

Commento a *Le società a responsabilità limitata e le sfide del mercato*

GIORGIO CASSINARI – VALERIA COSTANTINO – MARINA FEDERICO

La crisi economica e finanziaria, i cui effetti ancora si ripercuotono su un mercato sempre più integrato e globalizzato, pone i legislatori nazionali davanti alla sfida ineludibile di aiutare i propri Paesi a fronteggiarla. Sul fronte del diritto societario, questa sfida ha assunto la forma di una competizione tra ordinamenti, nella quale risulta vittorioso chi riesce ad attrarre il maggior numero di imprese sul proprio territorio. In questo senso, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nelle sentenze *Centros* e *Überseering*, ha cercato di dare concretezza al principio della libertà di stabilimento affermato nei Trattati, nella convinzione che l'innescò di questo tipo di competizione possa generare una virtuosa *race to the top*. Uno dei risultati di questo fenomeno è stato il ricorso da parte degli imprenditori a tipi societari diversi dal modello azionario e caratterizzati da un alto grado di flessibilità, inducendo i legislatori nazionali a scommettere specialmente sul prototipo della s.r.l. (o dei suoi omologhi) e su alcune sue specifiche caratteristiche per concorrere sul mercato.

È naturale che alla destrutturazione del tipo societario consegua più che mai una rinnovata fiducia nello strumento civilistico del contratto. Il diritto civile "dell'atto" ed il diritto commerciale "dell'attività" si incontrano, divenendo l'uno strumento dell'altro. L'assunto che la società è un sistema di relazioni sociali e contrattuali consente di conferire duttilità al diritto commerciale: si afferma la convinzione che l'insieme dei rapporti tra imprese non sia altro che un sistema di accordi contrattuali. Sulla scia dell'ordinamento statunitense, sembra questo il modo per sviluppare anche in Europa un modello di diritto commerciale che possa adeguarsi più efficacemente alle esigenze di mercato.

Come evidenziato dall'Autrice, si è concretizzata l'esigenza di una progressiva riduzione dei costi di costituzione della società, accompagnata da un ridimensionamento del controllo pubblico operato in tale fase. La possibilità di costituire società *online* e la predisposizione di modelli standardizzati di statuto, unite alla facoltà di evitare il passaggio notarile, si traducono in una strategia di contenimento dei costi. Se da un lato ciò non consente alle parti di delineare un assetto societario "personalizzato",

conforme ai propri interessi, dall'altro ciò costituisce il prezzo necessario da pagare per ovviare al naturale problema della imperfetta informazione del pubblico.

Con riferimento alla fase genetica della società, il dibattito si è incentrato sull'"atomizzazione" del capitale sociale e sulla sopravvivenza delle sue tradizionali funzioni. La funzione di garanzia sembra ormai entrata in crisi, mentre, secondo un altro orientamento, essa continua a costituire un criterio di affidabilità sul mercato. Se i primi dubitano della reale utilità del capitale sociale, laddove è il patrimonio sociale conquistato dalla società nel corso della sua attività sul mercato ad essere segnale di effettiva affidabilità, i secondi sostengono che l'istituto sia tuttora degno di considerazione, purché intervenga un ripensamento dell'intera disciplina, in particolare per quanto concerne il settore della ricerca di metodi alternativi di patrimonializzazione.

Inoltre, analizzando la fase di vita della società, sembra che la sua regolamentazione venga drammaticamente tralasciata dalle recenti riforme legislative. Se è vero che la solidità di un'impresa sociale dipende dal suo patrimonio e da come essa si muove all'interno del mercato, è innegabile che il successo sia legato alle abilità di gestione nel lungo periodo. La scarsa attenzione su questo aspetto è testimoniata dalla mancanza, nelle nuove riforme di diritto nazionale, così come a livello europeo, di una puntuale regolamentazione in tema di *governance*: significativo, in tal senso, è stato il fallimento del progetto della Quinta Direttiva, che mirava ad armonizzare le diverse legislazioni imponendo il modello dualistico tedesco.

