comportamento negoziale²¹⁶.

Il punto di svolta nella dottrina dei rapporti contrattuali di fatto è quindi rappresentato dall'abbandono dell'idea per cui il contratto deve essere sostenuto da un accordo, per così dire, necessariamente *dichiarato*, ben potendo derivare da "un consapevole contatto tra le sfere d'interessi di due consociati", unito alla "*statuizione di un regolamento d'interessi che viene posto in essere da entrambi i portatori degli interessi in questione, o da uno soltanto di essi*

²¹⁴ BETTI, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 353.

²¹⁵ RICCA, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 118 ss., il quale, nell'analisi del disposto dell'art. 2126 c.c. (di cui appresso in questa rassegna), verifica normativamente il principio acontrattualistico che dominerebbe l'ordinamento giuridico del lavoro.

²¹⁶ BETTI, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 367.

*(negozio unilaterale), e che dal punto di vista della comunità viene valutato come congrua, soddisfacente misura per la soluzione del problema pratico relativo alla distribuzione o produzione di beni nell'ambito della vita di relazione"*²¹⁷.

Osservando il problema in questa prospettiva, dunque, la volontà non risulterebbe del tutto pretermessa rispetto alla costituzione del rapporto contrattuale, ma verrebbe apprezzata esclusivamente con riguardo al *contenuto* del contratto, piuttosto che al contratto come tale: "*da qui al superamento della costruzione individualistica del contratto come strutturalmente fondato sull'usuale schema proposta-accettazione quale essenziale scaturigine del consenso, il passo a mio avviso è breve, e, se si ha riguardo alla realtà senza preconcetti, consente di riconoscere il contratto anche laddove non vi è consenso (nella sua usuale accezione di fusione o di incontro delle volontà), individuando di conseguenza nel contratto il risultato di varie tecniche procedimentali, che solo in ipotesi possono essere quelle tradizionali costituite dall'accettazione della proposta*"²¹⁸.

Non si tratta, in altri termini, di negare in assoluto l'esistenza di un accordo alla base del rapporto contrattuale, quanto di ammettere che le modalità *tradizionali* di esplicazione del consenso non sempre vengono (o possono) essere attuate, senza per ciò ritenere che il rapporto possa sorgere privo di un suo elemento essenziale (art. 1325 c.c.). Peraltro, dati normativi quali gli artt. 1327 e 1333 c.c. potrebbero efficacemente rappresentare situazioni in cui il legislatore prevede e disciplina ipotesi di conclusione del contratto fuori dal tradizionale incontro della proposta con l'accettazione. Come limpidamente è stato osservato, sarebbe oltremodo affrettato concludere che, non potendosi rinvenire nei rapporti contrattuali di fatto una dichiarazione

²¹⁷ BETTI, *Sui cosiddetti rapporti*, cit. loc. ult. cit.

²¹⁸ STELLA RICHTER, *Contributo*, cit., pp. 189 e 190-191, riecheggiando con qualche sfumatura la tesi di BETTI.

di volontà, la capacità di agire non avrebbe alcuna rilevanza, e sarebbe dunque erroneo equiparare i rapporti medesimi ai meri atti giuridici (leciti)²¹⁹.

La soluzione deve farsi dipendere, piuttosto, "*dalla situazione degli interessi e dal potere di controllo e di influenza che si ricollega alla situazione-tipo*", con la conseguenza che la loro diversa graduazione dipenderà da quale "*rilevanza si debba riconoscere alla capacità d'agire, che l'ordine giuridico conferisce alle parti, in ordine al regolamento d'interessi che essi compiono nel foggare autonomamente rapporti giuridici con altre sfere d'interessi*"²²⁰.

Attraverso l'elaborazione della dottrina meno appiattita sulle richiamate posizioni ideologiche, nonché attraverso l'opera della giurisprudenza degli interessi, si è giunti pertanto al progressivo abbandono di alcune (iperboliche) affermazioni sulla genesi del rapporto contrattuale (di fatto). Piuttosto noto, ad esempio, è il caso dell'aviatore che, volando per diporto ed atterrando, senza accorgersene, su un campo di aviazione, veniva richiesto del pagamento del prezzo dell'atterraggio, nonostante il comportamento del pilota non consentisse di ravvisare alcun consenso (tacito) alla conclusione del contratto. Secondo la criticata impostazione, tuttavia, ciò che contava era solo l'atterraggio, come atto *di per sé* sufficiente a che l'aviatore fosse sottoposto al regolamento contrattuale ed ai suoi effetti, anche a prescindere, se non contro, la sua volontà²²¹. Ora, fuori dalla fattispecie rappresentata, in verità ben difficile a realizzarsi, la soluzione adottata dalla successiva giurisprudenza degli interessi, sulla scorta delle perplessità autorevolmente manifestate dalla dottrina tedesca e da quella italiana²²², fu di valorizzazione delle "*relazioni della vita quotidiana, osservando nuovamente che le esigenze del traffico, in continuo divenire, mal si adattano ad essere inquadrare sempre e comunque i criteri*

²¹⁹ BETTI, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 368; STELLA RICHTER, *Contributo*, cit., p. 191, nt. 126.

²²⁰ BETTI, *Sui cosiddetti rapporti*, cit. loc. ult. cit., il quale, fra l'altro, pone l'esempio del trasporto tranviario per dimostrare che, in alcuni casi, sarebbe solo di intralcio al traffico l'accertare, di volta in volta, la capacità di agire di ogni singolo utente.

²²¹ FUNAIOLI, *I rapporti*, cit., p. 132 ss.; Ricca, *Contributo*, cit., p. 44.

²²² Cfr. CARIOTA FERRARA, *Volontà, manifestazione, negozio giuridico: un nuovo problema*, in *Ann. dir. comp.*, 1941, p. 374 ss., spec. p. 381 ss.; ID., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 496 ss.

*predeterminati e richiedono invece una revisione del concetto tradizionale di contratto ed ancor più delle tecniche procedimentali che conducono alla sua formazione, sicché deve concludersi che in determinate ipotesi non ha più senso chiedersi se vi è stata intenzione o anche solo consapevolezza dell'effetto, essendo il comportamento considerato come negoziale unicamente in forza di una valutazione socialmente tipica*²²³.

Tornando all'esempio dell'aviatore, la sua sottoposizione al regolamento contrattuale non sarebbe dovuta discendere dal mero fatto dell'atterraggio, quanto, eventualmente, dalla manifestazione dell'*intento* di fruire del servizio, seppure esplicito mediante un comportamento significativo e consapevole (ciò che non può essere l'aver confuso un aeroporto con l'aperta campagna)²²⁴.

Sulla scorta di queste considerazioni è stato affermato che i rapporti contrattuali di fatto *nascono* sovente "ad imitazione" del rapporto tipico disciplinato dalla legge (si pensi alle ipotesi di amministratore e società di fatto), e, più raramente, da un negozio nullo (v. il caso della prestazione di fatto fornita in violazione della legge, di cui all'art. 2126 c.c.)²²⁵. Ciò che appare utile rilevare è, comunque, che il comportamento *imitativo* posto in essere si ascrive al nucleo funzionale del rapporto, piuttosto che al suo momento genetico²²⁶, e, forse, non potrebbe essere diversamente. È vero, in tal senso, che le parti del rapporto contrattuale (di fatto) adeguano la propria azione direttamente allo schema attuativo del rapporto tipico, così valorizzandone l'attitudine a produrre effetti giuridici pur in mancanza di una conforme dichiarazione di volontà, ma ciò sembra soltanto il risultato della successiva ermeneutica della fattispecie fattuale. In altri termini, accertata la riconducibilità dell'azione delle parti allo schema attuativo di un contratto tipico, si potrà parlare di imitazione; altrimenti, ove il comportamento privo

²²³ STELLA RICHTER, *Contributo*, cit., p. 197; cfr. anche BETTI, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 356.

²²⁴ RICCA, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 50; cfr. anche STELLA RICHTER, *Contributo*, cit. loc. ult. cit.

²²⁵ FRANCESCHELLI, *Premesse generali*, cit., p. 675 ss.

dell'espressione del consenso risulti irrilevante per l'ordine giuridico, non sarà reperibile alcuno schema contrattuale da ritenersi imitato²²⁷.

Detto questo, non va trascurato che i contorni della teoria dei rapporti contrattuali di fatto nella ricostruzione della disciplina delle fonti dell'obbligazione risultano, ancora oggi, piuttosto sfumati. Da una parte, infatti, si è "*smarrito il senso della continuità storico-scientifica del problema dei faktische Vertragsverhältnisse rispetto alla categoria dei quasi-contratti, la cui ragion d'essere risiede proprio nell'esigenza di giustificare la riconnessione di effetti di stampo contrattuale a fattispecie caratterizzate dalla mancanza di un previo accordo tra le parti*"²²⁸; dall'altra, è pur vero che molte volte l'inserimento della fattispecie fra i cc.dd. rapporti contrattuali di fatto rischia di appesantire inutilmente l'impalcatura ricostruttiva, potendovi ben sopperire sia il ricorso alla categoria dei comportamenti concludenti²²⁹, che l'uso adeguato del procedimento analogico²³⁰.

Appare opportuno ora, ai fini dell'economia del nostro lavoro, esaminare la figura dell'amministratore di fatto, la cui prima nozione venne fornita, nel diritto penale, al fine di estendere la responsabilità propria degli amministratori a chi avesse svolto *in fatto* la funzione amministrativa, pur essendo privo di una nomina regolare, ovvero dei requisiti per potere svolgere l'incarico²³¹. Il dibattito sul tema ha sempre risentito degli influssi che

²²⁶ FRANCESCHELLI, *Premesse generali*, cit., p. 683 s.

²²⁷ Peraltro, lo stesso A. afferma che la costruzione del rapporto contrattuale di fatto può prescindere dalla consapevolezza, in chi tiene un dato comportamento, che questo può valere come atto di autonomia privata. Di tutto ciò, infatti, tiene luogo il criterio di valutazione operante nella vita pratica degli affari, alla cui stregua appunto quel comportamento assume il significato di un atto di autoregolamento di privati interessi (FRANCESCHELLI, *Premesse generali*, cit. loc. ult. cit.; l'imitazione non farebbe comunque parte del procedimento ricostruttivo della fattispecie per GUERRERA, *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 131 ss., ed anche in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, vol. I, t. 1, Milano, 1999, p. 389 ss.).

²²⁸ GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 136; cfr. altresì, CANNATA, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 25 ss., spec. 32 ss.; PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 666.

²²⁹ Per cui valga senz'altro il rinvio a CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.

²³⁰ GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 136.

²³¹ Cass. Torino, 3.12.1884, in *Riv. pen.*, 1885, p. 331; e ancora, Cass. pen., 16.2.1933, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, I, p. 357, e in *Giust. pen.*, 1933, II, p. 685; Cass.

provenivano dalle divisioni di dottrina e giurisprudenza sui rapporti contrattuali di fatto, soprattutto perché la particolare natura dell'obbligazione gestoria - destinata a *durare* nel tempo ed a riempirsi di contenuti variabilmente legati all'interesse della società amministrata - ha distratto l'attenzione dal momento genetico dell'obbligazione medesima, facendone trascurare in molti casi anche gli aspetti attuativi.

La difficoltà di ricostruire la genesi dell'obbligazione gestoria e, soprattutto, di giustificarne i riflessi sul piano organizzativo della società²³², ha fatto sì che nel corso del tempo il tema dell'amministratore di fatto coincidesse prevalentemente con il problema di accertarne e sanzionarne la responsabilità. Solo recentemente la questione è stata nettamente reimpostata, muovendo dalla distinzione di base tra "*le fattispecie in cui l'autore dell'atto è radicalmente privo di legittimazione organica, perché del tutto estraneo all'organizzazione sociale (quantunque occupi una posizione apicale nell'organizzazione dell'impresa); e quelle in cui, invece, egli ha ricevuto l'investitura nelle forme*

pen., 28.2.1936, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1937, p. 181, e in *Giust. pen.*, 1937, III, p. 129; Cass. pen., 18.12.1942, in *Giur. it.*, 1943, II, c. 39; Cass. pen., 19.12.1952, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1952, II, p. 412; Cass. pen., 29.5.1954, in *Giust. pen.*, 1954, II, p. 918; Cass. pen., 23.3.1954, n. 791, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1954, II, p. 334. Per la dottrina penalistica, RAMELLA, *Le società di commercio in rapporto alla legge penale*, Torino, 1893, p. 238 ss.; GISMONDI, *Responsabilità penale degli amministratori di fatto delle società commerciali*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1937, p. 184; PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 230; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1965, p. 47; CONTI e BRUTI LIBERATI, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società irregolari*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, p. 119; GIANNATTASIO, *Azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore di fatto di una società di capitali*, nota a Cass., 5.1.1972, n. 21, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 246. Per la dottrina privatistica, ovviamente senza pretese di completezza, BORGIOIOLI, *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 593 ss.; BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, *ivi*, 1984, I, p. 107 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 123 ss.; LO CASCIO, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 189 ss.; RAGAZZINI, *Sulla responsabilità del socio unico quale amministratore legittimo o "di fatto" di società unipersonale*, in *Riv. not.*, 1994, p. 939 ss.; ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998; ma ancor prima, ASCARELLI, *Società di persone; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956; I, 2, c. 405 ss.; ID., *In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori. Amministratore indiretto*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 413 ss.; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 108 ss.

²³² Per una profonda analisi del peso che la varietà dei processi di determinazione *extra-istituzionale* esercita sull'azione dell'ente collettivo, v. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, pp. 92 ss., 420 ss..

prescritte dal diritto societario, ma sulla base di un procedimento di nomina imperfetto o comunque inficiato da vizi più o meno gravi (che pongono in discussione la legittimità o l'effettività stessa del suo inserimento nell'organizzazione collettiva)"²³³.

In virtù di questa premessa, si è proposto il tentativo di staccarsi dalla severa posizione assunta dalla dottrina penalistica, sulla cui scia autorevolmente fu formulata la prima compiuta elaborazione teorica della figura in esame, per giungere alla valorizzazione della *spontanea assunzione* delle incombenze gestorie, quale indice rivelatore dell'esistenza di un rapporto cornice entro cui inquadrare (almeno) la fonte degli obblighi di responsabilità degli amministratori²³⁴.

Preliminarmente, però, va segnalato che l'indirizzo giurisprudenziale sul tema ha tradizionalmente equiparato, proprio ai fini della responsabilità penale, gli amministratori di fatto a quelli legalmente nominati. In un primo momento la delineazione della categoria proposta dalla giurisprudenza risultava quanto mai generica (amministratori di fatto erano quei soggetti "*i quali si siano ingeriti nell'amministrazione della società, ancorché non legalmente designati e autorizzati a tale ufficio*"²³⁵), e l'equiparazione derivava da motivi di equità. Successivamente i concetti sono stati affinati²³⁶, per approdare alla fondamentale Cass. 28 febbraio 1936, secondo la quale andavano qualificati amministratori di fatto coloro che avessero svolto la relativa funzione in virtù di un "mandato tacito"; in questo caso, l'estensione della normativa penale era basata sul presupposto che "*il legislatore, parlando di amministratori, si sia riferito tanto a quelli legalmente nominati che a quelli esercenti senza nomina legale le mansioni speciali a quella funzione*". Si è

²³³ GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 139.

²³⁴ Come si vedrà, il ragionamento dell'A. conduce ad individuare tale rapporto cornice nella *negotiorum gestio* (GUERRERA, *Gestione*, cit., spec. p. 170 ss.).

²³⁵ Così, Cass. pen., 16 febbraio 1933, cit.

²³⁶ ONDEI, *I reati di quasi-bancarotta e gli amministratori di fatto*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, I, p. 357 ss.; ESCOBEDO, *I cc. dd. amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi-bancarotta semplice*, in *Giust. pen.*, 1933, III, p. 685 ss.

detto, tuttavia, che tale proposizione dei giudici di legittimità rimaneva indimostrata²³⁷.

La formula dell'amministratore di fatto, infatti, finiva per essere "di mero comodo", anzi escludeva "ogni riferimento alla nozione tecnica di amministratore: poiché con essa si vorrebbe alludere a chi in fatto amministra senza essere amministratore in senso tecnico"²³⁸. Questa critica, in realtà, muoveva dalla constatazione secondo cui la giurisprudenza del tempo stava subendo "l'interferenza" di un altro orientamento sviluppatosi dal "tronco di quella costante giurisprudenza, che ammette la possibilità di una preposizione tacita anche da parte di società commerciali"²³⁹. In tal senso, veniva richiesta, ai fini dell'estensione della responsabilità gestoria, l'esistenza di almeno un atto (anche se invalido o *implicito*) di investitura da parte dell'organo sociale competente, che fosse perciò equiparabile ad una regolare deliberazione di nomina²⁴⁰.

L'atteggiamento della dottrina nei confronti di questa impostazione si è dimostrato critico: il presupposto oggettivo richiesto dalla giurisprudenza è stato ritenuto una inutile sovrastruttura, che nulla aggiungeva al dato fenomenologico dell'esercizio di fatto delle funzioni; peraltro, ciò si realizzava equiparando gli amministratori di fatto a quelli regolarmente nominati, sia sotto il profilo degli obblighi, che sotto quello delle responsabilità²⁴¹. Ne sarebbero

²³⁷ MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., p. 109.

²³⁸ MINERVINI, *Gli amministratori*, cit. loc. ult. cit., spec. nt. 165

²³⁹ MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., p. 110, spec. nt. 167, per il panorama giurisprudenziale al tempo; oggi le pronunce fondamentali sono rappresentate da Cass., 12.1.1984, n. 234, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 182, con nota di BONELLI, *La prima sentenza della cassazione civile sull'amministratore di fatto*, sulla cui scia si è recentemente posta Cass., 3.7.1998, n. 6519. Si tenga presente, però, che la Cass. 6.3.1999, n. 1925 ha espressamente affermato di non condividere gli orientamenti precedenti, aderendo alla tesi sulla gestione di affari altrui quale fonte degli obblighi di responsabilità dell'amministratore di fatto (v. ampiamente sul punto, GUERRERA, *Gestione*, cit., spec. p. 170 ss.).

²⁴⁰ GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 158, spec. nt. 83 e 84.

²⁴¹ Questa è la tesi di BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, cit., p. 111, ripresa con ampi sviluppi da ABRIANI, *L'amministratore*, cit., 183 ss, il quale individua la figura dell'amministratore di fatto nel soggetto che:

- a) in assenza di una efficace deliberazione assembleare di nomina, abbia esercitato,
- b) in modo continuativo,
- c) funzioni gestorie riservate dalla legge agli amministratori di diritto della società,

derivati molteplici rischi: anzitutto, l'accertamento circa la sussistenza della preposizione tacita avrebbe potuto assecondare la discrezionalità (sostanzialmente incontrollabile) del giudice chiamato a decifrare i fatti; in secondo luogo, la stessa preposizione tacita avrebbe precluso "*in radice la possibilità di correlare la propagazione della responsabilità da gestione negligente o infedele a tipologie di condotta, influenza o co-determinazione esterna che esorbitano dal tradizionale modello del mandato institorio, quali p. es. quelle riconducibili al fenomeno dell'esercizio pregiudizievole del potere di controllo, da parte del socio di maggioranza, e della direzione unitaria nei gruppi di società*"²⁴². Infine, sarebbe stato difficile ascrivere le responsabilità tipiche dell'amministratore a chi fosse riuscito a provare la propria *formale estraneità* all'organizzazione societaria²⁴³.

Uno degli sforzi ricostruttivi compiuti dalla dottrina è stato rivolto nel senso della valorizzazione del profilo funzionale dell'attività amministrativa, precipuamente allo scopo di sottoporre l'amministratore di fatto alla responsabilità del direttore generale (art. 2396 c.c.). Così ragionando, l'amministratore di fatto sarebbe chiamato a rispondere alla stregua di un collaboratore dell'impresa societaria investito dei compiti di *alta gestione* riservati al direttore generale, sebbene in assenza di apposita investitura assembleare o previsione statutaria²⁴⁴. Altra ipotesi seriamente presa in considerazione dalla dottrina è stata quella fondata sull'applicazione del disposto dell'art. 1717, ult. co., c.c., che attribuisce al mandante il potere di agire direttamente "*contro la persona sostituita dal mandatario*", sulla base dell'affermata riconducibilità della posizione dell'amministratore di fatto a tale

d) in una posizione di autonomia decisionale, in funzione sostitutiva o anche meramente cooperativa (ma non subordinata) rispetto a questi ultimi.

²⁴² GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 161.

²⁴³ GUERRERA, *Gestione*, cit., pp. 162-163.

²⁴⁴ BORGIOI, *Amministratori di fatto*, cit., p. 611, nt. 70; cfr. GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 147, nt. 49, p. 169, nt. 116, e p. 177, nt. 143; per la distinzione tra l'ingerenza non autorizzata nella gestione sociale e l'illegittima attribuzione di poteri di amministrazione a terzi estranei, v. LATELLA, *La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 124 ss..

figura²⁴⁵. È stato segnalato, tuttavia, che la fattispecie disciplinata dalla norma sopra richiamata non riesce a coprire ipotesi quali, ad esempio, quella della spontanea o abusiva sostituzione del mandatario²⁴⁶.

