

No. 1 Maggio 2011

FIRST estende le proprie attività al continente asiatico

In linea con la strategia di crescita perseguita da First Advisory Group («First»), il Gruppo è lieto di comunicare l'espansione delle proprie attività al continente asiatico mediante l'avvenuto acquisto di due uffici, siti rispettivamente a Singapore e a Hong Kong, alla fine dello scorso anno.

L'espansione al mercato asiatico, contraddistinto da una rapida crescita e da interessanti prerogative, si abbina perfettamente alla filosofia del nostro slogan «FIRST – close to you». La vicinanza geografica e una migliore comprensione delle esigenze della clientela locale ci consentono infatti di rispondere in modo ulteriormente mirato alle necessità dei clienti nuovi e già esistenti presenti in Asia. Il passo mosso verso oriente ci permette inoltre di offrire e sviluppare prodotti e servizi aggiuntivi, al fine di venire incontro a livello globale alle richieste della clientela consolidata.

Con il trasferimento del dott. Philipp Schmid – membro della direzione di First Advisory Group – dalla sede di Vaduz a Singapore sarà assicurata la perfetta operatività dal punto di vista organizzativo e saranno, al contempo, ricercate nuove opportunità commerciali. Il signor Schmid dirige le attività a Singapore e a Hong Kong. A Singapore, Philipp Schmid è coadiuvato dal signor Mark Forsythe, esperto Trust Officer e anch'egli residente attualmente nella città-stato, il quale ha precedentemente collaborato per 7 anni presso la sede centrale di First a Vaduz.

A Hong Kong il signor Schmid è invece affiancato da Shirley Sin. Shirley Sin ha studiato giurisprudenza presso l'Università di Hong Kong e opera da oltre 15 anni nel settore dei servizi finanziari.

Singapore è situato sulla estremità meridionale della penisola malese, a ca. 140 km a nord della linea equatoriale. La sua posizione, ottima dal punto di vista strategico, il solido sistema giudiziario e l'interessante politica finanziaria attuata dal governo locale hanno contribuito a fare di Singapore una delle capitali finanziarie più importanti del mondo. FIRST appartiene a un ristretto numero di società fiduciarie regolamentate e autorizzate all'esercizio delle attività a Singapore.

I servizi erogati dalla nostra succursale di Singapore ricomprendono la costituzione e l'amministrazione di trusts e di società di varie giurisdizioni. Particolarmente interessante si rivela il c.d. settlor reserved powers trust, che consente al costituente (il «settlor») di mantenere inalterato il controllo degli investi-

menti di capitale dei fondi patrimoniali del trust. Ciò permette al cliente di discutere direttamente con la banca gli aspetti relativi all'investimento e alla gestione dei fondi patrimoniali del trust e di assumere quindi qualsiasi decisione senza dover correre il rischio di vedere considerato il trust alla stregua di una struttura simulata o fittizia.

Tra gli altri servizi offerti ricordiamo altresì l'amministrazione da Singapore di fondazioni private panamensi nonché, ovviamente, la costituzione e la gestione di società di diritto di Singapore, che beneficiano degli accordi e dei trattati sulla doppia imposizione fiscale in vigore a livello globale. Presso la nostra succursale di Singapore la è a disposizione della clientela un gruppo di esperti di origini culturali e linguistiche diversi tra cui l'inglese, il tedesco, il mandarino e lo hindi.

Guidata dal motto «un solo Paese, due diversi sistemi» il governo cinese garantisce a Hong Kong una notevole autonomia per quanto concerne gli affari interni, in particolare nella gestione degli aspetti economici e politici. Anche Hong Kong appartiene alle maggiori piazze finanziarie del mondo grazie a una bassa imposizione fiscale, a libero scambio, a un solido sistema giudiziario e a una minima ingerenza da parte del governo centrale cinese. La nostra succursale di Hong Kong è specializzata, oltre che nella costituzione e nella gestione di trusts e di società di varie giurisdizioni, anche nella costituzione di trusts delle Isole Vergini britanniche (trust BVI).

