

ANDREA MANNINO

**L'ABUSO DELLA RESPONSABILITÀ
LIMITATA
E LA TUTELA DEL LAVORATORE.**

INDICE

I. Premessa

LE RAGIONI DELLA RICERCA

I.I. Il fondamento del problema.....	6
I.II. Le finalità della ricerca.....	7
I.III. Gli aspetti problematici del problema alla luce delle finalità dello studio.....	9
I.IV. La delimitazione del campo di indagine.....	11
I.V. Schema di sviluppo del lavoro.....	13

II. Capitolo I

LA PERSONA GIURIDICA

II.I. Premessa.....	16
II.II. L'evoluzione storica del concetto di 'persona giuridica'	
II.II.I. Dalla tradizione romanistica al trecento.....	18
II.II.II. Dal giusnaturalismo alla pandettistica.....	21
II.II.III. La nascita della "persona giuridica" nel pensiero di von Savigny.....	24
II.II.IV. Il 'dopo Savigny': il pensiero di Windscheid ricostruito dal Barillari.....	28
II.II.V. Dopo la teoria finzionista.....	30
II.II.VI. Brinz e la tesi del patrimonio destinato ad uno scopo.....	30
II.II.VII. Dernburg e la tesi della rappresentazione.....	32
II.II.VIII. La concezione organica.....	33
II.II.IX. Gli sviluppi della teoria organica.....	36
II.III. La modulazione soggettiva	
II.III.I. La portata e gli effetti del processo di modulazione soggettiva.....	38
II.III.II. La persona giuridica nel codice civile del 1942.....	45

III. Capitolo II

LA REPRESSIONE DELLA FATTISPECIE DANNOSA E LE TECNICHE DI TUTELA

III.I. Le tecniche di repressione

III.I.I. Dalle teorie sulla persona giuridica all'elaborazione delle prime teorie di repressione: le dottrine negatrici.....55

III.I.II. L'applicazione delle teorie negatrici: la teoria della disapplicazione delle norme quale tecnica di repressione dell'abuso..... 68

III.I.III. L'art. 2362 cod. civ. come norma di carattere generale, la tecnica di disapplicazione di norme e il principio di relatività della responsabilità limitata..... 76

III.II. La teoria bigiaviana classica..... 90

III.III. Applicazione cogente del modello organizzativo coerente e tutela del lavoratore..... 96

III.IV. Imputazione e propagazione della responsabilità (aquiliana) ai soci

III.IV.I. Struttura della fattispecie dannosa e presupposti dell'estensione della responsabilità ai soci..... 104

III.IV.II La responsabilità (aquiliana) per mala gestio dei soci "cogestori" di s.r.l. nella riforma del diritto societario.....106

III.IV.III. La responsabilità dei soci di s.r.l. nei confronti dei terzi.....123

III.IV.IV. (*segue*) Approvazione di una delibera assembleare a contenuto lesivo..... 124

III.IV.V. (*segue*) Inizio o prosecuzione di un'impresa sociale sottocapitalizzata.....129

III.V. Le potenzialità applicative delle teorie di repressione dell'illecito

III.V.I. L'abuso del patrimonio sociale o della posizione di socio.....	133
III.V.II. I versamenti fuori capitale.....	135
III.V.III. Inadeguatezza della capitalizzazione.....	137

IV. Capitolo III

LA DOTTRINA DEL “LEVANTAMIENTO DEL VELO” NELL’ORDINAMENTO SPAGNOLO.

IV.I. Premessa.....	147
IV.II. La dottrina spagnola	
IV.II.I Panoramica.....	149
IV.III. Il levantamiento del velo nella giurisprudenza spagnola	
IV.III.I. Dalla “doctrina de tercero” al “levantamiento del velo”.....	151
IV.III.II. La formulazione della dottrina: la sentenza del 28 maggio 1984.....	157
IV.IV. Il fondamento del levantamiento del velo	
IV.IV.I. Il conflitto tra valore della giustizia e il principio di sicurezza giuridica.....	163
IV.IV.II. Il concetto e la funzione dell’equità.....	171
IV.IV.III. La frode alla legge come fondamento della dottrina del levantamiento del velo.....	175
IV.IV.IV. La violazione del principio di buona fede come fonamento della dottrina del levantamiento del velo.....	183
IV.IV.V. L’abuso del diritto come fondamento della dottrina del levantamiento del velo.....	188
IV.V. Critiche dottrinali al levantamiento del velo.....	198

V. Capitolo IV

**L'ABUSO DELLA RESPONSABILITÀ LIMITATA E LA TUTELA
DEL LAVORATORE. ASPETTI PROCESSUALISTICI.**

V.I. Premessa..... 204

V.II. Istanze lavoristiche meritevoli di tutela.....206

V.III. Aspetti processualistici. Cenni..... 214

I. Premessa

LE RAGIONI E I CONTENUTI DELLA RICERCA

I.I. Il fondamento del problema – I.II. Le finalità della ricerca – I.III. Gli aspetti problematici del problema alla luce delle finalità dello studio le ragioni e l'oggetto della ricerca - I.IV. La delimitazione del campo di indagine – I.V. Schema di sviluppo del lavoro.