La valutazione di questi fattori di competizione evidenzia come a minori costi economici possano corrispondere più elevati costi sociali: se i nuovi assetti societari vedono un sostanziale abbassamento delle barriere all'ingresso per consentire un maggiore accesso al mondo imprenditoriale (soprattutto nel caso delle cosiddette *start-up* "innovative"), è dubbio che "la mitologia del garage di Steve Jobs" possa effettivamente offrire un modello socialmente sostenibile. Il rischio che società dotate di un capitale "irrisorio", costituite con un diverso sistema di controllo pubblico, e molte volte prive di un adeguato assetto gestionale possano fallire, lasciando dietro sé un'ingente quantità di debiti, è elevato: la minaccia di una diminuzione delle tutele per i creditori sociali sembra costituire l'altra faccia della medaglia in tema di concorrenza tra ordinamenti. Sorgono quindi dubbi e perplessità sulle scelte legislative che, nel tentativo di rilanciare l'economia incentivando la nascita di nuove società, predispongono schemi giuridici caratterizzati da una forte – e a tratti pericolosa – propensione al rischio.

Si assiste pertanto all'eterno ritorno di una delle più dibattute questioni in ambito socioeconomico: il potere legislativo è in grado di precedere e guidare l'economia o è irrimediabilmente sottoposto alle sue oscillazioni ed esigenze? È utopistico pensare che possa essere il diritto, e non soltanto la legge del mercato, lo strumento in grado di favorire una risoluzione della crisi?

Commento a Sex offenders, *accesso alla rete e diritto di Internet*

ELISA COFINI – GIACOMO FRANZOSO

L'articolo del prof. Lugaresi, nel commentare la decisione sul caso Packingam ad opera della Corte Suprema degli Stati Uniti, stimola una serie di riflessioni che, prendendo le mosse dalla dicotomia reale-virtuale, portano ad analizzare tematiche trasversali, non confinate nell'ambito del – relativamente nuovo – settore dell'*ICT law*, ma che rivelano legami importanti con il diritto costituzionale e con i fondamenti filosofici del diritto penale.

Nel novero di questi spunti di riflessione, uno ha in particolare attirato l'attenzione degli scriventi: l'utilizzo del parametro di proporzionalità per ottenere un bilanciamento tra legittimi interessi dello Stato e compressione della libertà di espressione.

Nei paesi di *civil law*, il cosiddetto test di proporzionalità costituisce innegabilmente il sistema di *judicial review* più diffuso, in quanto le corti costituzionali ne fanno ormai un uso abituale, al fine di valutare la costituzionalità delle leggi. Tale valutazione richiede che le intrusioni governative sulle libertà individuali siano giustificate e che ogni limite alle stesse rifletta la serietà dell'offesa ad un altro bene costituzionalmente ritenuto meritevole di tutela. La proporzionalità si è rivelata uno strumento giuridico formidabile, dotato di grande flessibilità, e soprattutto una cornice metodologica in grado di superare molte delle difficoltà che la revisione costituzionale normalmente presenta. Infatti, un vantaggio del test di proporzionalità è la sua intrinseca potenzialità di avvicinare il diritto costituzionale alla giustizia costituzionale, identificando i limiti del processo legislativo democratico garantendone uno scrutinio giudiziale. Tuttavia, i sistemi decentralizzati (come quello statunitense) si sono a lungo dimostrati restii a far uso degli *standard* offerti dall'applicazione di tale principio, rimanendo legati al diverso sistema della *categorization*, tecnica che prevede l'individuazione dei soli limiti interni ai diritti costituzionali, prescindendo da quelli esterni. Pertanto, nel dibattito statunitense, la discussione in materia di diritti fondamentali viene a vertere inevitabilmente sul cuore degli stessi, tendendo a tralasciare invece le

motivazioni della legge sottoposta a revisione. Questo aspetto limitante del *reasoning* costituzionale tipico del sistema americano ha suscitato diverse critiche, accolte dalle corti stesse nei primi del Novecento con l'introduzione di una tecnica correttiva nella *categorization*: il *balancing*, che afferma la necessità di tenere conto anche dei motivi che hanno portato l'organo legislativo a limitare il diritto costituzionalmente garantito. Dal punto di vista teorico, *balancing* e *proportionality* sono due approcci completamente differenti, che promanano da presupposti diversi e seguono percorsi dissimili tra loro. Nella prassi, però, le divergenze tra i due, specialmente negli ultimi anni, sono andate via via assottigliandosi.