Poiché il nostro Gruppo è in possesso di una propria licenza trust BVI, siamo in grado di offrire in modo indipendente alla nostra clientela la costituzione di trusts secondo la Virgin Islands Special Trusts Act (c.d. trust VISTA). Questa tipologia di trust si rivela interessante per quei clienti che desiderano conferire a un trust le proprie partecipazioni o quote societarie mantenendo la gestione strategica o operativa della società. Oltre a ciò, il nostro Gruppo fornisce servizi di amministrazione e di directorato per società già costituite secondo varie giurisdizioni, comprese le Isole Vergini britanniche e Hong Kong.

Siamo fermamente convinti del fatto che l'estensione delle nostre attività nel mercato asiatico rappresenti un completamento del ventaglio di servizi da noi offerti, avvicinando First Advisory Group in modo sostanziale al proprio obiettivo di affermarsi quale operatore di Wealth Management a livello globale.

Regresso da parte di una persona giuridica nei confronti del proprio organo di fatto

A) Introduzione – Sintesi generale

1. In linea di principio anche nel Principato del Liechtenstein viene rispettata la personalità giuridica propria di una associazione di persone. Per tale motivo, qualsiasi rivendicazione, pretesa o azione creditoria sussistente nei confronti di un'associazione di persone non può – solitamente – essere esercitata o fatta valere né nei confronti degli organi né nei confronti dei mandanti ossia degli organi di fatto della medesima associazione. È pertanto riconosciuta la netta separazione tra il patrimonio sociale e quello del socio fondatore o del proprietario della persona giuridica.¹ Le istanze giudiziarie del Liechtenstein prevedono tuttavia la possibilità – qualora sussistano specifiche condizioni – di intraprendere un'azione di responsabilità nei confronti dei soci mandanti aggirando l'ostacolo posto dalla persona giuridica, per esempio mediante il c.d. «regresso». La legislazione ossia la giurisprudenza del Principato del Liechtenstein consentono l'esercizio di questa azione secondo varie modalità, per le quali vigono diverse premesse.
2. L'intento del presente Memo to Clients è quello di fornire chiarimenti sulle opportunità di regresso verso gli organi di fatto di una società che la legislazione del Principato del Liechtenstein offre ai creditori. A tale proposito si spiega il concetto di «organo di fatto» consolidato nella giurisprudenza e a indicare quattro diversi fondamenti giuridici a sostentamento della responsabilità dell'organo di fatto.

B) Opzione 1: Regresso in virtù di abuso della persona giuridica

3. Nel Principato del Liechtenstein il regresso in virtù di abuso della persona giuridica non è disciplinato dalla legge. Tale possibilità si desume unicamente dalla giurisprudenza

emanata dalle istanze giudiziarie del Principato.² La Suprema Corte di Cassazione del Principato del Liechtenstein (OGH) argomenta tuttavia che un regresso di tale natura risulta ammissibile soltanto qualora ciò si riveli imprescindibile per la preclusione di abusi di diritto sulla base del rigido assunto del principio della buona fede.³

4. Secondo la valutazione della OGH del Principato del Liechtenstein ai fini di un'azione di responsabilità per regresso per effetto di abuso della persona giuridica è in via generale necessaria la sussistenza di un requisito oggettivo e di un requisito soggettivo. Qualora i creditori provvedano alla promozione di un'azione di responsabilità per regresso, è inoltre richiesta l'ottemperanza a due ulteriori requisiti.⁴

(i) Requisito oggettivo: sussistenza di un organo di fatto

5. Il fondatore materiale⁵ – su ordine del quale è stata costituita la fondazione – deve avere istituito la fondazione con l'intenzione di potere – altresì in modo continuativo – disporre del patrimonio sociale a proprio vantaggio e interesse, in maniera avulsa dallo scopo o dall'oggetto della fondazione.⁶ Ciò può, per esempio, sostanziarsi qualora questi sia in grado di attingere – altresì in modo continuativo – dal patrimonio sociale in virtù di un diritto di firma unico relativamente a conti correnti.⁷ È tuttavia sufficiente che il fondatore materiale esegua l'impartizione in via continuativa