Infine, non va dimenticata la posizione di chi, sulla scia della classificazione della responsabilità dell'amministratore in termini di *gesetzliche Organhaftung*, ha sostenuto l'applicabilità generale dello statuto dell'amministratore nei confronti di chiunque si trovi a svolgerne il ruolo, e quindi indipendentemente dalla qualifica formale del soggetto agente²⁴⁷.

La generalizzata applicazione al gestore non legittimato del regime di responsabilità degli amministratori avrebbe preso le mosse, tuttavia, dalla "*completa obliterazione del momento genetico del rapporto, in contrasto con l'esigenza di definire convenientemente la rilevanza giuridica della corrispondente relazione di fatto*"²⁴⁸.

Sulla base di queste considerazioni critiche, come si è anticipato, va attualmente facendosi strada la tesi secondo cui, attraverso un'opportuna indagine sul momento *genetico* del rapporto di amministrazione di fatto, può giungersi all'individuazione di una fonte degli obblighi di corretta gestione (e, dunque, della connessa responsabilità), che non coincida necessariamente con un atto di preposizione volontaria. Tale diversa scaturigine degli obblighi di cooperazione gestoria sarebbe rappresentata dalla "gestione di affari" (art. 2028 ss., c.c.), la cui disciplina impone a chi, senza esservi tenuto, assuma scientemente la gestione di un affare altrui, non soltanto l'obbligo di continuarla finché necessaria, ma altresì tutti gli obblighi che deriverebbero da un mandato (art. 2030 c.c.), incluso quello di operare con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1710 c.c.)²⁴⁹.

²⁴⁵ LO CASCIO, *La responsabilità*, cit., p. 199.

²⁴⁶ GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 165.

²⁴⁷ BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, cit., p. 112.

²⁴⁸ GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 168.

²⁴⁹ GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 170; per l'unico precedente nell'utilizzazione dello schema, v. BORGIOI, *L'amministratore di fatto non fallisce*, nota ad App. Bologna, 26.3.1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 595; ma un accenno si trova già in BETTI, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 353.

Tale impostazione deriva, quindi, da un'interpretazione evolutiva del dettato normativo e, valorizzando il profilo legale della *consapevole e spontanea gestione*²⁵⁰, approda infine ad un'applicazione più liberale della disciplina: le "*obbligazioni gestorie, e in special modo quelle dalla cui violazione deriva immediatamente una responsabilità per danni, nascono dalla semplice circostanza dell'intervento in affari di pertinenza altrui... a prescindere dalla considerazione della concreta utilità dell'operato del gestore e della configurabilità di una prohibitio dell'interessato, così come di un suo stato di impossibilità a provvedere: ciò, sino al limite dell'interferenza assolutamente arbitraria ed anzi illecita, perché apertamente contrastata, nella sfera giuridico-patrimoniale del dominus*"²⁵¹.

L'importazione nell'ordinamento societario dello schema della *negotiorum gestio* procede attraverso la ricostruzione del nucleo dell'obbligazione gestoria, il quale, attraverso prudenti adeguamenti²⁵², risulta non differente dal contenuto degli obblighi incombenti sugli amministratori di società²⁵³. In tal senso, il gestore degli *affari sociali* dovrà perseguire l'interesse economico della società fino alla "piena riattivazione funzionale" dei suoi organi²⁵⁴.

Parimenti, si dica per ciò che riguarda l'obbligo di amministrare correttamente (art. 1175 c.c.), diligentemente (art. 1176 c.c.), in assenza di conflitto fra interessi propri e sociali (artt. 1394 e 2391, c.c.), nonché rispettando il divieto di non concorrenza (art. 2390 c.c., il cui precetto è ritenuto applicabile quale corollario del dovere di fedeltà, dettato dalla speciale natura dell'incarico). Analogamente, e salvi i doverosi distinguo, può dirsi con

²⁵⁰ Il tenore letterale dell'art. 2028, va detto, sembra riguardare l'ipotesi minore in cui il soggetto interessato sia *temporaneamente impedito* ad occuparsi dei propri affari: "... *finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso*".

²⁵¹ GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 172.

²⁵² GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 183, nt. 157.

²⁵³ GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 181.

²⁵⁴ GUERRERA, *Gestione*, cit. loc. ult. cit.

riferimento agli obblighi in materia di contabilità e bilancio, di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ed ai cc.dd. obblighi professionali²⁵⁵.

La tenuta della tesi appena esposta è stata verificata con pieno favore dalla più recente giurisprudenza di legittimità. Con la sentenza n. 1925 del 6 marzo 1999²⁵⁶, infatti, la Corte di Cassazione ha espressamente affermato di non condividere il precedente orientamento fondato sul concetto di preposizione *tacita* o *implicita* e, seguendo la via tracciata dalla dottrina "classica" dei rapporti contrattuali di fatto, è giunta ad includere fra questi anche l'assunzione non autorizzata della gestione di affari altrui²⁵⁷.

Ciò è avvenuto attraverso una riscoperta fruibilità del concetto di "contatto sociale", il cui variegato atteggiarsi nei contributi sul tema risulta tuttora lontano da composizioni definitive²⁵⁸. Dal punto di vista ricostruttivo, va comunque condiviso il tentativo di valorizzare il momento genetico dell'obbligazione gestoria. Che ciò sia stato fatto avvalendosi dello schema della *negotiorum gestio*, dimostra che l'istituto civilistico risulta "*idoneo a far sorgere, a carico del gestore, gli obblighi tipici di colui che, in base ad un valido contratto, tale incarico ha ricevuto dall'interessato; e, quindi, di situazioni giuridiche la cui violazione assume rilievo sul piano della responsabilità contrattuale*"²⁵⁹.

In via applicativa, poi, l'apertura verso la soluzione descritta appare particolarmente ampia: si precisa, infatti, che le regole che disciplinano l'attività degli amministratori saranno applicabili anche a "*coloro che si sono ingeriti nella gestione della società senza aver ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, neppure irregolare o implicita*" e, quindi, anche nell'ambito

²⁵⁵ Per i quali si rinvia a GUERRERA, *Gestione*, cit., pp. 184-204.

²⁵⁶ La si può leggere in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 511, ed in *Corr. giur.*, 1999, p. 1396, con nota di PERRONE..

²⁵⁷ L'inserimento della *negotiorum gestio* tra i rapporti *contrattuali* di fatto non sembra essere del tutto pertinente (v. infatti BETTI, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 353; GUERRERA, *Gestione*, cit., spec. p. 170 ss.).

²⁵⁸ Si confronti la recente Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., che riprende anch'essa il concetto di "contatto sociale", questa volta al fine di farne discendere la responsabilità *contrattuale verso terzi* del medico dipendente della struttura sanitaria pubblica.

²⁵⁹ Così, le parole di Cass., 6 marzo 1999, n. 1925.

del diritto privato, penale ed amministrativo²⁶⁰, "*i responsabili della loro violazione non vanno individuati sulla base della loro qualificazione formale ma per il contenuto delle funzioni concretamente esercitate*"²⁶¹.

A tal proposito, la statuizione del principio avrebbe forse meritato maggiore profusione di energie; in particolare - considerando il cambiamento di rotta impresso rispetto alla tradizionale soluzione adottata -, la Suprema Corte avrebbe potuto precisare che l'imputazione della responsabilità, secondo lo schema accolto, postula comunque la rigorosa dimostrazione dell'avvenuta instaurazione, *in via di fatto*, del rapporto di gestione dell'impresa sociale: infatti, "*soltanto l'esercizio continuativo e sistematico di poteri direttivi pone l'agente in grado di conoscere la situazione patrimoniale e l'andamento economico della società e, conseguentemente, giustifica l'accollo del rischio inerente a questa tipica posizione di responsabilità dell'amministratore*"²⁶². È di prima evidenza, infatti, quale sia il rischio collegato ad un'applicazione acritica (o, peggio, indiscriminata) del principio statuito in sentenza: l'ampiezza della sua formulazione potrebbe portare a disancorare progressivamente l'applicazione del regime sanzionatorio dalla sua *necessaria* premessa dogmatica e dalla fattispecie legale che lo giustifica (art. 2028 ss., c.c.), così moltiplicando il numero degli amministratori di fatto, che potrebbero per essere investiti della carica, per così dire, *iure pretorio*.

Prima di completare l'esame di tale figura, appare opportuno esaminare gli ultimi intereventi giurisprudenziali sulla figura *de qua*.

Di recente, la Suprema Corte ha individuato l'amministratore di fatto in quel soggetto che: "*pur essendo privo della veste formale di amministratore per difetto di una qualsivoglia nomina assembleare, si inserisce, di fatto e sistematicamente, nella direzione dell'impresa sociale, impartendo istruzioni agli amministratori ufficiali, condizionandone le scelte e trattando*

²⁶⁰ La Corte richiama gli artt. 135 e 136, d.lgs. 1.9.1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia); 11, d.lgs. 18.12.1997, n. 472 (recante disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie); 190 e 193, d.lgs. 24.2.1998, n. 58 (Testo unico delle leggi in materia di intermediazione finanziaria).

²⁶¹ Sono sempre le parole di Cass., 6 marzo 1999, n. 1925.

*direttamente con i terzi*²⁶³; per l'accertamento della qualità di amministratore di fatto di un soggetto, inoltre, *“ciò che rileva è stabilire se l'attività svolta in concreto abbia o meno comportato l'esercizio di poteri di gestione”*²⁶⁴.

Ora, come l'accertamento e la declaratoria della qualità di amministratore di fatto di un soggetto comporta l'applicazione a quest'ultimo di tutte le norme relative all'amministrazione della società, come pacificamente ritenuto 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”*²⁶⁵.

Tale orientamento è consolidato anche nella giurisprudenza della Suprema Corte, che ha affermato: *“le regole che disciplinano l'attività degli amministratorisono applicabili anche a coloro che si sono ingeriti nella gestione della società senza avere ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura, neppure irregolare o implicita”*²⁶⁶, e *“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”*²⁶⁷.

L'applicazione delle norme sulla responsabilità degli amministratori di diritto al soggetto rilevato tale, determina l'automatica insorgenza in capo a quest'ultimo di una responsabilità solidale, con quella degli amministratori di diritto, per i comportamenti posti in essere insieme a costoro. Come affermato dalla Suprema Corte: *“le regole che disciplinano l'attività degli amministratori*

²⁶² GUERRERA, *Gestione*, cit., p. 206.

²⁶³ Cass. 23 aprile 2003, n. 6478.

²⁶⁴ Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906, e nello stesso senso, Cass. 14 settembre 1999, n. 9795. L'ormai consolidato indirizzo della Corte Suprema era stato anticipato dalla giurisprudenza milanese, sempre attenta al problema, la quale, già dieci anni or sono, aveva correttamente individuato i requisiti necessari per la declaratoria della qualità di amministratore di fatto, all'uopo richiedendo un'“*ingerenza stabile che si protragga per un rilevante arco di tempo*” (App. Milano 9 dicembre 1994, in *Le società*, 7/1994, p. 926.), e chiarendo che: *“non è sufficiente il riferimento ad alcuni episodi di natura eterogenea ed occasionale”* (Trib. Milano 22 settembre 1994.); è stato poi affermato che: *“la individuazione del c.d. amministratore di fatto presuppone che le funzioni svolte in via di fatto abbiano carattere sistematico”* (App. Milano, 4 maggio 2001, *Diritto Commerciale*, I, 2002, pg. 317 e ss.).

²⁶⁵ BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, pg. 131

²⁶⁶ Cass. 23 aprile 2003, n. 6478.

²⁶⁷ Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906.

*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*²⁶⁸, 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”*²⁶⁹.

Appare dunque evidente come la figura dell'amministratore di fatto rappresenti l'esatto corrispettivo dello *shadow director* anglosassone e come, quindi, possa essere inquadrato correttamente nella categoria delle ipotesi di *piercing the corporate veil* del nostro ordinamento. Ci si trova, infatti, dinanzi ad 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.

2.2 Un esempio di piercing the corporate veil consacrato dal Legislatore italiano: l'unico quotista e l'unico azionista.

Un'ulteriore ipotesi di *piercing the corporate veil* riguardava, prima della recente riforma del diritto delle società, il socio unico di s.r.l.²⁷⁰ La

²⁶⁸ Cass. 6 marzo 1999 n. 1925.

²⁶⁹ BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, pg. 131.

²⁷⁰ In argomento, e sulle problematiche correlate, NARDECCHIA, *Il fallimento del socio unico di società di capitali*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1999, n. , p. I-747; LAMANNA, *Socio unico e fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1999, n. 5, p. 469; SARTEA, *Fallimento in estensione del socio unico di s.p.a.: il tribunale di Milano su inquietudini vecchie e nuove*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, n. 3, p. 609/II; CINTIOLI, *Fallimento del socio unico di società di capitali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1998, n. 2, p. 192; PATTI, *Natura giuridica della responsabilità del socio unico di società di capitali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1998, n. 2, p. 157; APICE, *Il fallimento della S.r.l. artigiana con socio unico*, in *Impresa commerciale industriale*, 1997, n. 11, p. 2035; PICONE, *Estensione del fallimento al socio unico di società di capitali*, in *Le Società*, 1997, n. 11, p. 1312; CASALE,

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 decadenza dell’azionista dal beneficio della responsabilità

L'estensione del fallimento sociale al socio unico di società di capitali, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1997, n. 4, p.II-1059; CINTIOLI, *Responsabilità e fallimento del socio unico di società di capitali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1997, n. 1, p. 92; MONTESANO, *Persona giuridica socio unico di società di capitali. Applicabilità dell'art. 2362, c.c.*, in *Società Bilancio e Contabilità*, 1996, n. 8, p. 676; BORZI, *Il punto su: fallimento del socio unico di s.p.a. e s.r.l.*, *Impresa commerciale industriale*, 1996, n. 5, p. 892; RORDORF, *Fallimento del socio unico di società a responsabilità limitata unipersonale*, in *Le Società*, 1996, n. 5, p. 550; FERRO, *Responsabilità del socio unico nelle società di capitali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1996, n. 5, p. 435; FABIANI, *La responsabilità del socio unico come strumento di disciplina dell'insolvenza nelle aggregazioni societarie*, in *Il Foro italiano*, 1995, n. 1, p. 901; DI CATALDO, *I contratti tra la società a responsabilità limitata unipersonale e il socio unico. Prime proposte interpretative*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1995, n. 3, p. 340/I; FERRO, *Responsabilità illimitata del socio unico nel concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1995, n. 3, p. 229; TABELLINI, *Estensione degli effetti delle procedure concorsuali al socio unico*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1994, n. 1, p. 76; RORDORF, *Socio unico di società di capitali*, in *Le Società*, 1994, n. 5, p. 593; ID, *Società in concordato preventivo e socio unico persona giuridica*, in *Le Società*, 1994, n. 9, p. 1193; FUSA, *Le Srl con socio unico*, in *Amministrazione & Finanza*, 1993, n. 17, p. 1046; AA.VV., *Disciplina e modalità operative per la costituzione della società con socio unico*, in *Società Bilancio e Contabilità*, 1993, n. 5, p.445; DE CRESCIENZO, *La controversa questione della fallibilità del socio unico azionista*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2004, n. 8, p. 929; CASALE, *Questioni in tema di unico azionista e di pegno di azioni*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, n. 3, p. I-436; PERNAZZA, *Diritto applicabile alle società costituite all'estero e responsabilità dell'unico azionista*, *Le Società*, 2002, n. 8, p. 971; PELLEGRINO, *Considerazioni sul fallimento dell'unico azionista o quotista*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 2002, n. 2, p. II-330; MALATESTA, *In tema di legge regolatrice della responsabilità dell'unico azionista*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, n. 4, p. 945; RAGUSA, *L'unico azionista o l'unico quotista non sono assoggettabili a fallimento*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1998, n. 7, p. II-43; SPARANO, *Assoggettabilità al fallimento del socio unico azionista ex art. 2362 cod. civ. Limiti e difficoltà applicative*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1997, n. 6, p. II-737; FELICI, *La responsabilità sussidiaria dell'unico azionista*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1996, n. 5, p.678; WEIGMANN, *L'unico azionista nel concordato preventivo della società*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, n. , p.144/I; LO CASCIO, *Effetti remissori del concordato preventivo ed unico azionista della società concordataria*, in *Giustizia civile*, 1993, n. 5, p.I-378; PALLADINO, *Osservazioni su società di comodo e fallimento dell'unico azionista*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1992, n. , p.II-114; SIDERI, *Responsabilità dell'unico azionista di società per azioni e concordato preventivo della società partecipata*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1990, n. 8, p. 836; SCOTTI CAMUZZI, *Società di comodo e unico azionista indiretto*, in *Rivista delle Società*, 1990, n. 2, p. 1372.

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 schermo²⁷¹.

Nonostante, come detto, tale articolo sia stato riformato dal Legislatore, la sua analisi rappresenta, in ogni caso, un passaggio necessario per evidenziare, come di seguito si vedrà, i principi ricavabili da tale norma in relazione al tema oggetto del presente lavoro.

Va incidentalmente evidenziato come fattispecie corrispondeva in parte a quella disciplinata dall'art. 24 del Companies Acr 1985, esaminata nel precedente capitolo, che disciplinava la riduzione dei soci al di sotto di un certo numero, prevedendo, per i soci residui, una responsabilità illimitata per le obbligazioni societarie e che, come visto, prevede: *“if a company, (other than a private company limited by shares or by guarantee), carries on business without having at least two members and does so for more than 6 months, a person who, for the whole or any part of the period that is so carries on business alter those 6 months - (a) is a member of the company, and (b) knows that is carrying on business with only one member, is liable (jointly and severally with the company) for the payment of the company's debts contracted during the period or, as the case may be, that part of it”*.

Il fondamento dell'art. 2362 codice civile veniva ravvisato nella volontà di impedire che una persona potesse esercitare un'impresa sostanzialmente individuale, conservando il beneficio della responsabilità limitata, sancito dall'art. 2325 c.c. in favore dei soci di S.p.a., in contrasto con il principio generale della illimitata responsabilità patrimoniale del debitore, previsto dall'art. 2740 c.c.²⁷².

²⁷¹ GALGANO, *I gruppi*, pag. 247.

²⁷² A sostegno di tale *ratio* milita la stessa Relazione al codice civile (n. 943) ove si afferma che: *“(...) superata in senso negativo la questione dell'opportunità di riconoscere come istituto generale quello della limitazione della responsabilità nell'esercizio di impresa,*

La soluzione adottata dal legislatore del '42 in tema di società di capitali per il caso in cui le azioni o quote fossero concentrate in una sola mano raggiungeva due importanti risultati in quanto consentiva la sopravvivenza della società stessa e la continuazione dell'attività economica anche se fosse venuta meno la pluralità dei soci e nello stesso tempo equiparava, sotto il profilo della responsabilità, l'imprenditore individuale a chi esercitava un'impresa sostanzialmente individuale per il tramite di una società-persona giuridica, di cui fosse l'unico socio.

In altri termini, l'introduzione nell'ambito del codice civile dell'art. 2362 c.c., consentendo un'armonizzazione della disciplina in tema di società di capitali con i principi generali, promananti dal sistema in tema di responsabilità del debitore, permetteva al legislatore di prevedere la sopravvivenza delle società dotate di personalità giuridica anche quando fosse venuta meno la pluralità dei soci, senza che questo evento dovesse essere inteso quale causa di scioglimento automatico dell'ente societario, evitando altresì che la personalità giuridica potesse fungere da schermo protettivo nell'esercizio di un'impresa che, seppur riferibile alla società unipersonale, nella sostanza fosse condotta dall'unico socio.

Il socio unico veniva, precedentemente alla riforma, ritenuto suscettibile di fallimento ai sensi dell'art. 147 l. fall., che afferma l'estensione del fallimento della società con soci a responsabilità illimitata al socio illimitatamente responsabile. Questa disposizione non fa nessuna distinzione fra società in cui vi sono soci illimitatamente responsabili e le società in cui la responsabilità illimitata dei soci è solo occasionale e dipende da eventi particolari quale è la concentrazione di tutto il capitale sociale in capo ad un solo soggetto²⁷³. L'intero titolo V della legge fallimentare dedicato alle società

doveva logicamente evitarsi che lo stesso risultato potesse raggiungere indirettamente attraverso le S.p.A., con la concentrazione di tutte le azioni nelle mani di un solo azionista”.

²⁷³ BIANCHI D' ESPINOSA, *L' estensione del fallimento di una società per azioni all' unico azionista*, cit., p. 117. PICONE, *Estensione del fallimento al socio unico di società di capitali*, cit., p. 1317.

non contiene alcuna distinzione fra le diverse tipologie, fatto salvo il caso, delle cooperative²⁷⁴.

Proprio la circostanza che l'art. 147, ult. comma, l. fall., disponga la non applicazione delle disposizioni contenute nei precedenti commi, contribuisce a ritenere preferibile l'opzione per cui l'art. 147 l. fall. va applicato nella sua interezza alle società di persone e alle società di capitali. L'espressione "*società con soci a responsabilità illimitata*" pur evocando la pluralità dei soci non può essere intesa nel senso che la disposizione sarebbe inapplicabile all'unico azionista, proprio perché unico per definizione.