I.I. IL FONDAMENTO DEL PROBLEMA

I gruppi di risorse umane e materiali coordinate e organizzate rappresentano il modulo fondamentale dello sviluppo del tessuto economico e produttivo odierno.

L'attività socio-economica da essi dispiegata, che normalmente assume quale finalità il perseguimento di interessi di natura privata, collettiva e/o pubblica, è regolata dalla confluenza di norme di matrice legislativa, nonché di matrice ordinamentale interna, laddove ve ne siano i presupposti e nell'ambito delle competenze definite dalla fonte primaria allo stesso potere di regolazione endo-organizzativo.

Il dedalo regolamentare che presiede il dispiegarsi della vita dell'organizzazione collettiva così risultante e il carattere sovra-individuale degli interessi dalla stessa perseguiti origina singolari problemi legati alla alterità soggettiva che si pretende accordare all'organizzazione costituita rispetto agli agenti umani che l'hanno originata e che consegue normalmente dal momento della sua stessa costituzione (v. infra § II.III).

L'aggregazione di risorse umane e materiali convogliata nell'ente non solo tende a schermare la responsabilità dei soggetti investiti della cura dell'interesse del gruppo e determinanti la sua condotta ma si presta altresì facilmente ad

un abuso con esiti plurioffensivi: la dimensione ‘collettiva’ e ‘organizzata’ dell’azione umana non solo moltiplica le occasioni di danno e rende più complessa la strutturazione delle fattispecie d’illecito; essa, soprattutto, mina il fondamento individualistico del binomio libertà-responsabilità ed esige un articolato regime di imputazione delle conseguenze sanzionatorie.

Inoltre, in tutti i campi in cui si manifesta, l’azione collettiva va organizzandosi secondo formule di crescente complessità.

Il processo evolutivo si svolge in una duplice direzione: per un verso, l’azione esterna dell’ente viene in concreto sviluppata da una pluralità di centri di competenza, variamente coordinati, tra i quali, in maniera sempre più capillare, si distribuisce il potere decisionale e rappresentativo; per altro verso, essa risulta spesso influenzata dal collegamento con altre formazioni collettive, operanti nel quadro di disegni organizzatori più ampi e variamente articolati.

Tradizionalmente l’analisi delle distorsioni sopra citate è stata affrontata in termini di responsabilità dell’ente collettivo, dimentica del fatto che ogni illecito riferibile all’ente ha un’ascendenza eziologica nella condotta commissiva o omissiva di uno o più agenti umani.

I.II. LE FINALITÀ DELLA RICERCA.

È tale ultima considerazione – inopinabile a parere di chi scrive – che costituisce la fonte motivazionale di questa ricerca, volta ad individuare eziologicamente i profili di responsabilità dei soggetti che, orbitando nell’organizzazione collettiva e determinandone l’attività e gli assetti di sviluppo, spesso profittano della (pretesa) alterità soggettiva dell’ente collettivo per il perseguimento di finalità estranee a quelle fondanti l’azione collettiva ma in forza della quale gli stessi

agenti economici godono per legge del beneficio di limitare il rischio di impresa solamente a quanto conferito nella specifica attività economica.

Le finalità perseguite dal presente studio sono quindi molteplici; sorgono dal terreno dell'esperienza pratica e ambiscono velleitariamente più in generale alla regolazione dell'azione economico-collettiva dei moduli fondamentali dell'economia moderna.

In tale prospettiva, una prima finalità è rappresentata dall'esigenza (assai sentita nella prassi) di rimediare all'incapienza del fondo comune qualora questo rappresenti l'unico elemento di garanzia per tutti i soggetti lesi dalle condotte illecite¹ degli agenti dell'ente collettivo (sebbene non vi sia dubbio che, almeno in alcuni casi, la garanzia offerta dal patrimonio del gruppo scoraggi la ricerca delle colpe personali da parte della vittima del pregiudizio²).

¹ In questa sede, si badi, il termine illecito viene utilizzato in senso generale e atecnico, stando a indicare ogni condotta commissiva o omissiva compiuta al di fuori di dati confini di legittimità e idonea ad arrecare a terzi soggetti (interni o esterni all'organizzazione collettiva) un danno di natura patrimoniale o non patrimoniale.