¹ Vedasi altresì: OGH in 2 C.45/85-40 del 30/09/1986, 116, LES 1988, 108, 116 e segg.; OGH in 3 C.388/96-25 del 03/05/2000, LES 2000, 192, 196; OGH in 1 C.36/86-71 del 15/10/1990, LES 1991, 143, 159 e segg.

² OGH in 7 C.247/87-27, 47 e segg., 50 del 11/12/1989; OGH in 1 C.36/86-71 del 15/10/1990, LES 1991, 143, 159 e segg.; OGH in E 2413/95-15 del 27/11/1995, LES 1996, 163; OGH in 6 C.416/94-72, 22 del 01/10/1998, LES 1999, 122, 124.

³ OGH in 1 C.36/86-71 del 15/10/1990, LES 1991, 143, 159 e segg.

⁴ I soli presupposti soggettivo e oggettivo sono sufficienti soltanto nel caso di una c.d. «azione di responsabilità inversa per regresso», nella quale non è la persona giuridica a dovere agire nei confronti del proprietario o dell'organo di fatto, bensì è quest'ultimo a chiamare in responsabilità la persona giuridica.

⁵ Spesso la costituzione di una fondazione viene eseguita mediante un mandato fiduciario. Non sono pertanto determinanti i diritti e le intenzioni del soggetto fiduciario a cui è affidata la costituzione e agente in qualità di mandante legale. Sono vieppiù qualificanti i diritti e le intenzioni del soggetto mandante effettivo, il quale è indicato come c.d. «fondatore materiale».

⁶ OGH in 4 C.376/96 del 07/05/1998, LES 1998, 332, 337.

⁷ OGH in 4 C.376/96 del 07/05/1998, LES 1998, 332, 337.

di direttive in seguito alla garanzia a sé medesimo di diritti d'intervento o costitutivi oppure per effetto di un contratto di mandato⁸, risultando quindi l'effettivo «organo di fatto» della fondazione.⁹ Quale organo di un'associazione di persone non viene infatti considerato unicamente l'organo legale previsto dallo statuto, bensì anche il soggetto che esplica soltanto de facto funzioni direttive per l'associazione di persone (c.a. «organo di fatto» od «organo de facto»)¹⁰. Con ciò, tale soggetto diviene a tutti gli effetti un organo sociale: la giurisprudenza considera pertanto alla stregua di «organo di fatto» il mandante materiale che nel rapporto con la fondazione esercita de facto un'influenza dominante sull'amministrazione della fondazione.¹¹

La sussistenza di un tale organo di fatto rappresenta tuttavia soltanto il requisito oggettivo per un'azione di responsabilità per regresso in virtù di un abuso della persona giuridica. Oltre a ciò deve infatti sostanzialmente anche il seguente presupposto soggettivo:

(ii) Requisito soggettivo: sussistenza di un abuso di diritto

6. Con la costituzione della fondazione il fondatore materiale deve avere agito sin dall'inizio con l'intento di operare in modo sleale o pregiudizievole nei confronti del patrimonio di terzi, in modo tale da abusare della forma della persona giuridica.¹² La sussistenza di una tale intenzione da parte del fondatore materiale (per es., qualora la fondazione sia mirata dalla sua costituzione all'elusione delle norme previste dal diritto successorio) è imprescindibile.¹³ L'impiego oggettivamente abusivo non è di per sé sufficiente a motivare una violazione del principio di separazione.¹⁴ Al fondatore materiale non deve tuttavia essere imputata alcuna colpa qualificata, come – per es. – il dolo intenzionale. In caso di devianza di natura eclatante – nonché di devianza di tipo particolarmente grave – ai fini dell'azione di regresso si rivela già sufficiente una «colpa gravissima».¹⁵

⁸ OGH in 8 C.285/88 del 04/10/2001, LES 2002, 162, 167.