La norma va invece interpretata nel senso che il plurale non va contrapposto al singolare, dovendo essere letta l'espressione "*soci*" come una miglior definizione lessicale²⁷⁵.

Il socio unico di società di capitali va allora assoggettato a fallimento personale in occasione del fallimento della società cui partecipa²⁷⁶.

Appare opportuno esaminare le modifiche successive alla riforma

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*

²⁷⁴ SARTEA, *Fallimento in estensione del socio unico di S.p.A.: il Tribunale di Milano su inquietudini vecchie nuove*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 613; LAMANNA, *Socio unico e fallimento*, cit., p. 471.

²⁷⁵ LAMANNA, *Socio unico e fallimento*, cit., p. 482. Inoltre, secondo BONSIGNORI, *Società (fallimento delle)*, cit., p. 128, quando la società in accomandita è strutturata con la presenza di un solo socio accomandatario, senza alcun dubbio, il fallimento personale coinvolge l'unico socio accomandatario.

²⁷⁶ BOBOLINI, *L'impreditore a latere, in fallimento*, 1996, p. 882; DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 380; MANFEROCE, *Socio unico di società di capitali, socio sovrano e socio tiranno*, in *Fallimento*, 1995, p. 486; GALGANO, *Il fallimento delle società*, cit., p. 80; FERRO, *Responsabilità di gestione e responsabilità di garanzia ex art. 147 L.F.*, cit., p. 390; PIZZIGATI, *Fallimento del socio e tutela dei creditori*, cit., p. 188; BIANCHI D'ESPINOSA, *L'estensione del fallimento di una società per azioni all'unico azionista*, cit., p. 117; PICONE, *Estensione del fallimento al socio unico di società di capitali*, cit., p. 1323; NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 354; S. SCOTTI CAMUZZI, *L'unico azionista*, cit., p. 723; RORDORF, *Socio unico e società di capitali*, cit., p. 596; WEIGMANN, *Oltre l'unico azionista*, cit., p. 564; E. F. Ricci, *Lezioni sul fallimento*, cit., p. 114 osserva che sarebbe singolare che proprio quando la società fallisce divenga inapplicabile l'art. 2362 c.c.; AZZOLINA, *Sull'estensibilità del fallimento all'unico azionista o quotista della società*, in *Foro pad.*, 1958, I, p. 643, con qualche perplessità, SPARANO- SPARANO, *Assoggettabilità al fallimento del socio unico azionista ex art. 2362 cod. civ.: limiti e difficoltà applicative*, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 740; LO CASCIO, *IL*

2 ottobre 2001, n. 366²⁷⁷ 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, 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.

Alla luce delle novità introdotte dalla riforma, la comune denominazione di "s.p.a. unipersonale" appare oggi riassumere in sé due distinte fattispecie:

- la s.p.a. costituita mediante atto unilaterale da un unico socio fondatore;
- la s.p.a. le cui azioni, in un momento successivo alla costituzione, vengono a concentrarsi nelle mani di un unico socio.

Stabilisce, infatti, il primo comma dell'art. 2328, nel nuovo testo previsto dalla riforma, che la s.p.a. può essere costituita per contratto o per atto unilaterale. I desume, pertanto, dal combinato disposto della norma in esame e degli artt. 2325 e 2331 *ex d.lgs. n. 6/2003*, che la s.p.a. può avere, sin dal

fallimento e le altre procedure concorsuali, cit., p. 498; BERTACCHINI, *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione*, cit., p. 130.

²⁷⁷ Immensa è la bibliografia sulla riforma del diritto societario. Tra i tanti, si vedano Sul nuovo art. 2409 c.c., tra gli altri, 1079; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in Trattato Galgano, XXIX, Padova, 2003; SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003; *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, S. AMBROSINI (a cura di), Torino 2003, 85; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna 2003, 266 ss; LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 207.

momento della sua costituzione, un socio unico fondatore, il quale, salvo i casi previsti dalla legge, gode del beneficio della limitazione della responsabilità tipico della società di capitali. La legge non prevede limitazioni soggettive: socio unico fondatore può essere sia una persona fisica, anche se socio unico di altra società di capitali, che una persona giuridica. Oggi, pertanto, sia nella società per azioni “unilaterale” – similmente a quanto precedentemente previsto in materia di s.r.l. unipersonale²⁷⁸ – sia nella società con un unico azionista “*per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio*” (art. 2325, comma 1)²⁷⁹.

Ai fini del presente lavoro, 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. Stabilisce infatti il secondo comma dell’art. 2325, come novellato dalla riforma, che “*in caso di insolvenza delle società, per le*

²⁷⁸ Sulla nozione di socio unico e sulla connessa problematica se per l’applicazione della relativa disciplina sia sufficiente l’appartenenza in senso sostanziale ed economico della società ovvero la titolarità formale dell’intero capitale sociale cfr., nel primo senso, DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 228; RORDORF, *Socio unico di società di capitali*, in *Società*, 1994, 593 ss.; CHIEFFI, *Sottocapitalizzazione della società, s.r.l. unipersonale e art. 2490-bis² cod. civ.*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 534 ss.; nel secondo senso, invece, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 308 ss., spec. 312; e in tema di società a responsabilità limitata unipersonale, IBBA C., *La società a responsabilità limitata con un solo socio (Commento al d.lg. 3 marzo 1993 n. 88)*, Torino, 1995, p. 168; ROSAPEPE, *La società a responsabilità limitata unipersonale*, Milano, 1996, p. 134.

²⁷⁹ La legge delega, come già la normativa europea, raccomandava che la previsione di questa norma generale fosse necessariamente accompagnata da “*adeguate garanzie per i creditori*” (art. 4, lett. e, della l. 3 ottobre 2001, n. 366). A tal fine, la riforma del diritto societario ha introdotto un’articolata disciplina della s.p.a. unipersonale – di cui la dottrina ha, invero, già lamentato l’inopportuno smembramento fra più frammenti di norme – stabilendo specifiche disposizioni in materia di: costituzione (artt. 2328 e 2329); conferimenti (art. 2342, comma 2 e 4); pubblicità (art. 2362); condizioni per limitazione della responsabilità (art. 2325); atti compiuti prima dell’iscrizione (art. 2331, comma 2); rapporti fra la società e il socio unico (art. 2362, comma 5); aumento di capitale (art. 2439).

obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni sono appartenute ad un sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'art. 2342 c.c. o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'art. 2362 c.c.". La responsabilità illimitata in caso di insolvenza della società conferma, come ha ribadito la stessa relazione, la propria funzione di "sanzione per l'ipotesi di mancato adempimento di tali obblighi" ed estende all'unico azionista la disciplina già prevista per l'unico quotista. In analogia a quanto già previsto per la s.r.l. unipersonale, infatti, l'unico azionista ha in termini generali una responsabilità limitata al capitale conferito e perde questo beneficio esclusivamente in ipotesi nelle quali si verificano due concorrenti condizioni: la insolvenza della società ed il mancato versamento di tutti i conferimenti in denaro oppure l'inosservanza degli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 2362. Vale a dire, a seguito della violazione di almeno uno di quegli obblighi specificatamente previsti dalla legge a tutela dei creditori sociali.

Si deve ritenere, pertanto, che restino altresì confermate le conclusioni a cui erano pervenute la prevalente dottrina e giurisprudenza nel vigore del dettato originario dell'art. 2362 c.c.

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.

Ne consegue che, al verificarsi dello stato di insolvenza e qualora non abbia adempiuto all'obbligo del versamento della totalità dei conferimenti oppure all'obbligo di pubblicità, l'unico azionista risponde con il suo patrimonio in aggiunta a quello sociale, ma solo in via sussidiaria.

Fermo restando che, al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge, il socio fondatore che sia rimasto unico azionista della società risponde illimitatamente per le tutte obbligazioni sociali sorte durante l'intera vita della società, occorre precisare che, alla luce delle novità introdotte dalla riforma, il dettato dell'art. 2325, comma 2 – ai sensi del quale l'unico socio risponde illimitatamente “*alle obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni sono appartenute ad una sola persona*” – può riferirsi a fattispecie fra loro eterogenee:

- al socio unico fondatore, che risponde esclusivamente per obbligazioni *medio tempore* contratte, ovvero fino al momento in cui non abbia ceduto, almeno in parte, le azioni possedute;

- all'unico socio di una società originariamente pluripersonale il quale risponde per quelle obbligazioni sorte successivamente alla *reductio ad unum* e per tutto il tempo in cui permane lo stato di unipersonalità della società.

Comune denominatore è, dunque, il carattere di una responsabilità illimitata (in quanto egli risponde con tutto il suo patrimonio) solo eventualmente imposta all'unico azionista e temporalmente limitata alle obbligazione sorte nel periodo in cui le tutte le azioni erano concentrate in un'unica mano.

In merito all'ambito della responsabilità, la prevalente giurisprudenza riteneva, inoltre, che la qualità di “socio unico”, ai sensi dell'art. 2362 e 2497 c.c., dovesse essere ravvisata non solo nei casi in cui la totalità delle azioni appartenesse “formalmente” alla medesima persona fisica o giuridica, bensì anche in tutte le ipotesi in cui, nonostante l'apparente pluralità dei soci, la titolarità dell'intero capitale sociale fosse riconducibile ad un unico centro di interessi.

Il concetto di “appartenenza” della partecipazione sociale ad un unico socio, volutamente generico – ossia non caratteristicamente riferibile ad uno specifico rapporto giuridico – rendeva, dunque, possibile configurare una situazione di unipersonalità della società non solo nelle ipotesi di

interposizione fittizia, ma anche in quelle di intestazione fiduciaria a terzi di azioni sostanzialmente facenti capo ad un unico socio.

Anche su questo punto si deve ritenere che le innovazioni introdotte dalla riforma non abbiano prodotto l'effetto di travolgere i principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non dovendosi dunque attribuire particolare rilevanza alle minime differenze lessicali riscontrabili tra la dizione "*risultano essere appartenute ad una sola persona*", che figura nel testo dell'art. 2362 c.c., e l'espressione "*sono appartenute ad un solo socio*" ora adoperata nel testo novellato dell'art. 2325.

Nella disciplina introdotta dalla riforma, dalla violazione dell'obbligo del versamento della totalità dei conferimenti in danaro, sia in sede di costituzione, sia in sede di aumento del capitale sociale, oppure dalla violazione dell'obbligo di pubblicità, in analogia a quanto previsto per la s.r.l. unipersonale (rispettivamente lettera b e c dell'art. 2497, comma 2, c.c.), consegue la perdita del beneficio della limitazione della responsabilità.

Occorre evidenziare però una sostanziale differenza fra le due violazioni.

Il mancato adempimento dell'obbligo di pubblicità sospende il beneficio della limitazione della responsabilità "*... fino a quando non sia stata attuata*". Posto il tenore letterale dell'art. 2325, comma 2, c.c., la dottrina ha sostenuto che – a differenza della violazione dell'obbligo dell'integrale versamento della totalità dei conferimenti in danaro che fa perdere definitivamente il beneficio della limitazione della responsabilità – la responsabilità illimitata dell'unico azionista per inadempimento degli obblighi di pubblicità abbia natura "interinale".

In altre parole, il socio unico risponderà illimitatamente delle obbligazioni sorte nel periodo in cui, pur dovendosi effettuare la pubblicità, questa non è stata curata; l'inadempimento può essere sanato in ogni momento: una volta adempiuto agli obblighi di pubblicità, a favore dell'unico azionista scatta *ex nunc* il beneficio della limitazione della responsabilità.

Infine, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e preso atto del silenzio della riforma sul punto, occorre verificare se l'eventuale fallimento della s.p.a. unipersonale generi in estensione il fallimento dell'unico azionista. Fermo restando che l'unico azionista, nel caso d'insolvenza della società ed al verificarsi delle condizioni previste dall'art. 2325, comma 2, *ex d.lgs. n. 6/2003*, risponde illimitatamente per le obbligazioni sociali, la soluzione deve essere rinvenuta nell'interpretazione dell'art. 147, comma 1, l.f., secondo cui il fallimento della società a responsabilità illimitata produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili

L'attuale disciplina delle società unipersonali non sembra risolvere il problema dell'estensione del fallimento sociale al socio unico (di società di capitali), così come, d'altra parte, non pare che lo avesse risolto la previgente disciplina della società a responsabilità limitata unipersonale. La questione, infatti, si ripropone *mutatis mutandis* nelle ipotesi espressamente previste (artt. 2325, comma II, e 2462, comma II, c.c.) di responsabilità illimitata dell'unico azionista (o quotista), che si sia reso inadempiente agli obblighi di integrale esecuzione dei conferimenti o di pubblicità²⁸⁰. D'altra parte, è quanto mai significativo notare come le più interessanti pronunce giurisprudenziali in tema di fallimento del socio unico abbiano riguardato (proprio) l'unico quotista che, non essendo in regola con la prescritta disciplina sui conferimenti²⁸¹ o sulla pubblicità²⁸², aveva assunto responsabilità personale per le obbligazioni sociali sorte durante il periodo dell'unipersonalità²⁸³. La sensazione che si ricava è,

²⁸⁰ Nello stesso senso anche LO CASCIO G., *Il nuovo diritto societario nelle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2003, 594 s.; RORDORF R., *La fallibilità del socio*, cit., 477 ss.; SALAFIA V., *Applicabilità dell'art. 2362 nel caso di interposizione fittizia*, in *Società*, 2003, 575; FICOCELLI G., *Efficacia del concordato*, cit., 880 s.; DE CRESCIENZO U., *La controversia questione*, cit., 932.

²⁸¹ Cfr., ad esempio, Trib. Bologna, 23 ottobre 1998, cit.; Trib. Messina, 11 marzo 2002, cit., che hanno dichiarato il fallimento in estensione dell'unico socio di una società a responsabilità limitata che si era reso inadempiente all'obbligo dell'integrale liberazione dei conferimenti di cui al previgente art. 2476, commi II e III, c.c.

²⁸² Cfr. Trib. Milano, 19 ottobre 1995, cit.; Trib. Lucera, 18 gennaio 2002, cit., che hanno ritenuto assoggettabile a fallimento un unico quotista che non aveva adottato lo specifico regime di pubblicità previsto dal previgente art. 2475 *bis* c.c.

²⁸³ Hanno dichiarato il fallimento in estensione dell'unico socio di società a responsabilità limitata che non aveva adempiuto alle prescrizioni di cui al previgente art. 2497,

piuttosto, che fino a quando non si farà chiarezza sulla nozione di socio unico e sul concetto di “appartenenza totalitaria”²⁸⁴, le ipotesi di responsabilità personale dell’unico azionista (o quotista) saranno ancora frequenti, riproponendo anche nel vigore della riforma la questione della sua assoggettabilità a fallimento²⁸⁵. E’ evidente, infatti, che chi non dovesse ritenersi socio unico non adempirà alle prescritte formalità e, conseguentemente, qualora in caso di controversia venisse accertato il carattere unipersonale della società, incorrerà inevitabilmente nella perdita del beneficio della responsabilità limitata²⁸⁶.

2.3 Il superamento della personalità giuridica in caso di abuso dello schema societaria.

Veniamo ora ad esaminare le ipotesi di superamento della personalità giuridica presenti nel nostro ordinamento in relazione alle ipotesi di abuso della personalità giuridica da parte dai soci.

Va all'uopo evidenziato che: "esiste sí una consistente scuola di pensiero - oggi piú che mai diffusa - che sostiene la possibilità di superare lo schermo della personalità giuridica imputando i rapporti giuridici posti in essere dalla società direttamente ai suoi soci, ma tra quanti condividono questo pensiero nessuno mette in dubbio che ciò possa aver luogo solo nel caso in cui si configuri un abuso della personalità giuridica"²⁸⁷.

comma II, lett. b) e c), c.c., oltre alle pronunce riportate nelle due precedenti note, anche Trib. Monza, 24 maggio 1996, cit.; Trib. Milano, 6 ottobre 1997, cit.; Trib. Milano, 2 aprile 1998, cit.

²⁸⁴ Sul quale cfr., da ultimo, RORDORF R., *La fallibilità del socio*, cit., 482, che valuta il concetto dell’appartenenza totalitaria alla luce delle “nuove” forme di partecipazione al capitale (o patrimonio) della società per azioni introdotte dalla riforma. In argomento RICCI F., *Nozione di «socio unico»*, cit., 144 ss.

²⁸⁵ In questi termini anche LO CASCIO G., *Il nuovo diritto*, cit., 595.

²⁸⁶ In tal senso, sostanzialmente, SALAFIA V., *Applicabilità dell’art. 2362*, cit., 575; WEIGMANN R., *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in AA.VV., *Primi commenti*, cit., 278.

²⁸⁷ CENNI, *Superamento dello schermo della personalità giuridica, collegamento contrattuale e dintorni*, in *Contr. e impr.*, 1998, pag. 1063. Sull’abuso della personalità giuridica v. per tutti: GALGANO, *Le società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giur.*

Abusare della personalità giuridica significa, tecnicamente, godere della disciplina speciale in situazioni diverse da quelle che ne giustificano l'applicazione: significa fruire dell'esenzione dal diritto comune oltre i limiti entro i quali il legislatore aveva inteso contenerla.

Le tecniche di repressione sono diverse a seconda del tipo di abuso: nei casi piú gravi, quando una società di capitali risulti costituita al solo scopo di procurare ai soci il beneficio della responsabilità limitata e questi abbiano agito nel piú assoluto disprezzo delle regole di organizzazione e di funzionamento del tipo di società prescelto, il superamento dello schermo della personalità giuridica consente di perseguire i soci, illimitatamente e solidalmente, per tutte le obbligazioni sociali.

In altri casi, superando lo schermo della personalità giuridica si arriva ad imputare direttamente ai soci i rapporti giuridici posti in essere dalla società²⁸⁸ ovvero, in presenza di un gruppo di società, a mettere in discussione l'alterità soggettiva delle singole società del gruppo imputando a ciascuna, o alla sola holding, i rapporti giuridici facenti formalmente capo ad ognuna²⁸⁹.

Piú frequentemente la repressione dell'abuso avviene utilizzando quella tecnica di repressione che va sotto il nome di *exceptio* (o *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

comm., 1983, p. 5 ss.; ID., *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 365 ss.; ZORZI, *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, *ivi*, 1994, p. 1062.

²⁸⁸ In questo senso v. App. Roma, 28 ottobre 1986, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, c. 460, commentata da GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica*, cit., p. 365 ss. Qui l'abuso era consistito nell'utilizzare una persona giuridica straniera per «esterovestire» beni appartenenti a residenti in Italia. Accertato l'abuso, la Corte ha superato lo schermo della personalità giuridica imputando i rapporti giuridici facenti capo all'ente direttamente alle persone fisiche dei soci fondatori.

²⁸⁹ Così Trib. Genova, 3 aprile 1984, anch'essa citata da GALGANO, op. ult. cit., p. 377. In questo caso il tribunale, constatata la sistematica confusione dei patrimoni fra le società del gruppo, ha affermato la necessità di considerare le singole società quale unico datore di lavoro onde verificare la legittimità del licenziamento del dipendente di una di esse.

consentito paralizzare la sua azione (o eccezione) opponendogli appunto una eccezione di dolo²⁹⁰.

Un particolare caso di abuso della società lo si rinviene nell'ipotesi di società sottocapitalizzata, consistente nel fenomeno delle società per azioni, o società a responsabilità limitata, che si costituiscono con un capitale esiguo, del tutto sproporzionato al tipo di attività economica enunciato nell'atto costitutivo come oggetto della società.. Il beneficio della responsabilità limitata - e di una responsabilità limitata, non di rado, ad un capitale irrisorio - giova ai soci solo nei confronti dei creditori deboli, ossia di coloro che non sono in condizione di subordinare il credito che fanno alla società alla concessione di garanzie da parte dei soci, e che sono perciò costretti, loro malgrado, a correre il rischio dell'insolvenza della società loro debitrice. Con la garanzia sistematicamente prestata dai soci ai creditori forti della società spesso si combina la pratica dei sistematici finanziamenti dei soci, diretti a porre la società in condizione, man mano che se ne ravvisi l'esigenza, di far fronte ai propri impegni finanziari. A questo modo, dietro il simulacro formale di una società di capitali, i soci si comportano come soci di una società di persone con conferimenti non predeterminati, tenuti a norma dell'art. 2253, comma 2°, c.c. «a conferire, in parti uguali fra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale».²⁹¹

Dunque, l'abuso della personalità giuridica non è niente altro che l'abuso dei diritti nascenti dalle norme che la legge "riassume" nel concetto di persona giuridica, fra i quali principalmente il diritto di tenere il proprio patrimonio separato dal patrimonio della persona giuridica, ossia il beneficio della responsabilità limitata. Reprimere l'abuso della persona giuridica o, come si suol dire, superarne lo schermo, equivale a disapplicare quelle norme ed a disconoscere, a chi ha commesso l'abuso, i diritti nascenti da esse. Equivale, in

²⁹⁰ PELLIZZI, *Personalità giuridica e infrazioni valutarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1978, I, p. 266 ss.; ID., *La società persona giuridica: dov'è realtà e dov'è vuota formula (esperienze delle banche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 492.