² Beninteso, la spinta alla riemersione della responsabilità personale dei soci (soci, amministratori) che compongono la società di capitali non si riscontra solo in relazione a situazioni di crisi dell'organismo collettivo. È noto, ad esempio, che i creditori economicamente più forti hanno la possibilità di esigere, ed esigono, grazie dirette da parte di amministratori e soci di società di capitali il cui patrimonio non ritengano sufficiente a tutelare le loro ragioni di credito, recuperando così, sul piano contrattuale e diretto, quella responsabilità personale esclusa dalla struttura del loro debitore. Ma è chiaro che è soprattutto nel caso di dissesto della società – in cui più nitidamente trovano spazio ed alimento esigenze “equitative” di rimediare agli usi distorti del principio della limitazione del rischio e della responsabilità e preme, d'altra parte, la necessità di assicurare ai creditori, nella loro globalità, il massimo possibile di soddisfacimento – che tale spinta si esercita con la maggiore intensità. Ed in quasi tutti gli ordinamenti si è registrato e si registra, in maggiore o minore misura, un costante

In secondo luogo, si assumono congiuntamente le finalità di repressione dell'uso strumentale dell'organizzazione collettiva per fini ad essa estranei, nonché – in un'ottica prevenzionistica – di eticizzazione dei comportamenti dei singoli agenti della stessa, affinché si possa sistematicamente indurre uno sviluppo sostenibile dell'attività economica virtuoso e coerente con le prerogative proprie all'ente collettivo.

I.III. GLI ASPETTI PROBLEMATICI DEL PROBLEMA ALLA LUCE DELLE FINALITÀ' DELLO STUDIO.

Posto che l'ambizione di una simile impostazione parrebbe essere quella di rappresentare la nuova frontiera dello "statuto di condotta" delle organizzazioni collettive e dei soggetti che ne manifestano o ne determinano l'azione – ancorché mediatamente – non possono qui essere trascurati gli effetti che tale prospettiva comporterebbe sui generali assetti di equilibrio del mondo dell'iniziativa economica privata.

A titolo di esempio, si consideri che laddove – per le ragioni che saranno diffusamente analizzate – si ritenga di versare nel terreno della legittima aggressione del patrimonio personale di un socio di una società di capitali (v. Capitolo II), si produrrà con ogni probabilità un forte effetto disincentivante per l'iniziativa economica – nel presente e nel futuro – dello stesso socio imprenditore, che non potrebbe confidare più nella limitazione del rischio.

movimento, anzi una "tensione", verso la ricerca e l'elaborazione, sia sul piano normativo sia su quello giurisprudenziale e dottrinale, di strumenti idonei a consentire, almeno in certi casi e sussistendo certi presupposti, il diretto coinvolgimento, nella sistemazione del dissesto delle società di capitali, di patrimoni "responsabili" diversi da quello sociale.

In sostanza, erodere il terreno della responsabilità limitata a favore di quello della responsabilità illimitata, costituirebbe inevitabilmente un significativo deterrente per ogni soggetto che desideri avviare – mediante la costituzione di un ente collettivo – un'attività economica.

L'effetto disincentivante sarebbe incrementato, peraltro, nel contesto di incertezza che il costituendo sistema determinerebbe in ordine ai confini delle ipotesi di responsabilità personale: pare evidente, infatti, che sino a quando nello statuto di condotta dell'ente collettivo il terreno della responsabilità personale non sia delimitato con certezza e stabilità, l'effetto disincentivante si incrementerebbe proporzionalmente allo sbiadirsi delle zone di confine tra responsabilità limitata e responsabilità illimitata, determinando, con ogni probabilità, un decremento dell'iniziativa economica.

È ragionevole pensare, infatti, che l'attività imprenditoriale sia indotta alla crescita solamente in un sistema di regole e di modelli certi e semplici, e viceversa sia mortificata nel regno dell'incertezza, e delle regole, e degli esiti dei contenziosi giudiziari.

Sulla base di tale ultima prospettiva, inoltre, non si potrebbe nascondere l'eventualità del configurarsi di un nuovo e diverso ruolo dei giudici nell'individuazione delle nuove fattispecie di responsabilità illimitata: una evoluzione del ruolo dell'autorità giudiziaria diversa e di più ampia competenza, per il raggiungimento delle finalità sopra enunciate. Ciò dovrebbe avvenire, tuttavia, in un contesto non già di discrezionalità decisionale – che si tradurrebbe inevitabilmente ancora una volta in termini di maggiore incertezza operativa per gli agenti e per gli attori economici – ma di rigore metodologico, attraverso l'individuazione di regole e strumenti che, nell'ampliamento dei confini di responsabilità illimitata, garantiscano l'omogeneità e la nomofilachia decisionale sul territorio.

A temperare le sudescritte preoccupazioni, si pone in primo luogo la delimitazione del campo d'indagine, che presuppone l'illiceità non già della finalità o dell'attività dell'organizzazione collettiva, bensì soltanto della specifica modalità di svolgimento della medesima (sul punto si veda *infra*, § I.IV).

Inoltre, le preoccupazioni dovranno ridimensionarsi se rapportate alle fattispecie che saranno prese in esame e in cui si proporrà il superamento del regime di limitazione di responsabilità (v. § III.III.): anche agli occhi dell'imprenditore meno accorto (ma intellettualmente integerrimo) sarà evidente trattarsi di superamento dei confini di liceità imprenditoriale, anche nel rapporto tra interessi imprenditoriali e interessi sociali contrapposti, così ben bilanciati e condensati nella genialità costituzionale dell'art. 41 Cost.