⁹ OGH in 1 C.36/86-71 del 15/10/1990, LES 1991, 143, 159.

¹⁰ OGH in 1 CG.2000.293-39 del 25/07/2002, LES 2003, 128.

¹¹ OGH in 1 C.36/86-71 del 15/10/1990, LES 1991, 143, 159.

¹² OGH in 2 C.45/85-40 del 30/09/1986, 116, LES 1988, 108, 117; Corte costituzionale del Principato del Liechtenstein (StGH) in StGH 2002/17 del 16/09/2002, LES 2005, 128; OGH in 3 C.388/96-25 del 03/05/2000, LES 2000, 192, 196.

¹³ Corte costituzionale del Principato del Liechtenstein in StGH 2002/17 del 16/09/2002, LES 2005, 128.

¹⁴ OGH in 2 C.45/85-40 del 30/09/1986, 116, LES 1988, 108, 117 e segg.; OGH in 3 C.388/96-25 del 03/05/2000, LES 2000, 192, 196; Corte costituzionale del Principato del Liechtenstein in StGH 2002/17 del 16/09/2002, LES 2005, 128.

¹⁵ Corte costituzionale del Principato del Liechtenstein in StGH 1997/26 del 02/04/1998, LES 1999, 7, 11.

7. In ogni caso, tuttavia, la sola sussistenza della garanzia di diritti d'intervento non basta di per sé a giustificare l'azione di regresso: è invece effettivamente necessaria anche la coesistenza dell'intenzione abusiva descritta. La mancanza di questa componente soggettiva farebbe, infatti, semplicemente già risultare giuridicamente inesistente in nuce la forma – in linea di principio ammessa dal vigente ordinamento del Principato del Liechtenstein – dell'organizzazione associativa secondo una logica di «organo di fatto», stante l'assenza di concreti indizi di foggia abusiva. Alla luce del principio di proporzionalità, l'azione di regresso – e con essa la negazione della esistenza giuridica della fondazione – può in ogni caso trovare tuttavia unicamente applicazione soltanto quale ultima ratio e con grande discrezione.¹⁶

8. Qualora i creditori intendano procedere all'azione di regresso, secondo la giurisprudenza vigente devono oltre a ciò sussistere anche le due seguenti condizioni:

(iii) Ulteriore requisito in caso di esercizio dell'azione da parte dei creditori: rischio di perdita della rivendicazione

9. Senza l'esercizio di un'azione di regresso nei confronti del soggetto mandante della fondazione, il creditore della fondazione è esposto al grave rischio di incorrere nella integrale perdita delle rivendicazioni che esso vanta verso la fondazione. Qualora l'azione di responsabilità per regresso non possa essere esercitata (per es., in caso di inconsistenza patrimoniale della fondazione), è probabile che le pretese vantate dal creditore nei confronti della fondazione portino nel nulla. A tale proposito la OGH del Principato argomenta, che è imperativo esigere un ulteriore presupposto, affinché un soggetto creditore di una società possa fare valere nei confronti di un organo societario una pretesa per la quale sarebbe, in linea di principio, direttamente responsabile soltanto la società medesima. Tale presupposto prevede che il creditore esercitante l'azione – in qualità di danneggiato in via esclusivamente indiretta – debba essere esposto al grave rischio di incorrere nella perdita del fondo di garanzia per la realizzazione delle rivendicazioni che esso vanta verso la persona giuridica. Nel caso e nella misura in cui si rilevi l'insussistenza di tale rischio, il principio della buona fede oggettiva osterebbe alla ricerca della soddisfazione delle proprie pretese non già presso la propria controparte, bensì presso un soggetto terzo, più segnatamente individuabile in un organo della controparte.¹⁷

¹⁶ Corte costituzionale del Principato del Liechtenstein in StGH 2002/17 del 16/09/2002, LES 2005, 128.