²⁹¹ GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, pag. 365.

rapporto al beneficio della responsabilità limitata, a restituire vigore al generale principio della illimitata responsabilità patrimoniale del debitore.²⁹²

Nel nostro ordinamento è, quindi, possibile, in linea di principio, fare appello all'abuso della personalità giuridica ed all'esigenza di superarne lo schermo quando una società di capitali risulti costituita al solo scopo di procurare ai soci il beneficio della responsabilità limitata, ed i soci abbiano agito nel più assoluto disprezzo delle fondamentali regole del tipo di società prescelto²⁹³. In questi casi si dovrà prendere atto che la personalità giuridica della società è stata ridotta a mero simulacro formale, al riparo del quale i soci hanno agito alla stregua dei soci di una società di persone; e dovrà essere pronunciata la loro decadenza dal beneficio della responsabilità limitata o, in caso di fallimento della società, dovrà essere pronunciato il loro personale fallimento²⁹⁴.

Il socio che abusano sono quei soci che si comporta come un «socio tiranno», cioè come socio che «con l'assoluto disprezzo delle regole fondamentali del diritto societario», «degradano la società a suo mero strumento», attraverso «confusione di patrimoni» ha utilizzato la società «come cosa propria»²⁹⁵,

Vedremo, ora, gli strumenti utilizzati nel nostro ordinamento per contrastare l'abuso della società²⁹⁶.

²⁹² GALGANO, *La repressione dell'abuso della personalità giuridica*, in *Le società – I gruppi di società*, Torino, 2001, pg. 232 – 233.

²⁹³ GALGANO, *ibidem*, pag. 235. L'Autore evidenzia come: *l'abuso della personalità giuridica si manifesta, in questo ordine di casi, in tre possibili forme: con la sistematica confusione tra il patrimonio della società e quello personale dei soci, i quali trattano i beni sociali come beni propri o impiegano danaro proprio per pagare i creditori della società; con la sistematica pratica dei prestiti dei soci alla società; con la sistematica precostituzione delle decisioni dell'organo amministrativo della società.*

²⁹⁴ GALGANO, *ibidem*, pg. 235.

²⁹⁵ Così BIGIAMI in: *L'imprenditore occulto*, Padova 1957; ID, *Difesa dell'«imprenditore occulto»*, Padova, 1962; ID, *Responsabilità del «socio tiranno»*, in *Foro It.*, 1960, I, c. 1180; ID, *«Imprese» di finanziamento come surrogati del «socio tiranno» imprenditore occulto*, in *Giur. It.*, 1967, IV, c. 49..

²⁹⁶ App. Roma, 19 febbraio 1981, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 145.

2.3.1. La prima soluzione al problema dell'abuso della personalità giuridica: la teoria dell'imprenditore occulto.

Sotto il profilo cronologico la prima prospettiva di soluzione all'abuso della personalità giuridica è la teoria bigiaviana dell'imprenditore occulto²⁹⁷.

Tale ipotesi rappresenta un caso di *piercing the corporate veil* "improprio", cioè non un superamento dello schermo societario ma l'individuazione, per il creditore, di un ulteriore soggetto cui chiedere l'adempimento dell'obbligazione: è stato all'uopo correttamente evidenziato che "non si tratta di superare lo schermo della personalità giuridica: socio e società"

²⁹⁷ In proposito, BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit.; ID, *Difesa dell'«imprenditore occulto»*, Padova, 1962; ID, *Fallimento di soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, c. 691; ID, *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento in «estensione»*, *ibidem*, 1959, I, 2, c. 166; ID, *Responsabilità illimitata del «socio tiranno»*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1180; ID, *Imprese di finanziamento come surrogati del socio tiranno imprenditore occulto*, in *Giur. it.*, 1967, IV, c. 49. MASSARELLI, *Limiti temporali per il fallimento in estensione del socio occulto illimitatamente responsabile*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2004, n. 1, p. 85; IOZZO, *Note in tema di fallimento della società e del socio occulto e termine ex art. 10 l. fall.*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2003, n. 5, p. II-590; SIMIONATO, *Il termine annuale per l'estensione del fallimento al socio occulto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, n. 2, p. I-223; MASSARELLI, *Decorrenza del limite temporale per il fallimento in estensione del socio occulto*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2003, n. 6, p. 673; IOZZO, *Appunti sul termine di fallibilità del socio occulto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, n. 6, p. 1193; AA.VV., *La consulta conferma l'assenza di limiti temporali per il fallimento del socio occulto*, in *Impresa commerciale industriale*, 2003, n. 3, p. 472; FABRIZIO, *Responsabilità del socio occulto di società personale*, in *Le Società*, 2003, n. 2, p. 226; DI LAURO, *Limiti temporali alla fallibilità del socio occulto: il no della consulta*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 2002, n. 5, p. II-789; ID, *Irretroattività degli effetti del fallimento (in estensione) del socio occulto: l'intervento delle sezioni unite*, *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 2002, n. 4, p. II-581; AA.VV., *Fallimento del socio occulto - Data di effetto della dichiarazione*, in *La Settimana fiscale*, 2002, n. 35, p. 39; TOSCANO, *Sulla fallibilità del socio occulto e della società occulta nel reparto tra l'art. 2497, comma 2, c.c. e l'art. 147 legge fall.*, in *Rivista del Notariato*, 2002, n. 3, p. 793; AA.VV., *Il fallimento in estensione del socio occulto non decorre dalla dichiarazione originaria - Una procedura con effetti retroattivi può mettere a rischio i traffici giuridici*, in *Guida al Diritto*, 2002, n. 26, p. 33; FUSI, *Fallimento del socio occulto e prova dell'esistenza del rapporto societario*, in *Diritto e pratica delle Società*, 1999, n. 23, p. 64; FABRIZIO, *Estensione della dichiarazione di fallimento al socio occulto*, in *Le Società*, 1998, n. 8, p. 955; FIGONE, *In tema di socio occulto e di bilancio degli amministratori*, in *Le Società*, 1997, n. 7, p. 812; DI GRAVIO, *Quando l'amministratore di fatto ed il socio occulto, sovrano e tiranno sono la stessa persona*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1995, n. 2, p. II-746; RUGGERI, *Fallimento in estensione del socio occulto di s.a.s.*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*. Per una ricostruzione approfondita della teoria, PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 623 ss..

restano, pur sempre, quand'anche il primo abusi dello schermo offertogli dalla seconda, soggetti giuridici tra loro distinti. Affermare la responsabilità del socio tiranno effettivamente significa, per il Bigiavi, chiamare un soggetto a rispondere dei debiti di un altro soggetto²⁹⁸.

Tanto precisato, esaminiamo i caratteri essenziali della fattispecie.

Tale teoria prende le mosse dal rilievo che l'esercizio di attività d'impresa può dar luogo ad un fenomeno analogo a quello determinato dal compimento di singoli atti giuridici per il tramite di un mandatario senza rappresentanza. In tali casi si realizza una dissociazione tra il soggetto al quale è formalmente imputabile la qualità di imprenditore ed il reale interessato.

È il fenomeno assai diffuso nella pratica dell'esercizio di impresa per interposta persona che si caratterizza per il dualismo tra colui che somministra i mezzi finanziari necessari, dirigendo, di fatto, l'impresa ed appropriandosi di tutti i profitti realizzati (imprenditore indiretto od occulto); e chi, d'altra parte, compie i molteplici atti d'impresa spendendo il proprio nome ed in questa veste è l'imprenditore diretto o palese o prestanome.

Spesso nella pratica di commercio all'espedito dell'esercizio indiretto dell'impresa si ricorre per ragioni di incompatibilità, come accade da parte di chi sia un libero professionista iscritto ad un albo professionale, ovvero di un fallito che continui ad esercitare l'attività in nome di un familiare. Ma la ragione prevalente è l'intento di sottrarsi ai rischi che l'esercizio di un'impresa comporta: si sceglie come prestanome un nullatenente (o una società di comodo, con capitale irrisorio); finché l'attività d'impresa è fonte di lucro, si continua ad immettere il capitale necessario per il suo esercizio; ma quando l'attività d'impresa cessa di essere un buon affare, allora s'interrompe ogni ulteriore erogazione di denaro, con la conseguenza che il prestanome sarà nell'impossibilità di fare fronte ai debiti inerenti all'impresa. Il rischio d'impresa viene in tal modo trasferito sui creditori: sui fornitori, che non riceveranno il corrispettivo delle forniture effettuate; sui dipendenti

²⁹⁸ GALGANO, op. ult. cit., pag. 242 – 243.

dell'impresa, che non riceveranno la retribuzione del proprio lavoro. Poiché l'imprenditore, loro debitore, è insolvente, essi potranno chiederne la dichiarazione di fallimento, ma chiederanno il fallimento del prestanome: è questi, infatti, che ha sottoscritto, in proprio nome, i contratti con i fornitori; che ha assunto, in proprio nome, dipendenti dell'impresa; è il prestanome per loro l'imprenditore debitore. Tuttavia quel debitore è un nullatenente, così che non avendo egli beni sui cui i suoi creditori possono soddisfare le proprie pretese, a rimettervi saranno solo i creditori.

Può accadere che, pendente la procedura fallimentare, i creditori, ovvero il curatore, scoprono l'esistenza di un imprenditore occulto, altro rispetto al fallito. Il nodo da sciogliere, di non facile soluzione, attiene all'estensibilità del fallimento all'imprenditore occulto: comunemente si risponde negativamente all'interrogativo. Altro non v'è, nel rapporto tra imprenditore occulto e prestanome, se non un contratto con il quale un soggetto si obbliga, nei confronti di un altro soggetto, ad esercitare per conto di quest'ultimo, ma in proprio nome, un'attività d'impresa²⁹⁹. Si tratta, dunque, di un mandato; e poiché il mandatario non è qui autorizzato ad agire in nome del mandante, di un mandato senza rappresentanza: si applica perciò la norma dell'art. 1705 c.c., la quale stabilisce che *“il mandatario che agisce in nome proprio acquista i diritti ed assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato. I terzi non hanno alcun rapporto con il mandante”*. Nessuna norma esclude l'applicazione di questo principio in tema d'impresa: di conseguenza, sarebbe solo il mandatario, cioè il prestanome, l'unico responsabile degli atti d'impresa compiuti con i terzi, mentre il mandante ossia l'imprenditore occulto, non potrebbe essere considerato loro debitore.

In caso di fallimento, si giungeva alla conclusione che fallisce solo il prestanome, il soggetto, al quale l'art. 1705 c.c. impedisce di imputare l'attività d'impresa e che non può perciò essere considerato, neppure in senso giuridico,

²⁹⁹ GALGANO, *op. ult. cit.*, 82 ss.

imprenditore. La vigenza nel nostro sistema di una norma come l'art. 1705 c.c. comporterebbe, dunque, questa conseguenza: è imprenditore agli effetti giuridici, il soggetto nel nome del quale l'impresa è esercitata. Chi dirige l'impresa e ne fa propri i guadagni, non è necessariamente imprenditore in senso giuridico: perché lo sia è necessario l'ulteriore requisito della spendita del proprio nome. Ma esso, oltre che essere condizione necessaria, sarebbe anche sufficiente: è considerato imprenditore occulto anche chi non esercita alcun potere di direzione e non consegue alcun utile, vale a dire chi esercita l'impresa come prestanome altrui³⁰⁰.

La teoria dell'imprenditore occulto vide i suoi primi sviluppi negli anni cinquanta, ma già nelle sue prime formulazioni non incontrò il favore di dottrina e giurisprudenza³⁰¹. Fu l'esigenza di apprestare un'adeguata tutela giuridica ai creditori dell'imprenditore fallito, in tutti i casi in cui l'attività d'impresa veniva esercitata da un prestanome nullatenente, ad indurre la prima elaborazione della figura dell'imprenditore occulto, cioè di colui che esercita l'impresa restando nell'ombra, senza manifestarsi nei rapporti con i terzi. Ai sensi dell'art. 147 L.F. (già esaminato in precedenza): *“La sentenza che dichiara il fallimento di società con soci a responsabilità illimitata produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili. Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale su domanda del curatore o d'ufficio, dichiara il fallimento dei medesimi dopo averli sentiti in camera di consiglio”*.

Si giustificava tale articolo alla luce del fatto che i soci sono considerabili imprenditori indiretti, cioè esercitanti per interposta società³⁰². È, dunque, previsto normativamente il fallimento di soci l'esistenza dei quali non risultava al momento della dichiarazione, ma è stata scoperta solo nel corso della procedura fallimentare; è previsto cioè il fallimento dei soci occulti.

³⁰⁰ Cass., 11 novembre 1986, n. 6596, in *Mass. Foro it.*, 1986, 1324 ss.

³⁰¹ BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, CEDAM, Padova, 1965, 89 ss.; Id. *Difesa dell'imprenditore occulto*, Cedam, Padova, 1962, 45 ss.

Le ragioni, per le quali una persona tiene occulta la propria partecipazione ad una società, sono le stesse che inducono a nascondere la qualità d'imprenditore, nella maggioranza dei casi è l'intento di sottrarre il proprio patrimonio al rischio d'impresa. L'art. 147, co. 2, L.F., fa riferimento all'ipotesi di socio occulto di società palese: l'esistenza della società è manifesta ai terzi; occulta è solo l'esistenza di alcuni dei soci. La norma è stata poi estesa anche all'ipotesi di socio occulto di società occulta, ovvero all'ipotesi in cui una persona agisce, nei rapporti con i terzi, come imprenditore individuale; e tuttavia egli ha uno o più soci, occulti ai terzi. Dunque non è soltanto occulta l'esistenza dei soci, bensì anche quella della stessa società. Chi agisce in apparenza come imprenditore individuale è, in realtà, un socio di una società occulta.

Dallo spunto offerto dall'art. 147, co 2, L.F., è stata elaborata la teoria dell'imprenditore occulto, che giunge alla conclusione per cui il requisito della spendita del nome è superfluo per imputare ad un soggetto un'attività d'impresa e renderlo responsabile dei relativi debiti. La norma dell'art. 147, co 2, L.F., sebbene formulata per un caso particolare, è l'espressione di un più generale principio, il quale sostituisce, nel campo dell'attività d'impresa, il principio codificato nell'art. 1705 c.c.³⁰³

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

Il secondo percorso utilizzato dalla dottrina maggioritaria per risolvere l'abuso della personalità giuridica è quello di una riflessione critica delle teorie classiche e tradizionali relative alla soggettività della persona giuridica.

Secondo tale dottrina, l'art. 2362 c.c. (*ante* riforma delle società) rivelava la vera natura del concetto di persona giuridica: la predetta norma, si affermava, non sarebbe spiegabile se la persona giuridica fosse effettivamente

³⁰² BIGIAMI, *L'imprenditore cit.*, 89 ss.

un soggetto di diritto diverso dai soci. La responsabilità dell'unico socio si spiega considerando che i debiti della società erano già debiti del socio, del quale egli però rispondeva limitatamente. Si riteneva, quindi, che "il titolo per il quale il socio tiranno risponde illimitatamente delle obbligazioni sociali è lo stesso titolo per il quale risponde illimitatamente l'unico socio: egli non risponde dei debiti di una propria impresa, distinta dall'impresa sociale, ma risponde dei debiti di questa: ne risponde non più limitatamente, bensì con il suo patrimonio"³⁰⁴.

Per quanto riguarda il significato ideologico ravvisabile nell'introduzione del concetto di persona giuridica, si puntualizzava, con specifica attenzione al beneficio della responsabilità limitata delle società di capitali, come l'invenzione della persona giuridica abbia reso possibile trasformare l'indicata responsabilità, fino allora considerata come responsabilità del singolo limitata in senso proprio e circoscritta al suo apporto, in irresponsabilità dello stesso per i debiti di un diverso soggetto, la società.

Si affermava, inoltre, con chiarezza: «Si è trattato certo di una grandiosa impresa concettuale: grazie al concetto di persona giuridica la responsabilità limitata dell'azionista può non essere più considerata, come era considerata un tempo, un beneficio in senso proprio, ossia un privilegio, un'eccezione al principio generale della illimitata responsabilità patrimoniale (art. 2740). Si trasforma, essa stessa, in applicazione del principio generale: diventa possibile argomentare che in una società per azioni, il socio non risponde delle obbligazioni sociali con il proprio patrimonio per la «naturale» ragione che si tratta di obbligazioni altrui, ossia per la medesima naturale ragione per la quale il signor A non risponde delle obbligazioni del signor B³⁰⁵.

In altri termini, «la concezione della società per azioni come persona giuridica non è il fondamento della limitazione della responsabilità del socio,

³⁰³ BIGIAMI, *L'imprenditore cit.*, 121 ss.

³⁰⁴ GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le Società*, Torino, 2001, pg. 252.

³⁰⁵ GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le Società*, Torino, 2001, pg. 253.

ma ne è solo una giustificazione teorica, ed una giustificazione datale a posteriori.

Piú in generale si osservava che un ente od un'organizzazione collettivi hanno una soggettività che non è della medesima natura di quella propria della persona fisica. Ed è la stessa disciplina normativa del codice civile ad evidenziare come il concetto di persona giuridica non presenti un contenuto normativo costante, ma dia invece luogo a situazioni tra loro differenziate, a seconda del tipo considerato specificamente dal legislatore.

Il rilievo ha due valenze, una per cosí dire interna ad ogni categoria formalmente omogenea, ed una esterna, cioè relativa alla logica unitaria che dovrebbe informare la differenza tra categorie tra loro contrapposte. Cosí, sotto il primo profilo, il legislatore non detta una disciplina identica per l'intera categoria (id est: quella degli enti tutti sprovvisti ovvero tutti dotati di personalità), ma prevede invece una diversa e specifica regolamentazione per ciascun tipo. Sotto il secondo profilo - si rileva - la condizione giuridica delle organizzazioni prive di personalità (es., associazioni non riconosciute e società personali) non appare sempre coerente con l'idea che esse si risolvano nella pluralità dei soci, e parallelamente, la condizione propria delle organizzazioni dotate di personalità (in particolare ad esempio quella delle società di capitali) non è sempre coerente con l'idea che la società sia terza rispetto ai soci.

Da ciò si arguisce che il concetto di persona giuridica ha natura sostanzialmente linguistica, è un'immagine del parlare figurato ed esprime solo le analogie ravvisabili tra la condizione giuridica degli enti collettivi e quella delle persone fisiche. Si conclude allora che il problema delle personalità giuridica è quello della determinazione delle sue condizioni d'uso, vale a dire l'individuazione ed interpretazione delle norme giuridiche che integrano la disciplina specifica sottesa al concetto stesso. Ciò permetterà di rendersi conto come la stessa normativa costituisca una disciplina speciale che, in deroga al diritto comune, la legge stabilisce per i membri di determinati gruppi. Ci si troverà dinnanzi «ad una somma di privilegi, che, ricorrendo specifici presupposti, il legislatore ha concesso ai suoi membri»

In quest'ottica, il problema dell'abuso della personalità giuridica si manifesta nel godere della disciplina speciale, al di fuori delle situazioni oggettive che ne giustificano l'applicazione, è il fruire dell'esenzione dal diritto comune oltre i limiti in cui il legislatore ha previsto e voluto contenerla.

Parallelamente la repressione dell'abuso della personalità giuridica importa la disapplicazione della disciplina speciale, ed il ritorno al diritto comune ogni qual volta vengano meno i presupposti che giustificano le ragioni del privilegio normativo.

Dall'esame della norma sul socio unico e delle posizioni giurisprudenziali sugli abusi della persona giuridica, la dottrina ha ricavato, tra l'altro, le seguenti regole:³⁰⁶

- decadrà dal beneficio della responsabilità limitata, ove non sia socio unico, il socio di società di capitali che, sistematicamente, si sostituisca agli amministratori nel trattare e nel decidere gli affari sociali, sottoponendo loro solo per la firma verbali di deliberazioni e documenti contrattuali in tutto e per tutto da lui precostituiti;

In relazione al fallimento, la medesima dottrina evidenzia come, applicando la disciplina della s.a.s. e dei soci accomandatari: il socio tiranno, come ogni socio di società con soci a responsabilità illimitata, è sì imprenditore ma indiretto e i presupposti del suo fallimento si ricavano dall'art. 147 l.fall. Il suo fallimento sarà sempre un fallimento per estensione del fallimento della società.

Prima di concludere l'esame del superamento del venir meno del beneficio della personalità giuridica in caso di abuso della stessa, va evidenziato come tale principio venga applicato anche in relazione ai gruppi di società, per imputare agli amministratori della controllante la responsabilità dei debiti della controllata³⁰⁷.

³⁰⁶ GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le Società*, Torino, 2001, pg. 254..

³⁰⁷ MANES, *Abuso di direzione unitaria e responsabilità degli amministratori della controllante: verso l'affermazione di un principio generale*, in *Contr. e impr.*, 2002, pag. 1.