È infine il caso di dire che le risultanze dello studio andrebbero in un secondo momento analizzate con le lenti della scienza economica del diritto per valutarne in concreto gli effetti sul piano economico e, ancora successivamente, con gli strumenti di politica del diritto per correggerne gli effetti distorsivi. Trattasi di riflessioni che, tuttavia, esorbitano dall'economia del presente studio.

I.IV. LA DELIMITAZIONE DEL CAMPO DI INDAGINE.

Occorre subito osservare come quello che qui si vuole mettere qui in discussione non è la scelta imprenditoriale in sé, né il confine del suo esercizio discrezionale. La ricerca è volta all'individuazione degli strumenti di repressione di quelle fattispecie in cui si configuri un utilizzo abusivo di un dato strumento associativo da parte degli agenti imprenditoriali.

Ciò che si indaga, cioè, non è la scelta imprenditoriale in rapporto ai confini del terreno della sua discrezionalità; è,

piuttosto, il confine di legittimità della scelta di avvalersi di strumenti e regole normative che configurano un determinato modello associativo, trasgredendone però di fatto le regole per il perseguimento di finalità differenti da quelle per le quali quel modello associativo è stato introdotto nel nostro ordinamento.

In sostanza, lo si ripete, non si discute della possibilità che un agente imprenditoriale compia una scelta imprenditoriale rischiosa o irrazionale; si discutono le fattispecie in cui venga adottato il modello associativo che, come si dirà diffusamente in seguito, presuppone un complesso organizzativo definito, per trarre vantaggio dallo stesso in termini di limitazione di responsabilità (e quindi, in definitiva, abusando di quel modello solo per trarre il beneficio della responsabilità limitata. Su queste riflessioni si veda diffusamente *infra* § III.III.).

Occorre infine precisare il modello organizzativo del quale si tenterà di esplorare i meccanismi di funzionamento ai fini della valutazione dell'applicabilità delle tecniche di repressione dell'abuso della responsabilità limitata.

Si è scelto di assumere quale organismo tipo la società a responsabilità limitata.

Si tratta di una forma associativa tendenzialmente standardizzata, per vocazione dedita alle finalità di lucro e con meccanismi di funzionamento piuttosto semplici. Infatti:

- si tratta di società costituite da una pluralità (tendenzialmente limitata) di soci, che vogliono normalmente acquisire altresì l'amministrazione dell'impresa. Questa caratteristica avvicina inevitabilmente la s.r.l. alle società di persone, ove ciò avviene regolarmente. E proprio questa sovrapposizione, come vedremo, è il meccanismo che si presta più facilmente all'abuso: nonostante l'organizzazione debba avere vita autonoma – in termini di possesso di strumenti, patrimoniali e non, idonei al raggiungimento degli obiettivi prefissati – normalmente la vita dell'impresa

dipende solamente dai soci fondatori, sia in relazione ai conferimenti successivi alla costituzione, che alla vita di gestione della società.

- Pur con le citate caratteristiche, nella s.r.l. si stagliano con chiarezza le differenze rispetto alle società di persone: in queste ultime, infatti, la 'patrimonialità' dell'impresa tende a sfumare a vantaggio delle persone che hanno costituito l'organizzazione. In questo senso, nelle società di persone, poiché acquisiscono rilevanza centrale la persone fondatrici – che espongono normalmente i loro stessi patrimoni personali – il modello organizzativo è più semplice e i suoi meccanismi di funzionamento meno regolati.

Quello che si sta cercando di dire è che la scelta di un modello organizzativo piuttosto che un altro (ad esempio una s.r.l. piuttosto che una s.n.c.) dipende nella prassi solamente dalla volontà dei soci di avvantaggiarsi della responsabilità limitata.

- Ben chiare, inoltre, sono le competenze e le finalità di ciascun organo associativo. Beneficiari della limitazione del rischio a quanto investito nell'impresa sono i soci che – almeno normalmente – assumono direttamente o, quanto meno, rivestono forte collateralità e sinergia, con l'organo di amministrazione.

L'amministratore-socio è quindi il soggetto i cui confini di responsabilità si è tentato di studiare alla luce dell'inquadramento sistematico.

Non mancherà, poi, nell'ambito dello studio di uno dei congegni estensivi della responsabilità dei soci-amministratori (la responsabilità civile: v. *infra* § III.II.), una breve digressione sulla responsabilità che a tale titolo può rintracciarsi ad altri soggetti che orbitano nelle organizzazioni sociali: amministratori, in primis, ma altresì i soggetti depositari dei poteri di controllo.

I.V. SCHEMA DI SVILUPPO DEL LAVORO.

Il presente studio si articola su quattro capitoli.

Oggetto del primo è lo studio del concetto di persona giuridica nella sua evoluzione storica.