¹⁷ OGH in 2 C.45/85-40 del 30/09/1986, 116, LES 1988, 108, 119, 123.

(iv) Ulteriore requisito in caso di esercizio dell'azione da parte dei creditori: principio della buona fede

10. Per i creditori sussiste infine l'ulteriore requisito della buona fede da parte di essi medesimi (per es., essi non devono avere avuto nozione della finalità illecita da parte dell'organo di fatto). Il creditore medesimo non deve avere violato il precetto di reciproco rispetto derivante dal principio della buona fede.¹⁸ A tale proposito la OGH del Principato argomenta infatti che il dettame dell'azione secondo il principio della buona fede si rivolge parimenti a entrambe le parti che – in un dato momento – vengano a trovarsi in opposizione reciproca per effetto di interessi contrastanti. Pertanto, sia la parte che esercita un diritto, sia qualsiasi altra controparte che è tenuta all'ottemperanza di un dovere devono mantenere la condotta richiesta dalla reciproca fiducia tra soggetti in buona fede in base al principio del buon costume. Il dettame dell'azione secondo il principio della buona fede implica quindi per entrambe le parti in particolare la conformità al requisito del reciproco rispetto.¹⁹
11. In caso di un esercizio dell'azione di responsabilità per regresso da parte dei creditori, la giustificazione di tale azione è subordinata alla sussistenza di tutti questi quattro presupposti. Qualora sia stata costituita una fondazione con contratto di mandato, il primo requisito – la presenza di un organo di fatto – risulta nella maggior parte dei casi facilmente comprovabile. Ciò si può – analogamente – altresì dire per il rischio di perdita della rivendicazione e per il principio della buona fede. Sovente si incontrano invece difficoltà nella attestazione dell'esistenza dell'intenzione abusiva da parte del fondatore materiale. Prove fondate a tale riguardo sono infatti raramente riscontrabili: questo aspetto rappresenta spesso la causa di fallimento della promozione dell'azione di regresso in virtù di un abuso della persona giuridica.

C) Opzione 2: Regresso ai sensi dell'art. 223, comma 1 della Legge del Principato del Liechtenstein in materia di diritto delle persone e delle società (PGR)

12. L'art. 223, comma 1 della PGR offre ai creditori una ulteriore opzione per l'azione nei confronti dell'organo di fatto di una persona giuridica. L'articolo normativo recita: «Qualora si sostanzi un danno per i creditori della società, a questi è fatta facoltà – nel caso in cui la società non vanti pretese – di richiedere la ripetizione diretta del danno loro recato» (corsivo a cura dell'autore). L'art. 223, comma 1 della PGR

costituisce una delle disposizioni che disciplinano la rivendicazione degli organi societari e delle associazioni di persone a essi equiparate (come per es. le fondazioni). L'escussione a norma dell'art. 223, comma 1 della PGR si prefigge di tutelare i creditori nei confronti degli organi societari.²⁰