Perché sussista responsabilità degli amministratori della controllante occorre verificare la presenza di un disegno imprenditoriale che scientemente ignori l'individualità della singola impresa, così danneggiando i soci di minoranza e i creditori sociali. Che l'abuso della direzione unitaria sia un elemento essenziale per affermare la responsabilità è stato confermato dall'art. 90 del d.legisl. n. 270/99, che recependo i suggerimenti della dottrina ha precisato che la responsabilità deriva dall'abuso della direzione unitaria e non dalla direzione in quanto tale.

L'abuso di direzione unitaria si verifica quando gli amministratori della controllante sulla base della loro influenza dominante dettano direttive che rispetto alla controllata si rivelano pregiudizievoli: è il caso di operazioni come il travaso di attività o passività da una società all'altra, che, ancorché svantaggiose per la società direttamente amministrata, arrechino un vantaggio alla controllante, ad altra società appartenente al gruppo o a terzi estranei ad esso, in assenza del perseguimento dell'interesse di gruppo³⁰⁸. In particolare, il valore precettivo del lemma "abuso" sarebbe quello di sanzionare soltanto quelle direttive "negligentemente formulate" in quanto "il loro contenuto integri ex ante il requisito dell'"errore o abuso" di direzione dal punto di vista dell'interesse della società condizionata"³⁰⁹.

3. I PATRIMONI SEPARATI: UN'APERTURA DEL LEGISLATORE ITALIANO AGLI ECHI DELL'ESPERIENZA ANGLOSSASSONE?

3.1 I patrimoni separati.

Nell'ambito della riforma delle società l'istituto dei "patrimoni destinati ad uno specifico affare"³¹⁰, introdotto dalla Legge delega n. 366/2001

³⁰⁸ GALGANO, *I gruppi di società*, op. cit., p. 57.

³⁰⁹ RONDINONE, op. cit., p. 480.

³¹⁰ PERRELLA, *Forma della delibera costitutiva dei patrimoni destinati*, in *i Contratti*, 2004, n. 11, p. 1071; STESURI, *I patrimoni destinati nel fallimento e nei progetti di riforma fallimentare*, in *Impresa commerciale industriale*, 2004, n. 10, p. 1570; ROLAND, *I*

costituisce una novità assoluta per il nostro ordinamento. L'art. 4, quarto comma, lett. b) della Legge mira infatti a "consentire che le società costituiscano patrimoni dedicati ad uno specifico affare, determinandone condizioni, limiti e modalità di rendicontazione, con la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione ad esso; prevedere adeguate forme di pubblicità; disciplinare il regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti patrimoni e la relativa insolvenza". In attuazione di tale disposizione, il D.Lgs. n. 6/2003 configura, nella sezione XI ("Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare", art. 2447 bis- 2447 decies c.c.), i "Patrimoni destinati ad uno specifico affare".

Il patrimonio separato è uno degli istituti che di più ha fatto discutere la Commissione di riforma del diritto societario³¹¹.

Con tale nuovo istituto, si costituisce all'interno del patrimonio della società, uno o più patrimoni separati, ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad un determinato affare (art. 2447 bis, comma 1, lett. a, c.c.).

Grazie a questo istituto una società per azioni o cooperativa può: 1) dar luogo ad una gestione mirata degli affari, avvalendosi della responsabilità limitata per ogni singolo affare intrapreso; 2) ampliare e diversificare i canali di finanziamento dell'impresa (anche tramite l'emissione di strumenti finanziari partecipativi all'affare), senza dover necessariamente costituire una nuova persona giuridica; 3) diversificare il rischio d'impresa, tramite la delimitazione del rischio inerente il singolo affare (il quale, in caso di esito negativo, potrà al

patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane, in *Contr. e impr.*, 2004, n. 1, p. 323; ROCCO, *Società unipersonali e patrimoni destinati*, in *Rivista del Notariato*, 2004, n. 3, p. 613; ANDREANI, *Alcune note sul rapporto tra patrimoni destinati (artt. 2447 - bis e seguenti) e scelte di finanziamento delle imprese*, in *Impresa commerciale industriale*, 2004, n. 3, p. 423; COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2004, n. 1, p.I - 30; ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. Comm.*, 2004, n. 1, p.I - 40; Inzitari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2003, n. 1, p. 164; MANES, *Sui " patrimoni destinati ad uno specifico affare " nella riforma del diritto societario*, *Contr. e impr.*, 2003, n. 1, p. 181.

³¹¹ P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 121 ss. (e cfr. anche ID., *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma della società per azioni*, in *Riv. not.*, 2002, 271 ss.), e in senso sostanzialmente opposto F. DI SABATO, *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Le società*, 2002, 665 ss.

massimo provocare la perdita totale del patrimonio destinato); 4) escludere i partecipanti all'affare dal rischio generale d'impresa; 5) promuovere nuove attività (anche rischiose) senza incidere negativamente sull'andamento dell'attività principale

Al fine di chiarire il contenuto della nozione di patrimonio destinato ad uno specifico affare, occorre partire dal concetto di patrimonio separato, con il quale si suole indicare quel fenomeno di distacco di una massa patrimoniale da un patrimonio originario, o di enucleazione all'interno di un patrimonio, di un coacervo di rapporti.

Ci troviamo dinanzi ad una "Separazione giuridica" del patrimonio destinato rispetto al patrimonio della società, come evidenziato dalla relazione ministeriale alla legge di riforma: *"La delega ha previsto un istituto del tutto nuovo nell'ambito della disciplina delle società per azioni; il testo della delega ne ha consentito una attuazione secondo due modelli che, pur uniti al vertice da un fenomeno di separazione nell'ambito di un patrimonio facente capo ad un unico soggetto, si differenziano notevolmente tra loro per quanto attiene al contenuto della disciplina e la funzionalità pratica. In una prima ipotesi (art. 2447 bis, comma 1, lett. a) siamo essenzialmente in presenza della individuazione, all'interno del patrimonio della società, di una parte di questo, **la sua separazione giuridica** dall'intero, e la sua destinazione ad uno specifico affare, una particolare operazione economica. **Nella sostanza l'ipotesi è operativamente equivalente alla costituzione di una nuova società, col vantaggio della eliminazione dei costi di costituzione, mantenimento ed estinzione della stessa***

La lettera della relazione evidenzia la configurazione di una separazione qualitativa oltre che quantitativa, in quanto la destinazione ad uno scopo particolare modifica l'intera fisionomia della massa separata, con inevitabili implicazioni sul regime giuridico applicabile. In particolare, la separazione, assicurando una funzione autonoma di garanzia e responsabilità in connessione con la destinazione, consente di derogare, entro certi limiti, al principio generale dell'illimitata responsabilità patrimoniale di cui al primo comma

dell'art. 2740 c.c., per il quale, il debitore risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri; nonché al principio della par condicio creditorum di cui all'art. 2741 primo comma c.c., che assicura a tutti i creditori un eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salvo cause legittime di prelazione. Pertanto il titolare di un complesso di beni può agevolmente sottrarre quest'ultimi all'azione esecutiva e alla soddisfazione dei propri creditori generali, esponendoli all'esecuzione forzata di una serie più limitata di creditori.

Posto dunque che il patrimonio destinato ad uno specifico affare è da intendersi come patrimonio separato a tutti gli effetti dalla società che lo ha creato, preme sottolineare che tale separazione conduce necessariamente ad un regime di autonomia sul piano della responsabilità. Ovvero tale separazione non avviene sul piano dell'appartenenza o imputazione di beni e diritti, bensì su quello della responsabilità patrimoniale, giacché come si è detto, una parte dei beni della società è riservata al soddisfacimento dei diritti di alcuni creditori soltanto.

3.2 Effetti della costituzione del patrimonio destinato: limitazione di responsabilità, creditori “generici” e “specifici.”

Una volta eseguita la pubblicazione della delibera costitutiva del patrimonio destinato e decorso il termine bimestrale concesso ai creditori sociali anteriori, si manifestano appieno gli effetti della “segregazione bilaterale” del patrimonio destinato.

Tali effetti, a cui in parte già abbiamo accennato nel corso della nostra trattazione, possono essere così riepilogati:

a) i beni e i rapporti giuridici compresi nel patrimonio destinato restano vincolati al compimento dello specifico affare ed al conseguimento delle finalità individuate dalla delibera di costituzione;

b) in forza di tale esclusiva destinazione i creditori sociali, definiti “generici”, non possono far valere i propri diritti sui beni e rapporti oggetto del

patrimonio destinato, ma devono soddisfarsi sul patrimonio sociale, eccettuata naturalmente l'ipotesi che essi siano al contempo creditori della società anche in relazione allo specifico affare; ma anche in tal caso le posizioni creditorie resterebbero dal punto di vista giuridico totalmente autonome. Per i creditori sociali comunque la decisione della società debitrice di avvalersi della limitazione di responsabilità conseguente alla costituzione di un patrimonio destinato può risultare pregiudizievole in quanto incide in maniera tutt'altro che trascurabile sulla possibilità per questi di vedere soddisfatte le proprie pretese.

Per i creditori sociali anteriori c'è sempre lo strumento dell'opposizione ex art. 2447-quater, ma cosa succederebbe se tali creditori non si avvalessero di tale forma di tutela reputando il patrimonio residuo della società sufficientemente capiente da garantire la soddisfazione delle loro pretese? Trascorsi due mesi dall'iscrizione della delibera di costituzione nel registro delle imprese, i creditori sociali anteriori non possono più in alcun modo far valere il proprio diritto di crediti sulla massa patrimoniale separata. L'art. 2447-quinques, comma 4 del c. c. stabilisce che : “gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione.”

Supponiamo a questo punto che la società decida per il perseguimento dell'affare di chiedere dei finanziamenti ad una banca e dimentichi di fare esplicita menzione nel negozio di finanziamento della destinazione di questo allo specifico affare: ai sensi dell'art. 2447-quinques, comma 4 del c. c. per tale debito risponderà la società, ma non con il patrimonio destinato, bensì esclusivamente con il suo patrimonio sociale residuo.

Le conseguenze possono essere le seguenti: per un verso il patrimonio destinato crescerebbe in seguito al finanziamento concesso dalla banca, ma non ne sopporterebbe la relativa obbligazione che andrebbe a gravare sul patrimonio sociale residuo; per l'altro verso i creditori che non avessero esercitato per tempo il diritto di opposizione troverebbero a concorrere sul residuo anche la banca finanziatrice, dal momento che anch'essa, in seguito

alla mancata menzione del vincolo di destinazione ex art. 2447-quinques del c. c. potrebbe rifarsi soltanto sul patrimonio residuo.

Forse è leggermente più favorevole la situazione in cui si vengono a trovare i creditori sociali quando la s.p.a. decide di costituire un patrimonio destinato tramite la richiesta di un finanziamento di scopo, ex art. 2447-bis, comma 1, lett. b) del c. c.

In questo caso i creditori sociali non assistono ad una diminuzione delle loro garanzie patrimoniali, in quanto non si vedono sottrarre parte dei beni destinati alla loro soddisfazione.

Per la costituzione del patrimonio destinato infatti la società non utilizza risorse proprie, ma stipula un contratto di finanziamento, che consente l'affluenza di risorse finanziarie da una fonte esterna verso la società. La decisione della società di utilizzare un finanziamento esterno per la costituzione del patrimonio destinato, non solo non è pregiudizievole per i creditori sociali, ma può in certi casi rivelarsi anche vantaggiosa: L'art. 2447-decies del c. c. al primo comma stabilisce che il contratto relativo al finanziamento dello specifico affare può anche prevedere che al rimborso del finanziamento possano essere destinati soltanto parte dei proventi dell'affare, con l'ovvia conseguenza che la parte di essi non impiegata per il suddetto rimborso, andrebbe ad accrescere il patrimonio sociale e i creditori sociali vedrebbero un incremento delle loro garanzie patrimoniali anziché una decurtazione.

c) I creditori il cui diritto trova fondamento nelle operazioni relative allo specifico affare e perciò definiti "specifici", possono soddisfarsi soltanto sul patrimonio destinato. Come sappiamo la società può costituire anche più patrimoni destinati (nel limite del 10% di patrimonio netto) che sono tra di loro insensibili per cui un creditore di un dato patrimonio destinato non può avanzare pretese su una massa patrimoniale diversa da quella da cui deriva il suo credito, anche se costituita dalla stessa società. "Il legislatore punta a costituire una relazione tra il patrimonio parcellizzato della società e le diverse classi di creditori, ciascuna delle quali potrà agire esecutivamente solo su

quella parte di patrimonio (il singolo patrimonio dedicato) impiegata per l'affare in relazione alla quale il credito è sorto.”

Una deroga alla generale insensibilità alle pretese dei creditori generici anteriori sul patrimonio destinato si ha nel caso in cui in esso siano ricompresi beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri: l'art. 2447-quinques, comma 2 del c. c. consente a tali creditori di continuare a far valere i propri diritti su tali beni anche dopo la pubblicazione della delibera costitutiva del patrimonio destinato fino quando la destinazione allo specifico affare non sia trascritta anche nei rispettivi pubblici registri. Sebbene poi la norma non lo richieda espressamente, in base a considerazioni di ordine logico e sistematico possiamo ritenere che anche la successiva eventuale cessazione del vincolo di destinazione debba essere annotata in tali registri.

Una connessione tra patrimonio destinato e patrimonio sociale generale permane anche laddove è previsto che i creditori sociali (quindi generici) possono comunque far valere i propri diritti sui frutti o proventi del patrimonio destinato spettanti alla società.

La *ratio* della norma è evidente: la quota di utili derivante dallo specifico affare, di pertinenza della società, è infatti destinata a confluire nel patrimonio generale della stessa. Il legislatore non si è preoccupato di chiarire se i creditori sociali ai quali è riconosciuta tale facoltà siano solo quelli anteriori all'iscrizione della delibera costitutiva del patrimonio ovvero anche quelli successivi. La formulazione della norma, non contenendo limitazioni espresse, farebbe propendere per questa seconda soluzione, ma non si possono trascurare le considerazioni di ordine sistematico che inducono invece a ritenere preferibile la prima, come, da un lato, il generale atteggiamento del legislatore che appare ispirato dall'intento di minimizzare le possibili interferenze tra le diverse masse patrimoniali e dall'altro il riconoscimento del diritto di opposizione ex art. 2447-quinques, comma 1 del c. c. ai soli creditori anteriori.

3.3 L'insolvenza del patrimonio destinato

L'art. 2447-novies del c. c. prevede lo svolgimento della liquidazione del patrimonio destinato nel caso in cui al momento della cessazione dell'affare vi siano dei creditori non soddisfatti integralmente.

Ma che cosa accade in una situazione meno felice, in cui il patrimonio si dimostra, già nel corso dell'esecuzione dell'affare, o al momento della conclusione, insufficiente a soddisfare le pretese dei creditori particolari, anche nel caso che essi abbiano tentato invano di soddisfarsi sui beni destinati, o in una situazione ancora più patologica, in cui non vi siano più beni da liquidare, o in cui, eseguita la liquidazione, i creditori rimangano ugualmente insoddisfatti?

Ci troviamo senz'altro di fronte ad un caso di insolvenza del patrimonio destinato.

Il legislatore non ha regolamentato esplicitamente tali ipotesi, ma esse possono essere fatte rientrare nell'alveo delle cause di impossibilità di realizzazione dell'affare, dovendo presumere, in mancanza di ulteriori specificazioni, che l'impossibilità possa essere determinata anche dall'insolvenza, che impedendo ulteriore credito o rifornimenti di beni e servizi, blocca la prosecuzione dell'affare.

Ribadiamo che la richiesta di liquidazione sarebbe rimedio del tutto precario nel caso in cui il patrimonio destinato si sia già dimostrato incapiente al momento dello svolgimento dell'affare e addirittura inutilizzabile qualora non vi siano più beni da liquidare o la liquidazione sia già stata eseguita senza alcun risultato.

L'ipotesi di fallimento del singolo patrimonio destinato è decisamente da scartare; né la norma in esame, né altre trattano dell'insolvenza di un patrimonio, anche se la legge delega espressamente demandava al legislatore delegato di regolamentare "il regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti patrimoni e la relativa insolvenza."

Il fallimento del patrimonio destinato, per la forte carica innovativa, avrebbe richiesto una espressa previsione legislativa nonché una dettagliata

regolamentazione, dato che nel nostro ordinamento falliscono gli imprenditori (che sono soggetti di diritto), non i patrimoni e abbiamo più volte puntualizzato che con la creazione del patrimonio destinato non si dà vita ad un nuovo soggetto di diritto, ma si pone un vincolo di destinazione. Nel caso in esame è la società l'imprenditore, cioè il soggetto di diritto; il patrimonio, anche se gli è stata impressa una particolare destinazione continua ad appartenere alla società.

Una volta estirpata ogni forma di soggettività giuridica dal fenomeno della separazione patrimoniale, e ricondotto quindi lo stesso ad un vincolo reale sui beni destinati all'esecuzione di un singolo affare, è evidente che delle obbligazioni contratte per l'esecuzione di quell'affare deve rispondere la società, soggetto unico debitore, che però non ne risponde, per effetto della segregazione patrimoniale, con l'intero suo patrimonio, ma con quella parte vincolata alla specifica funzione di garanzia delle obbligazioni nate dalla gestione di quell'affare.

Questa situazione potrebbe far pensare che, esaurita con la liquidazione, o già prima, la massa patrimoniale, espressamente destinata ai creditori particolari, costoro, ove ancora insoddisfatti, null'altro possano più pretendere dalla società, ma bisogna ricordare la disposizione dell'art. 2447-novies, comma 3 del c. c. che testualmente stabilisce: "sono comunque salvi, con riferimento ai beni e rapporti compresi nel patrimonio destinato, i diritti dei creditori previsti dall'art. 2447-quinques." Con l'avverbio "comunque" il legislatore ha voluto dire che in ogni caso, cioè che sia o non eseguita la liquidazione, i creditori particolari mantengono la garanzia sui beni vincolati alla soddisfazione dei loro crediti, anche se questi sono rientrati nel patrimonio sociale a seguito della cessazione dell'affare.

La società rimane quindi debitrice verso creditori particolari insoddisfatti, anche dopo che il patrimonio destinato, a seguito della liquidazione, o per altro motivo, ha esaurito la sua funzione di garanzia. Ma essendo la società un imprenditore, è soggetta a fallimento nel caso in cui non riesca a far fronte ai propri debiti, indipendentemente dal fatto che il debito sia

nato dall'espletamento dell'attività principale ordinaria o di quella speciale relativa al singolo affare.

Ciò significa, in conclusione, che la crisi dello specifico affare si trasmette, qualora i beni destinati non siano sufficienti a soddisfare i crediti da esso nascenti, alla società debitrice che, non è in grado di farvi fronte con la parte di patrimonio destinata a quell'affare, ed è perciò soggetta a fallimento in quanto la valutazione dell'insolvenza poggia esclusivamente sull'esistenza del debito e sulla incapacità a soddisfarlo, indipendentemente dalle ragioni che hanno determinato tale stato.

La società non potrebbe nemmeno, dopo la costituzione del patrimonio destinato, spostare liberamente propri fondi (che fanno parte del residuo patrimonio non destinato) per integrare la massa patrimoniale separata e per metterli a disposizione dei creditori particolari dell'affare, in quanto il patrimonio sociale è a disposizione esclusiva dei creditori generici.

Non sono ammissibili interventi in corso d'opera, sul patrimonio destinato per adeguarlo alle esigenze dell'affare; il legislatore richiede che il patrimonio sia congruo rispetto alla realizzazione dell'affare, proprio al fine di sostenere efficacemente il successo dell'iniziativa intrapresa, con un adeguato capitale che non può essere successivamente reintegrato; non a caso degli eventuali apporti di terzi, della possibilità di emettere strumenti finanziari, la disciplina in materia ne tratta esclusivamente quali requisiti dell'atto costitutivo, senza neanche minimamente accennare alla sopravvenienza di tali elementi in corso dell'affare.

3.4 Le eccezioni al principio della separazione giuridica del patrimonio separato: i creditori involontari e la responsabilità da fatto illecito.

La concentrazione della responsabilità sociale verso i creditori particolari esclusivamente sul patrimonio destinato può soffrire due eccezioni:

a) una diversa previsione nell'atto deliberativo e b) le obbligazioni nascenti da atto illecito.

La prima ipotesi poggia su una scelta societaria, in quanto la norma consente alla società di indicare, al momento della costituzione del patrimonio destinato, (e soltanto in tale momento in base al dettato normativo) se risponderà per le obbligazioni contratte in relazione al singolo affare col solo patrimonio destinato oppure anche con il patrimonio sociale, senza richiedere un'espressa opzione per una responsabilità sussidiaria, che comporti una vana e preventiva escussione del patrimonio destinato.

In tal modo si realizza, quale frutto di una libertà di scelta della società, un'autonomia imperfetta a tutto danno dei creditori, anteriori e successivi verso la società, i quali si troveranno a concorrere con i nuovi creditori particolari, senza poter essi, a loro volta, usufruire di beni separati, creando una netta sperequazione tra le varie categorie di creditori.