Si tratta senza dubbio del punto di partenza per chiunque voglia addentrarsi nel tortuoso tema dell'abuso della responsabilità limitata, posto che gli aspetti di problematicità legati ai regimi di responsabilità dei soggetti che costituiscono un'organizzazione collettiva sono inevitabilmente legati all'ingresso nell'ordinamento di un nuovo soggetto di diritto.

È quindi evidente che solo attraverso l'esatto inquadramento sistematico di tale concetto sia possibile elaborare le tecniche di repressione della fattispecie dannosa.

Si cercherà di pervenire a questo risultato passando attraverso alcune tappe intermedie:

- la ricostruzione del significato etimologico del termine persona, per chiarirne la totale estraneità ai fenomeni delle organizzazioni collettive;
- il rilievo di come la nozione teorica di persona giuridica in realtà si riferisca ad un insieme di situazioni giuridiche che esistevano anche prima del suo concepimento e che quindi sono da essa perfettamente scindibili;
- la constatazione di come il concetto di persona nel corso dei secoli sia diventato lo strumento ordinatore dell'intero sistema del nostro diritto privato, e di come tuttavia questa sua funzione non possieda un valore assoluto e imprescindibile e sia al contrario il frutto di una discutibile scelta di sistematica giuridica e il portato di un profondo rinnovamento del modo di concepire il diritto che si è verificato nel corso dei secoli e che ha finito con lo spostare il suo centro gravitazionale dalla norma giuridica oggettiva alla figura soggettiva dell'individuo;

- la ricostruzione dei momenti significativi dell'evoluzione del dibattito dottrinale intorno alla natura del nuovo istituto della persona giuridica, che hanno ulteriormente alimentato il cosiddetto fenomeno di ipostatizzazione dello stesso e a cui va imputata molta della responsabilità dell'allontanamento degli studiosi e dei giudici italiani da una visione oggettiva e pragmatica delle forme abusive di utilizzazione del principio della responsabilità limitata nelle società di capitali.

Esaurito lo studio della persona giuridica e dell'evoluzione storica di tale concetto, si passerà nel secondo capitolo allo studio delle tecniche di repressione dell'abuso della responsabilità limitata ed all'analisi delle loro potenzialità applicative.

In tale sede, si avrà modo di spendere alcune brevi riflessioni – come già accennato – legate alle responsabilità personali di altri soggetti che orbitano nell'organizzazione collettiva (v. *infra* § III.II.), dopo aver esplorato sistematicamente il congegno della responsabilità civile per l'estensione di responsabilità e la sua relazione con gli strumenti classici “da superamento” della responsabilità limitata nelle ipotesi di “abuso” della persona giuridica.

Si tratta del capitolo che rappresenta il cuore del lavoro.

Un terzo capitolo ha vocazione comparatistica e si propone di rappresentare lo stato di avanzamento delle ricerche sul tema nell'ordinamento spagnolo.

Si potrà notare che ivi esiste un'espressione (levantamiento del velo) che è di estrazione giurisprudenziale e permette, tramite il ricorso a tipizzati istituti quali l'abuso del diritto o la violazione del principio di buona fede, di realizzare l'effetto di repressione delle fattispecie dannose.

Chiude il lavoro un capitolo conclusivo ove si tenterà di ricapitolare le problematicamente e i temi in discussione alla luce degli studi e delle riflessioni spese. Un auspicio, insomma, per proseguire nella ricerca.

II. Capitolo I

LA PERSONA GIURIDICA

II.I Premessa – II.II. L’evoluzione storica del concetto di persona giuridica – II.II.I. dalla tradizione romanistica al trecento – II.II.II. Dal giusnaturalismo alla pandettistica – II.II.III. La nascita della persona giuridica nel pensiero di Von Savigny – II.II.IV. Il dopo Savigny: il pensiero di Windscheid ricostruito da Barillari – II.II.VI. Brinz e la tesi del patrimonio destinato ad uno scopo – II.II.VII. Dernburg e la tesi della rappresentazione – II.II.VIII. Il superamento della teoria finzionista: la concezione organica della persona giuridica – II.II.IX Gli sviluppi della teoria organica – II.III. La modulazione soggettiva – II.III.I. La portata e gli effetti del processo di modulazione soggettiva – II.III.II. La persona giuridica nel codice civile del 1942.

II.I. PREMESSA

Fulcro e modulo principale dello sviluppo della tematica in oggetto è quello di persona giuridica³, tradizionalmente considerata quale alterità soggettiva presente nell’ordinamento accanto alla persona fisica.

Ed è proprio in ragione della ritenuta sussistenza di un’alterità soggettiva che si pongono le questioni di nostro interesse. Se la persona giuridica non fosse ritenuta, al pari di un uomo, un soggetto del diritto, non si porrebbero problemi legati al suo utilizzo abusivo, posto che l’agente umano sotteso all’organizzazione non sarebbe considerato un distinto soggetto di diritto: fatta eccezione per particolari meccanismi giuridici, legali o convenzionali, nessuno si sognerebbe di imputare ad un soggetto ‘x’ (ad esempio, il socio) una responsabilità direttamente ricollegata

eziologicamente ad atti o fatti posti in essere da un altro soggetto 'y' (in ipotesi, la società). Invece è proprio il ritenere la persona giuridica un autonomo e distinto soggetto di diritto che determina l'irresponsabilità delle persone umane che l'hanno costituita.