13. Anche in questo caso, alla stregua di organi non sono considerati unicamente gli organi previsti dallo statuto, bensì anche altri e diversi soggetti in virtù della loro posizione materialmente dominante (i c.d. mandanti od organi di fatto).²¹ Ciò rende palese l'assunzione della qualità funzionale dell'organo e non già la sua qualità formale. Quale organo di un'associazione di persone non è considerato unicamente l'organo legale previsto dallo statuto, bensì anche il soggetto che esplica soltanto de facto funzioni direttive per l'associazione di persone.²²
14. Ai fini della effettiva applicabilità dell'art. 223, comma 1 della PGR, secondo la lettera della medesima norma legislativa («... nel caso in cui la società non vanti pretese ...») deve sostanzarsi la fattispecie per cui la società non possa né debba vantare pretese nei confronti del proprio organo (altresì di fatto). La effettiva sussistenza di una pretesa va tuttavia ricercata in primo luogo in dipendenza del disposto di cui all'art. 218, comma 1 della PGR:
15. Tale comma dispone infatti che la responsabilità degli organi sociali dotati di personalità giuridica e delle associazioni di persone a essi equiparate (come per es. le fondazioni) per i danni da essi arrecati nei confronti dell'associazione è data qualora essi abbiano dolosamente o colposamente cagionato tale danno. Ai fini di un positivo esercizio dell'azione rivendicataria della società nei confronti dei propri organi, ai sensi dell'art. 218, comma 1 della PGR è pertanto necessario che la società abbia – da un lato – subito un danno e – dall'altro – che in ciò sia assodata almeno la condotta colposa degli organi.
16. Oltre alla sussistenza del danno e della colpa è tuttavia richiesta la presenza dell'ulteriore requisito del diritto al risarcimento del danno per effetto di un adeguato nesso causale esistente tra il danno e la colpevole condotta degli organi.²³ Soltanto in tale caso alla società è garantito l'esercizio della rivendicazione nei confronti dei propri organi ai sensi del disposto di cui all'art. 218, comma 1 della PGR. In mancanza

¹⁸ OGH in 2 C.45/85-40 del 30/09/1986, 116, LES 1988, 108, 121; OGH in 1 C.36/86-71 del 15/10/1990, LES 1991, 143, 159 e segg.

¹⁹ OGH in 1 C.36/86-71 del 15/10/1990, LES 1991, 143, 159.

²⁰ OGH in 7 C.333/87-29 del 12/03/1990, LES 1990, 147; OGH in 1 C.7/75-127 del 27/05/1986, LES 1988, 60, 64; OGH in 2 C.45/85-40 del 30/09/1986, 116, LES 1988, 108, 116 e segg.

²¹ OGH in 2 C.355/83-68 del 16/02/1987, LES 1988, 147.

²² OGH in 1 CG.2000.293-39 del 25/07/2002, LES 2003, 128.

²³ OGH in 2 C.355/83-68 del 16/02/1987, LES 1988, 147.

di tali requisiti per la società non si sostanzierà pertanto alcuna rivendicabilità nei confronti dei propri organi a norma dell'art. 218, comma 1 della PGR, con la conseguente applicabilità dell'art. 223, comma 1 della PGR. Si pensi a tale proposito – a titolo di esempio l'ostruzione della procedura di fallimento da parte degli organi. Mediante tale condotta la società stessa solitamente non subisce alcun pregiudizio e non potrà, pertanto, avere alcuna pretesa nei confronti dei propri organi. Ciò nonostante viene in ogni caso a crearsi un danno per i creditori della società.²⁴

17. Qualora, quindi, alla società o all'associazione di persone non sia garantita alcuna azione rivendicatoria nei confronti dei propri organi (altresi di fatto) e da questi ultimi sia stato arrecato tuttavia un danno ai creditori (come nella fattispecie del c.d. ostruzione della procedura di fallimento), ai creditori è concessa la facoltà di avvalersi del disposto di cui all'art. 223, comma 1 della PGR è invocare la responsabilità diretta dell'organo. L'art. 223, comma 1 della PGR garantisce ai creditori di un'associazione di persone il diritto alla rivalsa diretta sugli organi per il danno patito. Il vantaggio rispetto all'azione di regresso per abuso della persona giuridica consiste nel fatto che non è necessaria alcuna sussistenza o presenza dell'intenzione abusiva sia essa di natura soggettiva od oggettiva. Analogamente, in tal caso non costituisce requisito per la chiamata in responsabilità degli organi nemmeno la coesistenza di un rischio di perdita della rivendicazione. Per i creditori è tuttavia prevista l'esistenza di un danno cagionato dagli organi.