Tra l'altro, se quelli anteriori hanno lo strumento dell'opposizione per tutelarsi di fronte alla perdita delle loro garanzie patrimoniali, quelli successivi sono privi di una qualunque tutela e si vengono a trovare in una situazione simile a quella dei creditori personali di un socio illimitatamente responsabile di una società di persone, i quali non possono aggredire il patrimonio sociale, ma concorrono con i creditori sociali sul patrimonio personale del socio, con la differenza che i creditori verso la società che ha costituito il patrimonio destinato non possono chiederne la liquidazione, né godono del beneficio di escussione.

La responsabilità illimitata della società è inoltre fatta espressamente salva in caso di obbligazioni derivanti da fatto illecito.

Il creditore in questo caso ha il diritto di ottenere un risarcimento del danno che la società ha causato nel corso della realizzazione dell'affare e nel richiedere l'adempimento di questa obbligazione risarcitoria non potrà mai vedersi opporre dalla società la limitazione di responsabilità che consegue alla creazione del patrimonio destinato, ma potrà soddisfarsi e quindi compiere azioni esecutive su tutti i beni sociali.

Con questa norma si opera una precisa distinzione tra i creditori che volontariamente hanno accettato di soddisfarsi sui beni gravati dal vincolo di destinazione rispetto ai creditori che, invece, non hanno scelto il proprio debitore perché hanno subito un fatto illecito³¹². Tale norma sembrerebbe cristallizzare la distinzione, nel nostro ordinamento, tra creditori involontari/contrattuali e creditori involontari/extracontrattuali; inoltre, alla luce di quanto sino a qui esaminato, tale norma potrebbe rappresentare un primo timido esempio di espressa previsione, nel nostro ordinamento, di superamento della personalità giuridica.

Diverse sono le indicazioni dottrinarie in tale senso.

E' stato, all'uopo, evidenziato come: "Sul piano sostanziale, l'art. 2447 quinquies stabilisce l'ormai noto principio del mantenimento della responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito. Il cosiddetto creditore involontario per risarcimento del danno causato nella realizzazione dell'affare, nel richiedere l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria alla società, non potrà vedersi opporre la limitazione di responsabilità del patrimonio destinato, bensì potrà soddisfarsi su tutti i beni sociali. **Si tratta dell'accoglimento, del tutto innovativo nel nostro ordinamento, di quella tendenza da tempo presente nel sistema statunitense, che basa sulla distinzione della natura della fonte dell'obbligazione – se contrattuale o extracontrattuale –, i limiti del privilegio della limitazione della responsabilità**"³¹³.

Altra dottrina ha, inoltre, rilevato come l'aspetto più qualificante della separazione patrimoniale è costituito dall'insensibilità del patrimonio destinato rispetto alle vicende che interessano la società³¹⁴. Le regole di tale separazione patrimoniale si applicano per le obbligazioni contratte dalla società o dal

³¹²Aspetto su cui v. in part. HANSMANN e KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, in *Yale Law J.*, 100 (1991), 1879 ss.

³¹³ INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2003, pag. 164.

³¹⁴ GUERRERA, *sub. art. 2447-quinquies*, in *Società di capitali*, commentario (a cura di) Niccolini – Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, pag. 1240.

patrimonio nei confronti dei creditori cosiddetti volontari³¹⁵, sul presupposto, cioè che essi abbiano potuto valutare il merito creditizio della società e, per quanto riguarda i creditori del patrimonio, attraverso un esame della congruità del medesimo con l'affare che si intende realizzare. Si è rilevato, all'uopo, come "si comprende, allora, perché analogo principio non possa e non debba valere per le obbligazioni rivenienti da fatto illecito, per le quali i creditori, in quanto involontari, non hanno, nemmeno per ipotesi, la possibilità né di scegliere il proprio debitore, né di valutarne la solvibilità o l'affidabilità; cioè, l'illiceità del fatto comporta un riespandersi della responsabilità patrimoniale ed un superamento della separazione del patrimonio destinato, la cui salvaguardia è, evidentemente, subordinata ad una gestione lecita"³¹⁶.

Indicativa, ai fini della nostra ricerca, la conclusione dell'Autore, che afferma: "mi sembra cioè che dalla previsione della responsabilità illimitata della società per le obbligazioni da fatto illecito si possa ricavare un'indicazione di ordine sistematico nel senso che la separazione patrimoniale venga meno ogni qualvolta difettino i presupposti alla cui ricorrenza il legislatore riconduca l'applicabilità del regime di deroga all'art. 2740, né sussistono elementi per assoggettare i creditori involontari della società ad un trattamento deteriore rispetto a quello previsto per i creditori involontari del patrimonio"³¹⁷.

Il superamento della separazione giuridica tra il patrimonio destinato e quello della società, con conseguente responsabilità illimitata di quest'ultimo, viene messo in evidenza anche da altri autori.

Si è affermato, in particolare, che "la regola, quindi, è che solamente per i creditori di obbligazioni derivanti da fatto illecito si applichi il principio della responsabilità del soggetto con tutto il suo patrimonio, in linea con l'art.

³¹⁵ G.B. PORTALE, *Dal capitale <assicurato> alle <tracking stocks>*, in *Riv. soc.*, 2002, 149.

³¹⁶ GUERRERA, *sub. art. 2447-quinquies*, in *Società di capitali*, commentario (a cura di) Niccolini – Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, pag. 1241.

³¹⁷ GUERRERA, *ibidem*.

2740, comma 2³¹⁸. Ora, nel caso dei patrimoni destinati (alla stregua, possiamo evidenziare, delle ipotesi presenti negli ordinamenti anglosassoni, ed in particolare in quello americano) "la qualità dei debiti viene presa a criterio per distinguere i casi di limitazione della responsabilità della società con tutto il suo patrimonio (debiti di natura contrattuale, relativi alle obbligazioni contratte per la conduzione dello specifico affare) da quelli di responsabilità illimitata (regola dell'art. 2740) derivanti da illecito extracontrattuale"³¹⁹.

In merito alla ratio giustifica si è correttamente rilevato che un diverso trattamento dei creditori è accettabile nel caso di creditori "volontari" (quelli che hanno scelto il loro debitore, nella consapevolezza del regime patrimoniale collegato all'obbligazione) ma non per quelli "involontari" (quelli che non hanno scelto il debitore, perché hanno subito un fatto illecito)³²⁰. Tale distinzione è basata sul fatto che i c.d. creditori "volontari" o "consapevoli" (cioè quelli che scientemente - sulla base di idonei strumenti pubblicitari - hanno intrattenuto rapporti di varia natura), "sono in grado di autotutelarsi con gli strumenti di diritto comune"³²¹, mentre i creditori per fatto illecito non presentano detta caratteristica e devono essere tutelati con l'intero patrimonio della persona giuridica (responsabilità illimitata)³²².

Nonostante tali conferme all'indicazione di cui sopra, cioè della possibile apertura, del nostro ordinamento, ad ipotesi di superamento della personalità giuridica della società di capitali dinanzi a creditori involontari (cioè, come visto, extracontrattuali), una serie di precisazioni sono assolutamente necessarie.

³¹⁸ BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali Artt. 2740 - 2744*, in Codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, pag. 64 e ss.; ROPPO, Voce Responsabilità patrimoniale, in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, pag. 1049 ss.; SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, pag. 48 e ss..

³¹⁹ COMPORTI, *sub art. 2447 quinquies*, in *La riforma delle società*, (a cura di) Sandulli - Santoro, Vol. II, Torino, 2003, pag. 986 e ss..

³²⁰ Zoppini, Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni, in Riv. dir. civ., 2002, I, 545.

³²¹ Portale, cit., pag. 149

³²² COMPORTI, *sub art. 2447 quinquies*, in *La riforma delle società*, (a cura di) Sandulli - Santoro, Vol. II, Torino, 2003, pag. 987

Anzitutto, va evidenziato come il patrimonio separato non è dotato di autonoma personalità giuridica ma, tuttavia, è giuridicamente separato dal patrimonio della società di riferimento.

Tale separazione, tuttavia, mi sembra che si traduca in una limitazione della responsabilità del patrimonio della società rispetto alle obbligazioni rivolte al patrimonio separato: si potrebbe quindi dire che tra il patrimonio separato ed il patrimonio della società esiste uno "schermo". Schermo che, dinanzi ad un'obbligazione illecita, viene "perforato", consentendo l'aggressione di un patrimonio giuridicamente separato e formalmente estraneo all'obbligazione risarcitoria.

Potrebbe questa essere una prima ed esplicita apertura rispetto alla problematica del superamento della personalità giuridica delle società di capitali, dinanzi ad una responsabilità da fatto illecito della società che porti a risarcimenti per cui il capitale, o comunque il patrimonio sia del tutto insufficiente, e dinanzi a cui l'allargamento dei soggetti responsabili rappresenti l'unica soluzione per la soddisfazione dei creditori involontari, creditori che, come a questo punto del nostro lavoro dovrebbe essere chiaro, non hanno scelto in alcun modo di avere un credito verso la società, ma si sono ritrovati tali solo ed unicamente in ragione dell'illecito posto in essere dalla medesima società.

Ed infatti, l'inopponibilità della separazione patrimoniale ai creditori per obbligazioni civilistiche da fatto illecito è del tutto in armonia con un enunciato dell'analisi economica del diritto secondo cui i creditori involontari non avendo scelto di far credito al proprio debitore sono ordinariamente svantaggiati nel monitoraggio delle condizioni patrimoniali di costui.

Ma se ciò è condivisibile, potrebbe essere il momento di iniziare a pensare ad ipotesi in cui la tutela di interessi più rilevanti di quelli della società richiedano il mitigamento, se non, per casi particolari, anche il superamento del regime di responsabilità limitata, allorché la società si sia resa autrice di illeciti che facciano sorgere obbligazioni risarcitorie di enorme rilevanza. E' ovvio che tali ipotesi non potrebbero mai risolversi nella sconosciuta

aggressione dei patrimoni degli azionisti, il più delle volte inconsapevoli di tutto ciò che accade nella vita della societaria.

Ma si potrebbe iniziare ad ipotizzare casi in cui il superamento de quo possa riferirsi agli azionisti di comando, di cui gli organi gestori sono espressione.

Queste ipotesi di ragionamento potrebbero trovare un primo fondamento proprio nella norma sui patrimoni separati sopra esaminata, che potrebbe essere una di quelle ipotesi legislative al regime di autonomia patrimoniale della società già comuni, come visto, nell'esperienza anglosassone.

Mi sembra, infatti, che il nostro Legislatore potrebbe aver voluto dire, con tale norma, che la società gode della responsabilità limitata rispetto al patrimonio dedicato tranne che nei casi in cui vi sia un illecito: l'illecito giustificerebbe il venire meno della responsabilità limitata, della separazione giuridica tra il patrimonio separato ed il patrimonio della società.

Se, si volesse leggere in tal senso la predetta disposizione e se, in un'ottica interpretativa, la lettura di una norma ci consente di trarre i principi sottesi alle stesse, da questa norma potrebbe estrapolarsi il principio secondo cui l'illecito extracontrattuale potrebbe giustificare il superamento della responsabilità limitata di un soggetto, con l'imputazione, ad altro soggetto, di una responsabilità illimitata.,.

Si tratterebbe di operare una trasposizione della disciplina, da un'ipotesi società-patrimonio separato ad un'ipotesi socio – società (con patrimonio separato).

Tale principio, se effettivamente rilevato, avrebbe ovviamente bisogno non di uno, ma di infiniti temperamenti, in quanto dotato di un enorme pericolosità, essendo potenzialmente idoneo ad attaccare uno degli istituti fondamentali del nostro ordinamento e della nostra economia, i.e. la società di capitali.

Un primo temperamento a questo principio potrebbe e dovrebbe essere connesso alla tipologia di illecito legittimante il superamento dello schermo

societario. Un esempio che si può ipotizzare sono i danni ambientali ed i disastri di massa. La tipica ipotesi di illecito extracontrattuale che giustifica è data dai disastri di massa, in particolare quelli ambientali³²³.

³²³ La materia ambientale ha assunto una grande rilevanza nella nostra società. Tale interesse è indubbiamente connesso sia alla evoluzione culturale dell'intera popolazione, sia all'incremento delle insidie che minacciano l'integrità e la salubrità dell'ambiente. Fenomeni quali il progresso tecnologico e lo sviluppo demografico infatti, si ripercuotono sull'ambiente in cui l'uomo plasma, sviluppa e realizza la propria personalità. Per questa ragione la tutela apprestata all'ambiente, inteso quale ambito di estrinsecazione della personalità umana, non deve essere fine a se stessa bensì preordinata alla tutela dell'integrità psico-fisica dell'uomo. Il fatto che la Costituzione non elevi - quantomeno direttamente - l'ambiente a bene costituzionalmente tutelato, ha favorito il sorgere di una legislazione priva di un qualsivoglia raccordo sistematico. A tale proposito tuttavia la Corte Costituzionale ha sostenuto con la sentenza n. 641 del 30 dicembre 1987 che la mancanza di una norma specifica nella Carta Costituzionale che tuteli espressamente l'ambiente, è comunque compensata da tutta una serie di norme che si occupano di molteplici aspetti riconducibili all'ambiente medesimo. Ricordiamo in primo luogo l'art. 9 Cost. che tutela il paesaggio, il patrimonio storico e artistico della Nazione e quindi indirettamente valorizza l'ambiente in senso estetico-culturale; oppure l'art. 32 Cost. che imponendo alla Repubblica di tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, considera l'ambiente in senso igienico-sanitario; e ancora gli artt. 41 e 42 Cost. con i quali si tutela l'ambiente in senso ecologico. Pertanto dalla interpretazione sistematica di vari principi costituzionali, è possibile ricavare il rilievo che l'ambiente assume nella nostra legge fondamentale. Prima di affrontare la problematica specifica relativa alla tutela dell'ambiente, appare essenziale procedere alla sua qualificazione giuridica. Tale operazione, lungi dal costituire una premessa teorica, assume una notevole rilevanza pratica in quanto consente di individuare in concreto l'ambito di operatività della normativa concernente la responsabilità da danno ambientale. Secondo un determinato orientamento dottrinale, il termine ambiente costituisce una mera espressione convenzionale comprendente numerosi beni giuridici tra loro differenti. Recentemente invece altra parte della dottrina ha preferito porre il proprio interesse sui molteplici aspetti dell'ambiente, affermando che tale bene può pertanto essere al contempo unitario e multiforme. La giurisprudenza costituzionale ha invece più volte ribadito il carattere unitario del bene ambiente, le cui componenti possono tuttavia costituire oggetto di separata tutela. Naturalmente tutti questi criteri assumono, come già affermato, un notevole rilievo pratico in ordine alla individuazione del danno ambientale ed alla sua conseguente tutela risarcitoria. Occorre altresì precisare che nel nostro ordinamento il termine "ambiente" può assumere diversi significati, in relazione alle finalità che si intendono perseguire. Ad esempio con riguardo al danno ambientale la nozione è ampia. Pertanto si avrà responsabilità da danno ambientale non solo quando si lede un vincolo ambientale in senso stretto, ma sarà necessario prendere in considerazione tutti i tre settori della legislazione ambientale in senso lato: - la bellezza naturale (che peraltro costituisce l'unica nozione di ambiente testualmente accolta dalla Costituzione all'art. 9); - la difesa dell'ambiente (del suolo, dell'acqua e dell'aria) a prescindere dalla bellezza dello stesso; - l'urbanistica (intesa quale attività di programmazione dell'insediamento umano sul territorio a prescindere dall'esistenza di vincoli ambientali). Per contro, è invece restrittiva la nozione di ambiente in relazione alla legittimazione *ex lege* delle associazioni ambientaliste. Quest'ultima è riconosciuta dalla giurisprudenza unicamente in caso di tutela dell'interesse ambientale in senso stretto, con espressa esclusione della stessa in relazione ad atti che abbiano valenza meramente urbanistica; pertanto il panorama dei vizi deducibili dalle suddette associazioni è estremamente circoscritto. La responsabilità da danno ambientale è disciplinata dall'art. 18 della L. 349/1986, la cui portata innovativa risiede nell'aver riconosciuto rilevanza giuridico-patrimoniale autonoma al danno al bene ambiente.

In astratto, il concetto di fatto illecito ricomprende ogni comportamento che, pur non configurando astrattamente un reato, integri una condotta comunque illecita in quanto in contrasto con norme imperative, di ordine pubblico, di buon costume o, comunque, riprovevole secondo la coscienza collettiva del tempo perché produttivo di responsabilità civile, sia essa contrattuale che extracontrattuale.

Sembra però più giusto assoggettare (come già indicato dalla dottrina precentemente esaminata) al dettato della norma in esame soltanto le obbligazioni derivanti da illecito extracontrattuale; l'assunto contrario, sebbene compatibile con la lettera della norma, depotenzierebbe alla base il nuovo istituto e finirebbe per diventare quasi un incentivo a frazionare il rischio di impresa anche in vista di futuri illeciti da commettere.

L'estensione della responsabilità illimitata alle sole obbligazioni derivanti da illecito extracontrattuale trova una valida giustificazione nella distinzione tra creditori volontari, che contrattualmente (si parla infatti di responsabilità contrattuale) hanno accettato di soddisfarsi sui beni gravati dal vincolo di destinazione, e creditori involontari che, non avendo scelto il proprio debitore, non possono vedersi opporre la limitazione di responsabilità derivante dalla segregazione patrimoniale, anche se il danno è stato causato nello svolgimento dell'affare alla cui esecuzione il patrimonio è destinato.

Tutto ciò comporta da un lato che il creditore danneggiato a causa di un illecito extracontrattuale commesso nell'esecuzione del singolo affare può aggredire qualsiasi bene della società non potendogli essere opposta la limitazione di responsabilità, non essendo nel caso la responsabilità illimitata frutto di una scelta, ma determinata dalla legge che ha voluto porre i creditori per fatto illecito, quindi involontari, in una situazione privilegiata rispetto agli altri, in quanto per essi è come se il patrimonio destinato non fosse mai esistito.

Non ogni illecito extracontrattuale potrà giustificare l'imputazione alla società delle istanze dei creditori extracontrattuali e non ogni risarcimento cui la società sarà condannata potrà giustificare l'imputazione ai soci.

Ciò significherebbe la scomparsa delle società di capitali (in particolare di quelle aventi un oggetto sociale contenente attività palesemente pericolose e rischiose), in quanto nessuna persona fisica accetterebbe simili rischi.

Una prima indicazione potrà venire dall'utilizzo del patrimonio separato, che presto si troverà ad affrontare nella realtà il problema degli illeciti: la giurisprudenza e la dottrina non mancheranno di fissare i limiti di tale disciplina.

Alla luce di tali indicazioni, non certo lontane, sarà possibile individuare le ipotesi di applicazione del principio di piercing the corporate veil, come sopra individuato, ai soci di società di capitali.

CONCLUSIONI

L'analisi effettuata nel presente lavoro sembrerebbe consentire di affermare che anche l'ordinamento italiano conosce ed applica il *piercing the corporate veil*, nel senso inteso nei 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. Tale estensione la si rinviene, per le obbligazioni da atti leciti, nelle figure dell'amministratore di fatto (corrispondente allo shadow director anglosassone), la si ritrovava nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2362 c.c., precedentemente alla riforma, e nelle ipotesi di abuso della personalità giuridica, in cui, come visto, la sanzione sarebbe quella di privare i soci tiranni del beneficio della responsabilità limitata..

Abbiamo altresì visto come, con la disciplina dei patrimoni separati, il Legislatore della recente riforma del diritto societario sembrerebbe avere aperto alla possibilità del superamento della personalità giuridica nei casi di illecito extracontrattuale imputabili 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.

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, spunti

indicativi dell'accoglimento di ipotesi di piercing the corporate veil per illeciti extracontrattuali³²⁴.

Punto di partenza, ormai indefettibile, è quella dottrina per cui la responsabilità illimitata non è un effetto immanente della personalità giuridica, come peraltro ritiene la dottrina italiana³²⁵.

Accanto a tale filone, vi è stato, in dottrina, 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*”³²⁶. 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 ai quali 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

³²⁴ 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'esenzione 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 sociounico ed ai soci accomandatari.

³²⁶ PELLIZZI, op. ult. cit., p. 7.

limitazione di responsabilità solo se osservano i principi e le regole che informano l'organizzazione corporativa³²⁷.

Secondo 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 sociale³²⁸.

In mancanza di tali “*condizioni d'uso*”³²⁹, 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.. Avendo luogo 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*”³³⁰.

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 contrasta³³¹ - 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, che*

³²⁷ GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di 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.

³²⁸ GALGANO, op. loc. ult. cit.

³²⁹ GALGANO, op. loc. ult. cit., p. 566.

³³⁰ PAVONE LA ROSA, op. ult. cit., p. 669

³³¹ GALGANO, op. ult. cit., p. 582: “*I debiti della persona giuridica sono, in realtà, debiti delle persone fisiche dei membri; e tali essi non sono per un finzione, da utilizzare in*

*deroga al principio generale, ed è da collocare entro l'art. 2740 comma 2*³³². 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*”³³³, il cui venir meno determinerebbe la perdita della prerogativa che – in aderenza all'impostazione anglosassone – è pensata in termini di beneficio.

Applicando quest'ultima impostazione alla responsabilità per fatto illecito della società, è opportuno cambiare il punto di osservazione.