Tuttavia – ed è proprio per questo che si ritiene utile un approfondimento del tema – il fatto che la tradizione giuridica, o una rapida rivisitazione del dibattito dottrinale intorno alla natura della persona giuridica⁴, evidenzino un forte effetto dogmatizzante intorno a tale concetto (conosciuta nel lessico dei giuristi con l'espressione ipostatizzazione⁵), non legittima di per sé lo studioso che si imbatte nel difficile terreno della persona giuridica a ritenere che la persona giuridica costituisca un soggetto di diritto ed esistente in natura analogamente all'uomo che accanto a questo cammina e pensa.

Anzi. Non vi è ombra di dubbio che tale soggettivizzazione rappresenti una forzatura concettuale che ha lentamente acquistato legittimazione nei sistemi giuridici a tal punto che l'alterità soggettiva della persona giuridica è divenuto un elemento non solo indiscusso ma, soprattutto, indiscutibile.

Ripercorrere la storia e i profili evolutivi del concetto di persona giuridica costituisce senz'altro uno sforzo intellettuale indispensabile per coglierne il valore assiologico e affrontare con coscienza lo studio delle tecniche di repressione.

⁴ In merito al quale si veda GALGANO, *Persone giuridiche*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja e Branca*, 1969, 24.

⁵ Con tale espressione si vuole intendere l'orientamento dottrinale che ha contribuito a ipervalorizzare il ruolo della persona giuridica nel dibattito sulle soggettività giuridiche dell'ordinamento (v. TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, 1999, 18). Come si cercherà di dimostrare (cfr. § II.II.IX.), tuttavia, la persona giuridica non costituisce un elemento ontologico della realtà giuridica, né ad esso dovrebbe essere accordato un valore assoluto e imprescindibile.

E proprio lo studio dei profili evolutivi del concetto di persona giuridica mostrerà come la nascita della nuova soggettività giuridica non sia affatto un fenomeno naturale ma sia passata attraverso una specifica concezione dogmatica che non è sempre stata la stessa nel corso degli anni.

II.II. L'EVOLUZIONE STORICA DEL CONCETTO DI 'PERSONA GIURIDICA'.

II.II.I. DALLA TRADIZIONE ROMANISTICA AL TRECENTO.

Che non sempre la persona giuridica sia stata considerata un soggetto di diritto accanto alla persona fisica è dimostrato dal fatto che nel patrimonio terminologico dei romani, seppur si possa rinvenire l'utilizzo del concetto di persona, lo stesso sia utilizzato in senso generico e dissociato dal connotato 'giuridica'.

I romani, pur impiegando il termine *persona*, non ritenevano che un'organizzazione collettiva che agiva *vice personae* costituisse una persona nuova e distinta, in quanto il diritto era solo *hominum causa*⁶.

Un rapido studio delle fonti mostra come, sotto il profilo etimologico, il termine *persona* veniva utilizzato per indicare la maschera indossata dall'autore teatrale⁷: l'espressione, quindi, non assumeva alcun significato tecnico-giuridico⁸.

⁶ Per i romani anche quando una pluralità di uomini agiva *vice personae* nessuna persona nuova, distinta e autonoma, veniva ad affiancarsi a quella pluralità (cfr. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, 1968, 8. Quest'opera rappresenta lo studio più completo e scrupoloso sulla persona giuridica e raccoglie numerosi ed ampi riferimenti alle fonti letterarie e giurisprudenziali romane. Si veda sul tema anche IMPALLOMENE, *Persona giuridica (diritto romano)*, in *NovDI*, XII, 1965, 1028).

⁷ Da qui il verbo latino *personare*, che significa appunto "risuonare", "echeggiare" (Castiglioni-Mariotti, *Vocabolario della lingua latina*, Torino, 1966). Sul significato etimologico originario del termine

Solo successivamente l'espressione *persona* iniziò ad avere le sue prime utilizzazioni anche come equivalente linguistico di uomo, di individuo. Fu a partire dai primi secoli dell'epoca cristiana che la parola '*persona*' iniziò ad acquisire lentamente quel significato che non avrebbe più abbandonato e che sarebbe resistito fino ad oggi.

Ancora, però, gli rimaneva estraneo ogni connotato giuridico: l'uomo di cui si discute in queste fonti scritte è l'uomo in carne e ossa, inteso solo come essere di natura non ancora come soggetto di diritto.

È interessante sottolineare come nel secolo XIII i glossatori civilisti bolognesi scrivevano che "*universitas nihil aliud est, nisi singuli homines qui ibi sunt*"⁹.