D) Opzione 3: Regresso ai sensi dell'interpretazione estesa dell'art. 223, comma 1 della Legge del Principato del Liechtenstein in materia di diritto delle persone e delle società (PGR)

18. L'esercizio di questa modalità del regresso è data altresì dal disposto di cui all'art. 223, comma 1 della PGR, il quale – come già precedentemente illustrato – garantisce in linea di principio l'ammissibilità dell'azione di regresso nei confronti degli organi soltanto nel caso in cui questi ultimi abbiano arrecato un danno diretto ai creditori senza peraltro avere danneggiato la società. La giurisprudenza del Principato del Liechtenstein riconosce tuttavia anche la necessità di garantire l'azione rivendicatoria ai creditori qualora la società o l'associazione di persone a essa equiparata – pur detenendo, in linea di principio, il diritto all'azione rivendicatoria nei confronti di un proprio organo (altresi di fatto) – ometta di curarsene. In tali casi ai creditori non spetterebbe

infatti – in virtù del danno soltanto indiretto loro recato dall'organo (altresi di fatto) – alcun diritto alla rivalsa diretta su tale organo per il danno patito. Per tutelare i creditori la giurisprudenza del Principato del Liechtenstein garantisce in questi casi a chi vanta un credito nei confronti di un organo (altresi di fatto) l'azione in virtù dell'applicazione estesa dal disposto di cui all'art. 223, comma 1 della PGR:²⁵

19. A tale scopo il presupposto è dato dal fatto che alla società spetti in via immediata un diritto alla rivalsa sull'organo (altresi di fatto) a norma del disposto di cui all'art. 218 della PGR. Oltre a ciò che dipende se l'associazione di persone, a cui è stato cagionato il danno, faccia uso del diritto all'azione rivendicatoria direttamente spettante alla medesima. Nei casi in cui l'associazione di persone, che abbia subito un danno per effetto di una colposa inosservanza degli oneri, ometta quindi in via inerziale di procedere all'esercizio dell'azione rivendicatoria a essa spettante nei confronti dell'organo (altresi di fatto), rinunci alla pretesa espressamente oppure per comportamento concludente o implicito ossia venga a decadere il suo diritto all'esercizio della rivalsa, la giurisprudenza del Principato del Liechtenstein prevede per i creditori l'attribuzione della legittimazione attiva di tali pretese sulla base di una interpretazione estesa ovvero sia dell'applicazione analoga dell'art. 223, comma 1 della PGR.²⁶ In tal modo, il diritto all'azione non attinto viene trasferito – in ordine sussidiario – ai creditori.
20. Questo diritto all'azione non è soltanto limitato ai casi in cui si sostanzia il danno doloso, ma è altresì dato – come previsto dall'art. 218 della PGR – anche in presenza di colpa.²⁷ Inoltre, per un positivo esercizio di tale azione si rivela – ovviamente – necessaria la sussistenza degli altri requisiti previsti del diritto al risarcimento del danno (danno, causalità, illiceità e colpevolezza).
21. Da un punto di vista dogmatico questo trasferimento della legittimazione attiva rappresenta una surrogazione legale: secondo i principi dei diritti di cessione, al debitore – in questo caso organo (altresi di fatto) – permangono anche nei confronti del nuovo creditore (nella fattispecie il creditore dell'associazione di persone in quanto cessionario) tutte le eccezioni di cui egli disponeva nei confronti del vecchio creditore (qui l'associazione di persone).²⁸

²⁴ OGH in 10 CG.2001.406-48 del 06/05/2004, LES 2005, 310; OGH in 4C.240/76-27 del 10/01/1979, LES 1981, 129.

²⁵ OGH in 2 C.45/85-40 del 30/09/1986, LES 1988, 108, 116; OGH in 1C.7/75-127 del 27/05/1986, LES 1988, 60; OGH in 7 C.333/87-29 del 12/03/1990, LES 1990, 147; OGH in 3 C.69-96-88 del 10/01/2001, LES 2001, 41.