Ora, in dottrina vi è chi non considera la responsabilità limitata³³⁴ un privilegio per il socio tout court, potendo il creditore volontario contare sul patrimonio sociale, valutandone la consistenza, poggia sull'esistenza della menzionata rigorosa organizzazione corporativa in materia di bilancio, pubblicità e responsabilità di amministratori e sindaci³³⁵. La disciplina imperativa che esprime tale organizzazione costituirebbe la “contropartita” del creditore sociale per il rischio assunto³³⁶, e di cui non v'è traccia nella disciplina dell'imprenditore individuale, nonché del socio di società personali. Essa sarebbe il contraltare della responsabilità limitata³³⁷ del socio risultando,

particolari circostanze quale strumento per la repressione degli abusi: tali essi sono in via di principio”.

³³² 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

³³⁴ ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, cit., p. 202, che la qualifica “*strumento di progresso economico*”.

³³⁵ VASSALLI, in *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, cit. p. 128, ritiene che a garantire la corretta gestione dell'impresa contribuisce il patrimonio dell'amministratore che altro non rappresenta che “*un'entità sostitutiva del patrimonio sociale reso insufficiente dall'illecito*”.

³³⁶ ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, cit., p. 202, rileva come la disciplina societaria offra, sotto certi aspetti, 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.

³³⁷ In argomento già ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale, Introduzione e teoria dell'impresa*, cit. p. 238, che parlava proprio in termini di contropartita, riferendosi alla

di persone, sin'anche più garantista per coloro che entrano in contatto con un organismo dinamico e produttivo ed aprestando una tutela più incisiva³³⁸.

V'è però che 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 sociali risulta, allo stesso modo, efficace per i creditori involontari, rispetto ai quali 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 ininfluenza 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 alcun effetto di sorta, 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, confezionato per un creditore che è in grado di negoziare l'equilibrio contrattuale e che possiede gli strumenti di conoscenza e valutazione della situazione patrimoniale e finanziaria della società debitrice.

Tale impianto regolamentare si configura come palesemente inadeguato se calato nella posizione affievolita dal creditore involontario.

Una parte della dottrina sembrerebbe aprire, in linea di principio, ad un superamento della personalità giuridica.

speciale disciplina della costituzione, della pubblicità dei bilanci, della responsabilità di amministratori e sindaci di società per azioni.

Una recente dottrina³³⁹ aderisce alla teoria dell' "espressione abbreviata di una normativa", perviene ad 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 "*copre la responsabilità dei soggetti che si servono di un certo schema*"³⁴⁰. La disciplina della personalità giuridica è giudicata incompleta, per essere i soci, veri titolari della società³⁴¹, i soggetti cui, in ultima istanza, riferirsi.

Tali valutazioni rappresentano indubbiamente un'apertura a revisionare il concetto 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 e l'ineluttabile apertura ad ipotesi di superamento della personalità giuridica nel caso di illeciti extracontrattuali.

Alla luce di quanto già sopra esposto, ritengo che si possa timidamente affermare che 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* a fondo esaminato nel corso del presente lavoro.

³³⁸ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, cit., p. 142, nota 2, riferendosi ad un "*ben congegnato sistema di informazione contabile e di controllo*".

³³⁹ RAGUSA MAGGIORE, *Premessa semantica ad una teoria sulle società per azioni*, cit., p. 975.

³⁴⁰ RAGUSA MAGGIORE, op. loc. ult. cit., Cfr. anche IRTI, *Sul concetto di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 501.

³⁴¹ RAGUSA MAGGIORE, op. loc. ult. cit.,

BIBLIOGRAFIA.**TESTI E ARTICOLI**

- 1) **ABRIANI**, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998
- 2) **AMATUCCI**, *Fatto illecito della società e responsabilità “proporzionata” dei soci*, Giuffrè, Milano, 2002
- 3) **ANDREANI**, *Alcune note sul rapporto tra patrimoni destinati (artt. 2447 - bis e seguenti) e scelte di finanziamento delle imprese*, in *Impresa commerciale industriale*, 2004, n. 3, p. 423
- 4) **ANDREANI**, *Tipicità ed atipicità delle garanzie personali: le figure di garanzia personale non accessoria*, in *Tipicità e atipicità nei contratti*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 1983, 71
- 5) **ANGELICI**, *La riforma delle società di capitali*, Lezioni di diritto commerciale, Padova, 2003
- 6) **APICE**, *Il fallimento della S.r.l. artigiana con socio unico*, in *Impresa commerciale industriale*, 1997, n. 11, p. 2035
- 7) **ARRAR**, *Company Law*, London, 1991
- 8) **ASCARELLI**, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 921
- 9) **ASCARELLI**, *Società di persone; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956; I, 2, c. 405 ss.
- 10) **ASCARELLI.**, *In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori. Amministratore indiretto*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 413 ss.
- 11) **ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE**, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna 2003
- 12) **AA.VV.**, *Fallimento del socio occulto - Data di effetto della dichiarazione*, in *La Settimana fiscale*, 2002, n. 35, p. 39

- 13) **AA.VV.**, *Il fallimento in estensione del socio occulto non decorre dalla dichiarazione originaria - Una procedura con effetti retroattivi può mettere a rischio i traffici giuridici*, in *Guida al Diritto*, 2002, n. 26, p. 33;
- 14) **AA.VV.**, *Disciplina e modalità operative per la costituzione della società con socio unico*, in *Società Bilancio e Contabilità*, 1993
- 15) **AA.VV.**, *La consulta conferma l'assenza di limiti temporali per il fallimento del socio occulto*, in *Impresa commerciale industriale*. 2003, n. 3, p. 472
- 16) **AZZOLINA**, *Sull'estensibilità del fallimento all' unico azionista o quotista della società*, in *Foro pad.*, 1958, I, p. 643
- 17) **BALLANTINE**, *Parent and Subsidiary Corporations*, in 14 *Cal. L. Rev.* 15 (1925)
- 18) **BALLANTINE**, *Corporations*, Chicago, 1946.
- 19) **BARBIERA**, *Responsabilità patrimoniale, Disposizioni generali Artt. 2740 – 2744*, in *Codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1991
- 20) **BARBIERA**, *Responsabilità patrimoniale*, in *com. Schlesinger.*, Milano, 1991
- 21) **BASILE E FALZEA**, *Persona giuridica, (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 234
- 22) **BESSONE**, *Lineamenti di diritto privato*, Torino, 2003
- 23) **BETTI**, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353
- 24) **BETTI**, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953-1954
- 25) **BIGLIAZZI GERI**, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982
- 26) **BHATTACHARYYA** *Re Hydrodan (Corby) Ltd - Shadow directors and wrongful trading*, in *Comp. Law*. 1994, 15(5), 151-152
- 27) **BIANCA**, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Milano, 1994.
- 28) **BIGIAMI**, *L'imprenditore occulto*, CEDAM, Padova, 1965, 89 ss.;

- 29) **BIGIAMI**, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Cedam, Padova, 1962, 45 ss.
- 30) **BIGIAMI**, *Difesa dell'«imprenditore occulto»*, Padova, 1962;
- 31) **BIGIAMI**, *Fallimento di soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, c. 691;
- 32) **BIGIAMI**, *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento in «estensione»*, *Giur. it.*, 1959, I, 2, c. 166
- 33) **BIGIAMI**, *Responsabilità illimitata del «socio tiranno»*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1180;
- 34) **BIGIAMI**, *Imprese di finanziamento come surrogati del socio tiranno imprenditore occulto*, in *Giur. it.*, 1967, IV, c. 49
- 35) **BISHOP**, *The Limited Liability Partnership Amendments to the Uniform Partnership Act (1994)*, in *The Business Lawyer*, vol. 53, nov. 1997, p. 101
- 36) **BLUMBERG**, *Limited Liability and Corporate Groups*, 11 *J. Corp. L.* 574 (1986)
- 37) **BLUMBERG**, *The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations*, in 15 *del. J. Corp. L.* 283, (1990), p. 290.
- 38) **BOBOLINI**, *L'imprenditore a latere, in fallimento*, 1996, p. 882
- 39) **BONAVERA**, *Responsabilità del socio occulto nella s.a.s.*, in *Le Società*, 1991, n. 9, p. 1198.
- 40) **BONELLI**, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992
- 41) **BONELLI**, *La responsabilità dell'amministratore di fatto*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 107 ss
- 42) **BONELLI**, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991
- 43) **BORGIOI**, *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 593 ss.;
- 44) **BORGIOI**, *L'amministratore di fatto non fallisce*, nota ad App. Bologna, 26.3.1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 595

- 45) **BORZI**, *Il punto su: fallimento del socio unico di s.p.a. e s.r.l.*, in *Impresa commerciale industriale*, 1996, n. 5, p. 892;
- 46) **BOZZI**, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990
- 47) **BOYLE e BIRDS**, *Company Law*, London, 1995;
- 48) **BOWMER**, *To pierce or not to pierce the corporate veil - why substantive consolidation is not an issue under English law*, in *Journal of International Banking Law*, 2000, 15(8), 193-197.
- 49) **BRIGANTI**, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, 12 ss;
- 50) **BUONOCORE**, *Le società. Disposizioni generali. Artt. 2247-2250*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 2000, p. 212.
- 51) **CAMPBELL**, *Liability as a shadow director*, in *Journal of Business Law*, 1999
- 52) **CAMPAGNA**, *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958
- 53) **CANNATA**, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 25 ss..
- 54) **CAPPONI**, *Superamento della personalità giuridica?*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1988
- 55) **CARATOZZOLO**, *Il bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1994
- 56) **CARIOTA FERRARA**, *Volontà, manifestazione, negozio giuridico: un nuovo problema*, in *Ann. dir. comp.*, 1941, p. 374 ss.
- 57) **CARIOTA FERRARA**, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 496
- 58) **CARNELUTTI**, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Rivista Diritto Commerciale*, 1915, I, 528
- 59) **CARR**, *Early Forms of Corporateness" in Select Essays in Anglo-American Legal History* (1909)

- 60) **CASALE**, *Questioni in tema di unico azionista e di pegno di azioni*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, n. 3, p. I-436
- 61) **CASALE**, *L'estensione del fallimento sociale al socio unico di società di capitali*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1997, n. 4, p.II-1059
- 62) **CASSANDRO**, *I gruppi aziendali*, Bari, 1988
- 63) **CENNI**, *Superamento dello schermo della personalità giuridica, collegamento contrattuale e dintorni*, in *Contr. e impr.*, 1998, pag. 1063
- 64) **CHARLESWORTH**, *Principles of Company Law*, London, 1991
- 65) **CHIEFFI**, *Sottocapitalizzazione della società, s.r.l. unipersonale e art. 2490-bis cod. civ.*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 534 ss.
- 66) **CINTIOLI**, *Responsabilità e fallimento del socio unico di società di capitali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1997, n. 1, p. 92
- 67) **CINTIOLI**, *Fallimento del socio unico di società di capitali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1998, n. 2, p. 192
- 68) **CIRILLO**, *Gruppo societario e personalità giuridica*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1986, 1, p. 149-167
- 69) **COLOMBO**, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2004, n. 1, p.I - 30;
- 70) **COMPORTE**, *sub art. 2447 quinquies*, in *La riforma delle società*, (a cura di) Sandulli – Santoro, Vol. II, Torino, 2003, pag. 987
- 71) **CONTI BRUTI LIBERATI**, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società irregolari*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, p. 119

- 72) **COSTANTINO**, *Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 15 e 169
- 73) **COTTINO**, *Diritto commerciale*, vol. I, tomo II, Padova, 1994, pag. 772
- 74) **CRESCIENZO**, *La controversa questione della fallibilità del socio unico azionista*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2004, n. 8, p. 929
- 75) **D'ALESSANDRO**, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989
- 76) **DE FERRA**, *La responsabilità del socio occulto di società in accomandita semplice*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, 496
- 77) **DI CATALDO**, *I contratti tra la società a responsabilità limitata unipersonale e il socio unico. Prime proposte interpretative*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1995, n. 3, p. 340/I
- 78) **DI GRAVIO**, *Quando l'amministratore di fatto ed il socio occulto, sovrano e tiranno sono la stessa persona*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1995, n. 2, p. II-746
- 79) **DI LAURO**, *Limiti temporali alla fallibilità del socio occulto: il no della consulta*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 2002, n. 5, p. II-789;
- 80) **DI LAURO**, *Irretroattività degli effetti del fallimento (in estensione) del socio occulto: l'intervento delle sezioni unite*, *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 2002, n. 4, p. II-581
- 81) **DINE**, *Company Law*, London, 1991
- 82) **DI SABATO**, *Sui patrimoni dedicati nella riforma societaria*, in *Le società*, 2002, 665 ss.
- 83) **DI SABATO**, *Manuale delle società*, Torino, 1999
- 84) **DI SABATO**, *Manuale delle società*, Torino, 1988
- 85) **DI SABATO**, *L'assuntore del concordato fallimentare*, Napoli, 1960

- 86) **DOBSON**, *Lifting the veil in four countries: the law of Argentina, England, France and the U.S.*, (1986) 35, in *I. C.L.Q* 839.
- 87) **EPPERSON & CANNY**, *The Capital Shareholder's Ultimate Calamite: Pierced Corporate Veils and Shareholder Liability in the District of Columbia, Maryland, and Virginia*, 37 in *Cath. L. Rev.* 650, 633 (1988)
- 88) **EBENE COBELLI**, *Risarcimento e reintegrazione in forma specifica*, in *Nuova giur. civ.*, 1985, II, 515
- 89) **ESCOBEDO**, *I cc. dd. amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi-bancarotta semplice*, in *Giust. pen.*, 1933, III, p. 685 ss.
- 90) **FABIANI**, *La responsabilità del socio unico come strumento di disciplina dell'insolvenza nelle aggregazioni societarie*, in *Il Foro italiano*, 1995, n. 1, p. 901
- 91) **FABRIZIO**, *Estensione della dichiarazione di fallimento al socio occulto*, in *Le Società*, 1998, n. 8, p. 955
- 92) **FABRIZIO**, *Responsabilità del socio occulto di società personale*, in *Le Società*, 2003, n. 2, p. 226
- 93) **FELICI**, *La responsabilità sussidiaria dell'unico azionista*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1996, n. 5, p.678
- 94) **FERRARA JR. - CORSI**, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, pag. 690;
- 95) **FERRO**, *Responsabilità illimitata del socio unico nel concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1995, n. 3, p. 229
- 96) **FERRO**, *Responsabilità del socio unico nelle società di capitali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1996, n. 5, p. 435
- 97) **FERRO-LUZZI**, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 121 ss.

- 98) **FERRO-LUZZI**, *I patrimoni “dedicati” e i “gruppi” nella riforma della società per azioni*, in *Riv. not.*, 2002, 271 ss.
- 99) **FIGONE**, *In tema di socio occulto e di bilancio degli amministratori*, in *Le Società*, 1997, n. 7, p. 812;
- 100) **FORMOY**, *The Historical Foundations of Modern Company Law* (1923)
- 101) **FOXTON**, *Corporate personality in the Great War*, in *Law Quarterly Review*, 2002, 118(Jul), 428-457
- 102) **FRAGALI**, *della fideiussione. Del mandato di credito*, in *Commentario Scjaloia-Branca*, artt. 1936-1959, 1968, 5 ss
- 103) **FRANCESCHELLI**, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662
- 104) **FRANCESCHELLI.**, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984
- 105) **FUNAIOLI**, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952, I, p. 103
- 106) **FUSA**, *Le Srl con socio unico*, in *Amministrazione & Finanza*, 1993, n. 17, p. 1046
- 107) **FUSI**, *Fallimento del socio occulto e prova dell' esistenza del rapporto societario*, in *Diritto e pratica delle Società*, 1999, n. 23, p. 64
- 108) **GALGANO**, *Le società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 1983, p. 5 ss.
- 109) **GALGANO**, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 365 ss.
- 110) **GALGANO**, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, XXIX, Padova, 2003
- 111) **GALGANO**, *L'imprenditore*, II, Zanichelli, Bologna, 1976, 144 ss.
- 112) **GALGANO**, *I gruppi di società*, in *Le Società*, Torino, 2001, pg. 252

- 113) **GALGANO**, *Molti opinabili obiter dicta per una buona ratio decidendi*, in *Contr. e impr.*, 1994, pag. 1045
- 114) **GALGANO**, *Le società per azioni. Principi generali, Artt. 2325-2341*, in *Il Codice civile*, Commentario, diretto da Schlesinger, Milano, 1996
- 115) **GALGANO**, *La società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1983,1, p. 5-16
- 116) **GALGANO**, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo II, Padova, 1990
- 117) **GALGANO**, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. e impr.*, 1989, 357 ss
- 118) **GALGANO**, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969, sub artt. 11-35
- 119) **GALGANO**, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contr e Impr.*, 1991, p. 897
- 120) **GALGANO**, *Società in genere - Società di persone*, in *Trattato di diritto civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1982, p. 127
- 121) **GALGANO**, *Molti opinabili obiter dicta per una buona ratio decidendi*, in *Contr e Impr.*, 1994, p. 1054
- 122) **GALGANO**, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contr e Impr.*, 1996, p. 1
- 123) **GALGANO**, *Contrattualismo e no per le società di capitali*, in *Contr e Impr.*, 1998, p. 1
- 124) **GALGANO**, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 365
- 125) **GALGANO**, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990, p. 169
- 126) **GALGANO**, *La repressione dell'abuso della personalità giuridica*, in *Le società – I gruppi di società*, Torino, 2001

- 127) **GALGANO**, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contr. e impr.*, 1987, pag. 365
- 128) **GALLAGHER e ZIEGLER**, *Lifting the corporate veil in pursuit of Justice*, (1990), in *J.B.L.*, 292
- 129) **GARDNER**, *An Innovative Approach to Piercing the Corporative Veil: An Introduction to the Individual Factor and Cumulative Effects Analysis*, 25 in *Land & Water L. Rev.* 563 (1990).
- 130) **GAZZONI**, *Manuale di diritto privato*, VIII ec., Napoli, 2000
- 131) **GIANNATTASIO**, *Azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore di fatto di una società di capitali*, nota a Cass., 5.1.1972, n. 21, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 246.
- 132) **GILLESPIE**, *Wrongful trading: policy and practice*, in *Journal of International Banking Law* 1989, 4(6), 269-272
- 133) **GIORGIANNI**, *L'obbligazione*, Milano, 1968
- 134) **GISMONDI**, *Responsabilità penale degli amministratori di fatto delle società commerciali*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1937, p. 184;
- 135) **GOWER**, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992
- 136) **GRAZIANI, MINERVINI, e BELVISIO**, *Manuale di diritto commerciale*, Morano, Napoli, 1994
- 137) **GRIFFIN**, *Holding companies and subsidiaries - the corporate veil*, in *Comp. Law.* 1991, 12(1), 16-17
- 138) **GUERRERA**, *sub. art. 2447-quinquies*, in *Società di capitali*, commentario (a cura di) Niccolini – Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, pag. 1240
- 139) **GUERRERA**, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991, pp. 92 ss., 420 ss..
- 140) **GUERRERA**, *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 131 ss.
- 141) **GUERRERA** *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, vol. I, t. 1, Milano, 1999, p. 389 ss..