In questo contesto il concetto di *universitas* non corrispondeva tuttavia a quello, di conio moderno, di persona giuridica: l'*universitas* stava semplicemente ad indicare quelle situazioni giuridiche oggettive che avevano come centro soggettivo di riferimento una pluralità di individui anziché l'uomo singolo. Ma la stessa pluralità di individui non andava a costituire un nuovo e distinto centro soggettivo di riferimento, diverso dagli uomini che lo componevano¹⁰.

'*persona*', cfr. DE MARTINO, voce "*Persona fisica*", in *NDI*, 1939, 928)

⁸ Il termine *persona* era utilizzato per designare la maschera di utilizzo teatrale ma già in Gaio e Ulpiano la funzione di questo strumento rispondeva ad una delle primarie esigenze del teatro antico, ossia quella di ingrandire l'attore, aumentandone la figura e anche l'udibilità. Fu soprattutto nelle fonti postclassiche che il termine andò ad assumere il significato di 'uomo' (è la ricostruzione di ORESTANO, *cit.*, 8)

⁹ Già nel mondo antico esistevano situazioni giuridiche che venivano ricollegate a gruppi di uomini anziché ad un solo uomo (gruppi che i romani distinguevano in *corpora* e *universitates*: il *populus romanus*, la colonia, la *vivitas* e il *municipium* tra quelli pubblici e i *collegia* e i *sodalicia* tra quelli privati: cfr. IMPALLOMENI, *cit.*, 1028).

¹⁰ FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, 1923, 71 ss.

Tuttavia fu proprio nel trecento che iniziarono a gettarsi le basi di quel rinnovamento del pensiero giuridico che si sarebbe poi sviluppato pienamente con la pandettistica tedesca.

L'occasione per un nuovo approfondimento del tema fu data da un'esigenza che si pose all'attenzione della dottrina canonista in relazione alle elezioni dei gerarchi della chiesa.

In particolare, l'esigenza che spinse i giuristi – tra il XIII e il XIV secolo – ad esplorare strumenti giuridici nuovi, fu quella di reprimere le voci dei dissenzienti (giuridicizzandone l'irrilevanza) e di esaltare le scelte della maggioranza.

La soluzione fu ricavata dalla fusione di elementi tratti dal diritto giustiniano, dal diritto romano canonico, dal diritto germanico e da quello consuetudinario, in modo disparato e spesso contraddittorio.

Essa consistette nell'affermare che la volontà della chiesa, intesa come comunità di fedeli, non è né la semplice somma aritmetica delle volontà dei suoi appartenenti, né la volontà del santo patrono che la rappresenta, bensì è la volontà superiore della *congregatio fidelium* che San Paolo chiamò *corpus mysticum Christi*¹¹¹².

Nacque così per la prima volta l'idea di un'alterità rispetto all'uomo, ossia la teorizzazione dell'esistenza di una realtà diversa, ancorché spirituale e metafisica, percepibile solo con gli strumenti della fede in Cristo.

Si attribuisce questa intuizione filosofica al Papa Innocenzo IV¹³ che per estenderne poi la portata anche a organizzazioni laiche non connotate da vocazioni mistiche e trascendenti

¹¹ Sulla storia di tale principio si rinvia a RUFFINI, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, in *Archivio giuridico*, XCIII, 1925, da cui si è tratta la presente ricostruzione.

¹² Sull'argomento v. ROBERTI, *Il Corpus mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica*, in *Studi di storia del diritto in onore di E. Besta*, vol. IV, Milano, 1939, 35 ss

¹³ Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV, dal 1254).

adottò un espediente che nel corso degli anni avrebbe avuto un successo notevole, divenendo la metafora ingannevole della persona giuridica.

Sinbaldo dei Fieschi fece ricorso all'espedito semantico e intellettuale della *persona ficta*, ossia al concetto di una nuova persona che nasce e vive grazie ad un atto creativo ed immaginativo della mente dell'uomo¹⁴.

L'elaborazione di tale espediente, che non riscontrò un grande successo tra i giuristi del trecento – ancora legati alla tradizione romanista –, dovette aspettare ancora qualche tempo prima di tornare in auge.

II.II.II. DAL GIUSNATURALISMO ALLA PANDETTISTICA

Un ulteriore passaggio storico importante nella storia della persona giuridica fu compiuto dai giusnaturalisti, in un contesto storico e culturale già molto cambiato rispetto a quello del diritto intermedio¹⁵.

Lo studioso più impegnato nello studio del tema fu il filosofo sassone von Pufendorf, al quale si deve la prima elaborazione di un concetto unitario di *persona moralis*, comprendente tanto le persone *simplices* quanto le *personae compositae*. L'opera del Pufendorf, peraltro, costituisce senz'altro uno dei

¹⁴ Sono attribuite a sinibaldo dei fieschi le espressioni “*universitas fingatur esse una persiona*” e “*persona ficta e repreaesentata quea personae vicem fungitur*”. Per la ricostruzione e l'analisi del pensiero del grande decretalista conserva ancora valore fondamentale lo studio di RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi e in Carlo Federico di Savigny*, in AA.VV., *Studi giuridici dedicati a Francesco Schupfer*, II, Torino, 1936. Si veda inoltre SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968, 15 ss.