²⁶ Vedasi il passaggio indicato.

²⁷ OGH in 4 C.240/76-27 del 10/01/1979, LES 1981, 129.

²⁸ OGH in 7 C.333/87-29 del 12/03/1990, LES 1990, 147.

22. Un ulteriore presupposto per l'applicazione estesa dell'art. 223, comma 1 della PGR è costituito dalla buona fede del creditore. Qualora, infatti, al creditore possa essere imputata una condotta avversa alla buona fede, questi perderà la tutela garantita dalla giurisprudenza in base alle deduzioni di analogia e alle interpretazioni estese della norma.²⁹
23. Ai fini dell'esercizio dell'azione immediatamente spettante alla società da parte del creditore nei confronti dell'organo è inoltre richiesta la sussistenza di un ulteriore requisito oggettivo: per il creditore esercitante l'azione – in qualità di danneggiato in via esclusivamente indiretta – deve esistere, a causa dell'inadempimento della persona giuridica a cui attiene il diritto immediato al ricorso, il grave rischio di incorrere nella perdita del fondo di garanzia per la realizzazione delle rivendicazioni che esso vanta verso la persona giuridica. Nel caso e nella misura in cui si rilevi l'insussistenza di tale rischio, il principio della buona fede oggettiva osta alla ricerca della soddisfazione delle proprie pretese non già presso la propria controparte, bensì presso un soggetto terzo, più segnatamente individuabile in un organo della controparte.³⁰
24. In sintesi, in base a questa interpretazione estesa dell'art. 223, comma 1 della PGR, ai creditori è concessa la facoltà – nella misura in cui essi risultino in buona fede ed esposti al grave rischio di incorrere nella perdita della propria rivendicazione nel caso in cui l'associazione di persone non faccia valere la propria pretesa sussistente nei confronti del proprio organo – di rivalersi direttamente in quanto soggetto danneggiato indiretto sull'organo (altresì di fatto).
25. Rispetto alla responsabilità per regresso in virtù di abuso, la maggiore divergenza è costituita dalla non necessaria attestazione della condizione abusiva sia essa di natura soggettiva od oggettiva. A fronte di ciò, l'opportunità di agire per la responsabilità testé illustrata e garantita dalla interpretazione estesa dell'art. 223, comma 1 della PGR si limita – a differenza della responsabilità per regresso in virtù di abuso – soltanto all'azione rivendicatoria.³¹
- E) Opzione 4: Ottenimento da parte dei creditori di una sentenza nei confronti della società nonché del conseguente pignoramento delle pretese spettanti alla società verso il proprio organo***
26. In alternativa all'opportunità appena illustrata riguardante la surrogazione legale in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 223, comma 1 della PGR, sussiste anche la seguente possibilità: qualora l'azione rivendicatoria giudizialmente esercitata dal creditore nei confronti della società sia andata a buon fine, il risarcimento potrà essere escusso sul patrimonio sociale. Se il patrimonio della società risulta inconsistente, ma vi siano da parte della medesima rivendicazioni di natura patrimoniale nei confronti dell'organo (altresì di fatto), al creditore è fatta facoltà di rivalersi in sede esecutiva anche su tali rivendicazioni in quanto beni patrimoniali. Il creditore potrà, quindi, fare valere le pignorate pretese anche nei confronti dell'organo (altresì di fatto). Le pretese del creditore potranno pertanto essere soddisfatte con il ricavato del credito. A tale proposito non è necessaria la sussistenza di alcuna condizione abusiva di natura soggettiva. Analogamente, non è richiesta né una esposizione al grave rischio di perdita né la presunzione della buona fede.

²⁹ OGH in 2 C.45/85-40 del 30/09/1986, LES 1988, 108.

³⁰ OGH in 2 C.45/85-40 del 30/09/1986, LES 1988, 108.

³¹ OGH in 2 C.45/85-40 del 30/09/1986, LES 1988, 108, 116 e segg.