Coerentemente con la dottrina a stelle e strisce tradizionalmente dominante, nel caso *Packingham* la Corte Suprema non si spinge sino ad abbracciare il parametro di *proportionality* facendone un esplicito uso, ma, come traspare anche dall'articolo di commento in oggetto, i giudici utilizzano ampiamente gli *standard* tradizionalmente afferenti ad esso. Infatti, nel caso di specie, sebbene la discussione giudiziale rimanga per larga parte incentrata sul diritto al *free speech*, vi sono svariati passaggi, tanto nell'opinione della maggioranza quanto nella *concurring opinion*, in cui viene lasciato ampio spazio a considerazioni in merito alla legittimità dell'obiettivo perseguito, nonché al triplice carattere di razionalità, adeguatezza e necessità della legge della Carolina del Nord. La sentenza sottolinea più volte come la *ratio* della legislazione in esame (la protezione dei minori) sia assolutamente degna di tutela, ma, d'altro canto, i giudici non riscontrano un collegamento razionale tra l'obiettivo perseguito ed i mezzi utilizzati, né ritengono che questi siano adatti a raggiungere lo scopo. Infatti, assai dubbia pare la necessità di una misura così fortemente restrittiva, poiché, come suggerisce la stessa Corte, sarebbe stato possibile individuare criteri più precisi e specifici per evitare l'incostituzionalità della legge. Tutti questi argomenti sono tipici sul terreno della proporzionalità e, solo di recente, si sono sviluppati anche in seno al *balancing*. In altri casi, specialmente in pronunce riguardanti l'Ottavo Emendamento (*ex multis*, *Weems v. United States*, *United States v. Bajakajian*, *Jackson v. Bishop*, *Harmelin v. Michigan* ed il *leading case* in materia di danni punitivi *BMW of North America, Inc. v. Gore*), la Corte Suprema aveva già mostrato di padroneggiare con scioltezza questi strumenti, che qui sono presentati sotto una luce nuova e sorprendente, soprattutto in considerazione del contesto giuridico di riferimento.

L'aspetto più interessante e rivoluzionario è proprio l'importanza concettuale data a questi elementi. Essi sono ritenuti per la prima volta degni di autonoma considerazione, dato che finora essi era stati utilizzati solo

in relazione ad un altro diritto fondamentale (come quello al voto in *Burson v. Freeman*); in *Packingham*, al contrario, sembrano assumere dignità propria, tanto da meritare una trattazione separata, sebbene secondaria, rispetto a quella riguardante la violazione del Primo Emendamento.

Sarebbe forse presuntuoso ed imprudente affermare che ciò sia indiziario di una sorta di "trasfusione" di standard dal sistema centralizzato a quello decentralizzato di *judicial review*. Ci sembra però opportuno far rientrare questo caso tra quelli che sostengono la tesi della progressiva convergenza tra *proportionality* e *balancing* (già sostenuta da autori come Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, in lavori come *American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins*), la quale pare promanare dall'esigenza di una legittimazione e dalla ricerca di una certezza che la proporzionalità ormai da tempo sa dare, e che invece il *balancing* ha sempre faticato a trovare.

Potremmo, infine, spingerci a suggerire che i tempi per questa evoluzione della giurisprudenza statunitense siano maturati proprio grazie ai temi attuali e dinamici con i quali essa si trova a dialogare, come quello del diritto di Internet (il quale, potremmo provocatoriamente suggerire, si sta evolvendo fino ad assumere i contorni di un nuovo diritto ad Internet), che sono per loro natura intrinsecamente sovranazionali e, forse proprio per questo, spingono le corti ad adottare un approccio che trascende i confini.