- 142) **GUIO-GALLISAY**, *Le "Limited Liability Companies": un nuovo strumento per le joint ventures tra Italia e USA*, in *Le società*, n. 4/1998, p. 392
- 143) **HARDY IVAMY**, *Underhill's Principles of the Law of Partnership*, London, 1986
- 144) **HAHLO**, *Cases and Materiale on Company Law*, London, 1987
- 145) **HAMILTON**, *The corporate entity*, (1971), 49, Texas L.R. 979,
- 146) **HACKNEY & BENSON**, *Shareholder Liability for Inadeguate Capital*, 43 in *U. Pill. L. Rev.* 837, 860 (1962)
- 147) **HAYTON**, *Contractual Licences and Corporate Veils* (1977), in *Cambridge Law Journal* 12;
- 148) **HEENEN**, *Partnership and Other Personal Association for Profit*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, 1975
- 149) **HENN & ALEXANDER**, *The Law of Corporations and Other Business Enterprises* (1983)
- 150) **HOLDSWORTH**, *History of English Law* (3rd ed. 1936), Vol. VIII, pp. 192-222
- 151) **HOOD**, *Salomon's case and the single "business organisation"*, in *J.B.L.* 2001, Jan, 58-61
- 152) **HOWELL**, *Salomon under attack*, in *Company Lawyer* 2000, 21(10), 312-314
- 153) **IBBA**, *La società a responsabilità limitata con un solo socio (Commento al d.lg. 3 marzo 1993 n. 88)*, Torino, 1995
- 154) **IOZZO**, *Appunti sul termine di fallibilità del socio occulto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, n. 6, p. 1193;
- 155) **IOZZO**, *Note in tema di fallimento della società e del socio occulto e termine ex art. 10 l. fall.*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2003, n. 5, p. II-590
- 156) **IRELAND**, *The Triumph of the Company Legal Form. 1856-1914* in *Essays for Clive Schmitthoff* (John Adams ed., 1983)

- 157) **KEATINGE, RIBSTEIN, PACE HAMILL, GRAVELLE, CONNAUGHTON**, *The Limited Liability Company: A Study of the Emerging Entity*, in *The Business Lawyer*, vol. 47, february 1992, p. 411.
- 158) **KHAN-FREUND**, *Some Reflection on Company Law Reform*, in *M.L.R.*, 1944, p. 54
- 159) **INZITARI**, *La «vulnerabile» persona giuridica*, in *contr. e impr.*, 1985, p. 679
- 160) **INZITARI**, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2003, pag. 164
- 161) **LAING**, *The Commercial Laws of United States*, in *Digest of Commercial Laws of the World*, by L. NELSON, december 1994, p. 49
- 162) **LAMANNA**, *Socio unico e fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1999, n. 5, p. 469
- 163) **LATELLA**, *La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 124 ss..
- 164) **LIPARI**, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, 3, pg. 641-652
- 165) **LIPARI**, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, vol. II, Padova, 1970
- 166) **LO CASCIO**, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 189 ss.;
- 167) **LO CASCIO**, *Il nuovo diritto societario nelle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2003, 594 ss.
- 168) **LO CASCIO** (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 207.
- 169) **LO CASCIO**, *Effetti remissori del concordato preventivo ed unico azionista della società concordataria*, in *Giustizia civile*, 1993, n. 5, p.I-378

- 170) **LUPOI**, *Introduzione ai trusts*, Milano. 2001
- 171) **LUPOI**, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001,1159 e in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 169
- 172) **LUPOI**, *Strutturazione dei trusts di protezione patrimoniale*, in *Diritto & Diritti*
- 173) **MALATESTA**, *In tema di legge regolatrice della responsabilità dell'unico azionista*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, n. 4, p. 945
- 174) **MANES**, *Sui " patrimoni destinati ad uno specifico affare " nella riforma del diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2003, n. 1, p. 181
- 175) **MANFEROCE**, *Socio unico di società di capitali, socio sovrano e socio tiranno*, in *Fallimento*, 1995, p. 486
- 176) **MANNA**, *Le società commerciali in Gran Bretagna*, in *Il diritto delle società commerciali nei Paesi Europei*, a cura di E. BUSATO, Padova, 1998, p. 365
- 177) **MARZIALE**, *Brevi note sul principio della responsabilità limitata nelle società di capitali e sul suo superamento*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2898
- 178) **MASSARELLI**, *Decorrenza del limite temporale per il fallimento in estensione del socio occulto*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2003, n. 6, p. 673
- 179) **MASSARELLI**, *Limiti temporali per il fallimento in estensione del socio occulto illimitatamente responsabile*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2004, n. 1, p. 85
- 180) **MASTROPAOLO**, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989
- 181) **MAZZAMUTO**, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978
- 182) **MAYSON, FRENCH e RYAN**, *Company Law*, London, 1994;
- 183) **MAYSON, FRENCH & RYAN** *on Company Law*, 2003-2004 edition, Oxford University Press 142.
- 184) **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;
- 185) **MEO**, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi*, Milano, 1991
- 186) **MINERVINI**, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956
- 187) **MONTESANO**, *Persona giuridica socio unico di società di capitali. Applicabilità dell'art. 2362, c.c.*, in *Società Bilancio e Contabilità*, 1996, n. 8, p. 676
- 188) **MONTESANO**, *Aspetti funzionali dell'esecuzione in forma specifica*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1964, 941
- 189) **MORRIS, STEVENSON**, *The Jersey Limited Liability Partnership: a New Legal Vehicle for Professional Practice*, in *The Modern Law Review*, vol. 60, July 1997, pp. 538 ss.
- 190) **NAPPI**, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992
- 191) **NUVOLONE**, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1965
- 192) **ONDEI**, *I reati di quasi-bancarotta e gli amministratori di fatto*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, I, p. 357 ss.;
- 193) **ORNISH and DE N. CLARK**, *Law and Society in England, 1750-1950* (1989)
- 194) **OTTOLENGHI**, *From peeping behind the corporate veil, to ignoring it completely*, (1990), in *M.L.R.*, 338
- 195) **PALERMO** *le forme*), in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, 339; *Sulla riconducibilità del "trust interno" alla categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 133
- 196) **PALLADINO**, *Osservazioni su società di comodo e fallimento dell'unico azionista*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1992, n. , p.II-114;
- 197) **PALMER**, *Company law*, London, 1991

- 198) **PATTI**, *Natura giuridica della responsabilità del socio unico di società di capitali*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1998, n. 2, p. 157
- 199) **PAVONE LA ROSA**, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO-PORTALE, Torino, vol. 2**, pagg. 581-664
- 200) **PAVONE LA ROSA**, *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 623 ss.
- 201) **PEDRAZZI**, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 230
- 202) **PELLEGRINO**, *Considerazioni sul fallimento dell'unico azionista o quotista*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 2002, n. 2, p. II-330
- 203) **PELLICANO'**, *Inesistenza e personalità giuridica nella giurisprudenza della Cassazione: il caso della società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 829
- 204) **PELLIZZI**, *Personalità giuridica e infrazioni valutarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1978, I, p. 266 ss.
- 205) **PELLIZZI**,., *La società persona giuridica: dov'è realtà e dov'è vuota formula (esperienze delle banche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 492
- 206) **PENNINGTON**, *Company Law*, London, 1990
- 207) **PERNAZZA**, *Diritto applicabile alle società costituite all'estero e responsabilità dell'unico azionista*, *Le Società*, 2002, n. 8, p. 971
- 208) **PERRELLA**, *Forma della delibera costitutiva dei patrimoni destinati*, in *i Contratti*, 2004, n. 11, p. 1071
- 209) **PIAZZA**, *Garanzia (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 4 ss
- 210) **PICONE**, *Estensione del fallimento al socio unico di società di capitali*, in *Le Società*, 1997, n. 11, p. 1312
- 211) **PICKERING**, *The Company as a separate legal entity*, 1964, 31, in *M.L.R.* 481

- 212) **PISONI**, *Gruppi aziendali e bilanci di gruppo*, Milano, 1983, pagg. 33-68
- 213) **POLLOCK and MAITLAND**, *History of English Law* (2nd ed., 1911)
- 214) **PORTALE**, *Dal capitale <assicurato> alle <tracking stocks>*, in *Riv. soc.*, 2002, 149
- 215) **POWLES**, *The "See-through" Corporate Veil* (1977) 40, in *Modern Law Review* 339
- 216) **PUGLIATTI**, *Finzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 666
- 217) **RAGAZZINI**, *Sulla responsabilità del socio unico quale amministratore legittimo o "di fatto" di società unipersonale*, in *Riv. not.*, 1994, p. 939 ss.
- 218) **RAGUSA**, *L'unico azionista o l'unico quotista non sono assoggettabili a fallimento*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1998, n. 7, p. II-43
- 219) **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
- 220) **RICCA**, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965;
- 221) **RORDORF**, *Fallimento del socio unico di società a responsabilità limitata unipersonale*, in *Le Società*, 1996, n. 5, p. 550
- 222) **RAJAK**, *A Sourcebook of Company Law*, London, 1989;
- 223) **RINALDI**, *Il bilancio consolidato. Teorie di gruppo e assestamento delle partecipazioni*, Milano, 1990
- 224) **RIXON**, *Lifting the veil between holding and subsidiary companies* (1986), in *Law Quarterly Review* 102 (JUL), 415-423
- 225) **ROCCO**, *Società unipersonali e patrimoni destinati*, in *Rivista del Notariato*, 2004, n. 3, p. 613;

- 226) **ROCCO DI TORREPADULA**, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. Comm.*, 2004, n. 1, pI – 40
- 227) **ROLAND**, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. e impr.*, 2004, n. 1, p. 323
- 228) **ROPPO**, *Voce Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pag. 1049 ss.
- 229) **RORDORF**, *Il gruppo di imprese*, in AA.VV. *Il bilancio consolidato*, Milano, 1993
- 230) **RORDORF**, *Socio unico di società di capitali*, in *Società*, 1994, 593 ss.
- 231) **RORDORF**, *Socio unico di società di capitali*, in *Le Società*, 1994, n. 5, p. 593
- 232) **RORDORF**, *Società in concordato preventivo e socio unico persona giuridica*, in *Le Società*, 1994, n. 9, p. 1193
- 233) **ROSAPEPE**, *La società a responsabilità limitata unipersonale*, Milano, 1996, p. 134
- 234) **RUBIN**, “*Aron Salomon and his circle*”, in *Essays for Clive Schmitoff*, ed John Adams (Abingdon: Professional Books, 1983), pp. 99-123
- 235) **RUDAN BRICOLA**, *Il gruppo di imprese nella giurisprudenza lavoristica*, Ivi, 1986, p. 742
- 236) **SALAMONE**, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, pag. 48 e ss.
- 237) **SALANITRO**, *Le fideiussioni bancarie*, in *Banca borsa e tit.cred.*, 1984, I, 135 ss
- 238) **SANTAGATA**, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, 10 ss. *the Shadow*», 1976, in *JBL*, p. 305
- 239) **SANTOSUOSSO**, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003; *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, S. AMBROSINI (a cura di), Torino 2003, 85;

- 240) **SARTEA**, *Fallimento in estensione del socio unico di s.p.a.: il tribunale di Milano su inquietudini vecchie e nuove*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, n. 3, p. 609/II
- 241) **SCALFI**, *Persone giuridiche*, I, Diritto civile, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, p. 1
- 242) **SCANLAN**, *The Salomon principle*, in *Company Lawyer* 2004, 25(7), 196;
- 243) **SCHIANO DI PEPE**, *Il gruppo di imprese*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, n. 112, Milano, 1990;
- 244) **SCOGNAMIGLIO**, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 50 ss
- 245) **SCOTTI CAMUZZI**, *Società di comodo e unico azionista indiretto*, in *Rivista delle Società*, 1990, n. 2, p. 1372
- 246) **SEALY**, *Modern insolvency laws and Mr. Salomon*, (1998) 16 C & SLJ 176
- 247) **SEALY**, *Cases and Materials in Company Law*, London, 1992;
- 248) **SIDERI**, *Responsabilità dell'unico azionista di società per azioni e concordato preventivo della società partecipata*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1990, n. 8, p. 836
- 249) **SIMIONATO**, *Il termine annuale per l'estensione del fallimento al socio occulto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, n. 2, p. I-223
- 250) **SOMMER**, *The Subsidiary: Doctrine Without a Cause?*, 59 *Ford Rev.* 227, 240 (1990)
- 251) **SPARANO**, *Assoggettabilità al fallimento del socio unico azionista ex art. 2362 cod. civ. Limiti e difficoltà applicative*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciali*, 1997, n. 6, p. II-737
- 252) **SPARANO- SPARANO**, *Assoggettabilità al fallimento del socio unico azionista ex art. 2362 cod. civ.: limiti e difficoltà applicative*, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 740

- 253) **STELLA RICHTER**, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1977, p. 151
- 254) **STESURI**, *I patrimoni destinati nel fallimento e nei progetti di riforma fallimentare*, in *Impresa commerciale industriale*, 2004, n. 10, p. 1570
- 255) **SUGARMAN AND WEBB**, "*Three-in-One*": *Trusts, Licences and Veils* (1977) 93, in *Law Quarterly Review* 170;
- 256) **TABELLINI**, *Estensione degli effetti delle procedure concorsuali al socio unico*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1994, n. 1, p. 76
- 257) **TEAM**, *D. Glenn v. Wagner: Instrumentality Rule Versus the Balancing Test in Piercing the Corporate Veil*, 64 in *N.C.L. Rev.* 1265 (1986)
- 258) **TOSCANO**, *Sulla fallibilità del socio occulto e della società occulta nel reparto tra l'art. 2497, comma 2, c.c. e l'art. 147 legge fall.*, in *Rivista del Notariato*, 2002, n. 3, p. 793;
- 259) **VELLA**, *Le società holding*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, n. 148, Milano, 1993;
- 260) **VENTURI**, *La dottrina dell'ultra vires nell'evoluzione del diritto commerciale in Inghilterra*, Trento, 1991
- 261) **VICARI**, "*Asset protection trusts*": *i trust per proteggere il patrimonio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, 540
- 262) **VICARI**, *Il trust di protezione patrimoniale*, Milano, 2003
- 263) **JENNINGS e BUXBAUM**, *Corporations*, St. Paul, Minn., 1979
- 264) **JONES**, *The difficulty of proving fraudulent trading*, in *Insolvency Intelligence* 2003, 16(9)
- 265) **WARDMAN**, *The search for virtual reality in corporate group relationships*, in *Comp. Law.* 1994, 15(6), 179-181
- 266) **WEIGMANN**, *L'unico azionista nel concordato preventivo della società*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, n. , p.144/I

- 267) **WHINCUP**, *Inequitable incorporation*, (1981), 2, in *Co Law.*, 158
- 268) **WORMSER**, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, in 12 *Columbia Law Review* (1912), pp. 496-518
- 269) **WORMSER**, *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*, New York, 1927
- 270) **ZOPPINI**, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 545
- 271) **ZORZI**, *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. e impr.*, 994, p. 1062

CASI

1. *Bernardin Inc. v. Midland Oil Corp.*, 520 F. 2d 771 (Th Cir. 1975);
2. *Consolidated sun Ray, Inc. v. Oppenstein*, 335 F. 2d 801 (8ch Cir. 1964);
3. *Puamier v. Barge BT 1793*, 395 F. Supp. 1019 (E.D. Va. 1974);
4. *Zaist v. Olson*, 154 Conn. 563, 227 A. 2d 552 (1967).
5. *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, 142 F. 247, 255 (Wis. 1905).
6. *Consumer's Co-Op. of Walworth County v. Olsen*, 419 N.W. 2d 211, 217 n. 3 (Wis. 1988).
7. *West v. Costen*, 558 F. Supp. 564, 586 (W. D. Va. 1983)
8. *United Papenworkers Int Union v. T.P. Property Corp.*, 583 F. 2d 33
9. *Dave Kolb Grading, Inc. v. Lieberman Corp.*, 837 S.W. 2d 924, 937 (Mo. C. App. 1992):
10. *Brunswick Corp. v. Waxman*, 599 F. 2d 34 (2d Cir. 1979)
11. *Washington Nat'l Corp.*, 570 P. 2d 1268 (Ariz. Ci. App. 1977);
12. *Brunswick Corp. v. Waaxman*, 599 F. 2d 34 (2nd Cir. 1979);
13. *Abraham v. Lake Forest, Inc.*, 377 So. 2d 465 (La. Ci. App. 1980);
14. *Savine Towing & Transportation Co. v. Merit ventures, Inc.*, 575 F. Supp. 1442 (E.D. Tex. 1983);
15. *Bostwick-Braun Co. v. Szews*, 645 F. Supp. 221, 226 (W.D. Wis. 1986).
16. *Hanson v. Bradley*, 298 Mass. 371, 10 N.E. 2d 259, 24 (1937)
17. *United States v. jon-T Chemicals Inc.*, 768 F. 2d 686, 693 (5th Cir. 1985);
18. *Miller v. Dixon Industries Corp.*, 513 A. 2d 597, 604 (RT 1986)
19. *Molander v. Raugust-Mathwig, Inc.*, 44 Wash. App. 53, 722 P. 2d 103, 107 (1986)

20. *Second ServiCe System, Inc. v. St. Joseph Bank & Trust Company*, 855 F. 2d 406, 415-416 (7th Cir. 1988)
21. *Co-Ex Plastics, Inc. v. AlaPak, Inc.*, 536 So. 2d 37, 39 (Ala. 1988)
22. *Glanzer v. St. Joseph Indian School*, 438 N.W. 2d 204, 209 (S.D. 1989)
23. *Gray v. Edgewater Landing, Inc.*, 541 So. 2d 1044, 1046-47 (Miss. 1989)
24. *Sims v. Subway Equipment Leasing Corp.*, 994 F. 2d 210 (1993).
25. *Edwards Co. v. Monogram Indus., Inc.*, 730 F. 2d 977, 982 (Sth Cir. 1984);
26. *United States v. Jon-T Chemicals, Inc.*, 768 F. 2d 686 (51h Cir. 1985).
27. *Re a Company Ltd.* (1985) BCLC 333.
28. *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd.* (1973) AC 380 (HL).
29. *Re Yenidje Tabacco Co. Ltd.* (1916) 2 Ch 432 (CA).
30. *Re v London Council* (1915) 2 KB 466.
31. *Daimler v Continental Tyre Co* (1916) 2 AC 307 (HL).
32. *Woolfson v. Strathclyde Regional Council* (1978) S.L.T., p. 159.
33. *Gilgord Motor Co. Ltd v Horn* [1933] Ch 934
34. *Jones v. Lipman* (1962), 1 W.L.R. 832..
35. *Re a Company* (1985) BCLC 333 (CA)
36. *Creasey v Breachwood Motors Ltd.* 7.C480
37. *Re F.G. (Films) Ltd.* (1953) W.L.R. 483
38. *Firestone Tyre and Rubber Co. Ltd. V. Lewellin*, (1975) 1 W.L.R. 464, H. L.,
39. *Briggs v. James Hardie & Co Pty Ltd.*, (1989) 16 NSWLR 567,
40. *Berkey v. Third Avenue Ry.* 244, N.Y. 84, 94, 1555, N.E. 58, 61 (192) 50 ALR 599, 604.
41. *The Roberta*(1937) 58 L.L.R. 159.,
42. *Harold Holdsworth & Co. (Wakefield) Ltd. v. Caddies*(1955) 1 W.L.R., 352, H.L.,

43. *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. V. Meyer*(1959), A.C. 324, H.L.
44. *D.H.N. Food Distribution Ltd v. Tower Harnlets L.B.C.* [1976] 1 W.L.R. 852, [1976] 3 All E.R. 462, 4 L.G.R. 506
45. *Revlon Inc v. Cripp & Lee Ltd.* (1980), F.S.R., 85..
46. *Ebbe Vale U.D.C. v. South Wales Traffic Area Licensing Authority*(1951), 2 KR, p. 366. 1 (1961) A.C. 12, P.C.,
47. *Lee v. Leès Air Farming Ltd*(1961) A.C. 12, P.C., *D.H.N. Food Distributors* (1976) 1 WLR 852.,
48. *Multinational Gas v Multinational Services*(1983) 3 WLR 493.
49. *Adams v. Cape Industries plc* (1990), Ch. 433, *Scott J e C.A.* (pet. Dis. 1990, 2 W.L.R., p. 786, H.L.).
50. *Hydrodam (Corby) Ltd (In Liquidation), Re* [1994] B.C.C. 161 [1994] 2 B.C.L.C. 180 *Times*, February 19, 1994.
51. *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.* [1897] AC 22.
52. *Macaura v Northern Assurance Co. Ltd* [1925] AC 619
53. *Re William C. Ltd.* (1932) 2Ch.
54. *Re Patrick Lyon* 1933) Ch. 786
55. *Cotman v. Brougham*, [1918] AC 514.
56. *Iarvis Motor (Harrow) Ltd v Carabott* [1964] 1 W.L.R. 1101
57. *Metropolitan Saloon Omnibus Co. Ltd v Hawkins* (1859) 4 Hurl & N 87;
58. *Labadie Coal Co. v. Black*, 672 F. 2d 92, 100 (D.C. Cir. 1982)
59. *South Hetton Coal Co. Ltd v North-Eastern News Association Ltd* [1894] 1 QB 1333).
60. *Lord Sumner in Gas Lighting Improvement Co. Ltd V. Commissioners of Inland Revenue* [1923] AC 723
61. Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906,
62. Cass. 14 settembre 1999, n. 9795.
63. App. Milano 9 dicembre 1994, in *Le società*, 7/1994, p. 926

64. App. Milano, 4 maggio 2001, *Diritto Commerciale*, I, 2002, pg. 317 e ss.).
65. Cass., 11 novembre 1986, n. 6596, in *Mass. Foro it.*, 1986, 1324 ss.
66. Cass. 23 aprile 2003, n. 6478.
67. Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906.
68. Cass. 23 aprile 2003, n. 6478.
69. Cass. Torino, 3.12.1884, in *Riv. pen.*, 1885, p. 331;
70. Cass. pen., 16.2.1933, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, I, p. 357,
71. *Giust. pen.*, 1933, II, p. 685;
72. Cass. pen., 28.2.1936, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1937, p. 181, e in *Giust. pen.*, 1937, III, p. 129;
73. Cass. pen., 18.12.1942, in *Giur. it.*, 1943, II, c. 39;
74. Cass. pen., 19.12.1952, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1952, II, p. 412; Cass. pen., 29.5.1954, in *Giust. pen.*, 1954, II, p. 918;
75. Cass. pen., 23.3.1954, n. 791, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1954, II, p. 334.
76. Trib.Venezia 14 dicembre 1990, in *Nuova giur. civ.*, 1992, I, 898 con nota di BONTEMPI;
77. App.Milano 9 settembre 1994, in *Società*, 1994, 1062;
78. Trib. Napoli 2 febbraio 1994, in *Foro It.*, 1995, I, 1671;
79. Trib.Roma, 17 luglio 1998, in *Giur.It.*, 1999, 1458;
80. Trib. Roma, 13 luglio 2000, *ivi*, 2000, 2103.
81. Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 241.
82. Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 342.