¹⁵ Alla visione geocentrica dell'universo tipica del medioevo era venuta sostituendosi quella antropocentrica umanistico-rinascimentale. Sulla complessità dei problemi i metodi di ricerca e gli obiettivi della nuova filosofia giuridica secentesca v. TONELLO, *op. cit.*, 15 ss..

primi e più imponenti sforzi intellettivi volti alla sistemazione ed esposizione del diritto romano comune compiuti in quel secolo.

Il concetto di ente morale è elaborato dal Pufendorf nell'ambito di uno studio relativo alle strutture essenziali dell'universo¹⁶.

In particolare, è opinione dell'Autore che il vero significato della formula 'ente morale' si debba ricercare nella "dottrina dei modi morali di essere" cui il filosofo sassone dedicò l'intero libro I del "*De jure naturae et gentium*". Pufendorf distinse due categorie ordinate: da un lato gli enti *physica*, cioè tutte quelle realtà materiali che sono rette dalle leggi della fisica, dalla matematica e dal principio di causalità e sono orientate verso la realizzazione della perfezione del cosmo; dall'altro, la categoria degli enti *moralia*, i quali, al contrario, sono espressione del principio della volontà e della libertà: essi sono preordinati alla realizzazione della perfezione dell'esistenza dell'uomo e sono quindi, in ultima analisi, quei soggetti che nell'universo spirituale hanno la possibilità di assumere liberamente un proprio modo di essere.

La diffusione della formula 'persona morale' nel linguaggio d'uso corrente finì con il causare un equivoco di non poco conto e di non poca durata: lo spostamento del terreno della discussione da quello della libertà a quello dell'etica e della spiritualità delle entità in questione¹⁷.

¹⁶ L'esposizione della dottrina filosofica del Pufendorf è qui ricavata da TODESCAN, *Dalla persona ficta alla persona moralis. Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del sec. XVII*, in *Quaderni fiorentini*, 11-12, 1982, 88.

¹⁷ Si riporta a titolo di esempio, il seguente brano tratto dal Sistema del diritto romano attuale di Savigny: "*Prima era molto usitato il nome di persona morale, che io rigetto per due ragioni: in primo luogo perché quella espressione è appropriata piuttosto ad indicare, tra i singoli uomini, quelli che sono gli opposti degli immorali, di guisa che quel nome richiama il nostro pensiero ad un ordine di idee*

Il passaggio del giusnaturalismo fu indispensabile perché la ricerca di una figura giuridica soggettiva unitaria costituì il terreno su cui operò appieno la ‘rivoluzione’ culturale e filosofica del XIX secolo, quando – sotto l’influsso del “culto della sistematica”¹⁸ - il soggetto diventò categoria ordinante del sistema giuridico, la sua volontà diventò l’elemento modulatore di ogni rapporto giuridico interno al sistema e il diritto fu anzitutto il diritto soggettivo, manifestazione diretta della volontà dell’uomo che il diritto oggettivo doveva limitarsi a riconoscere e tutelare¹⁹.

Nel periodo dei giuristi della pandettistica il problema divenne dirompente e non fu ulteriormente rinviabile. Soprattutto a costoro si può imputare la responsabilità per aver posto più dubbi. Si doveva necessariamente provvedere alla collocazione nel quadro giuridico delle situazioni direttamente riferibili non all’uomo singolo ma ad una pluralità di uomini.

L’ottocento fu davvero un secolo glorioso per la persona giuridica: appassionate le riflessioni dei pensatori del tempo,

affatto diverso perché pronunciate dall’uomo che fu la guida della scuola classica tedesca, queste parole ci sembrano la testimonianza più significativa dell’equivoco che nel nostro lavoro intendiamo indicare come il principale responsabile dell’allontanamento del pensiero giuridico continentale dalla prospettiva pragmatica da cui invece nella common law, e in particolare nel diritto statunitense, si è osservato e affrontato lo sviluppo del ruolo dell’organismo collettivo nel moderno sistema dell’industria e della finanza”.

¹⁸ È l’espressione usata da ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., 229.

¹⁹ Sui rapporti di continuità di cui in un certo senso si può parlare tra i tentativi di sistemazione concettuale che furono posti in essere dal giusnaturalismo e i moderni sistemi delle Pandette che furono elaborati in Germania nel XIX secolo si rinvia a MAZZACANE, voce “Pandettistica”, in *Enc. del dir.*, Milano, 1986, 591 ss il quale evoca “l’immagine di una catena, i cui anelli servono tutti in egual misura a sorreggere il peso agganciato al suo termine”.

nulla meglio dell'epoca delle codificazioni moderne avrebbe potuto garantirle quel riconoscimento formale che ormai solo le mancava. Ed è in questo periodo che si inaugurarono così le due grandi scuole dogmatiche dell'ottocento.

Prima di approfondire tali pensieri, occorre precisare che l'ingresso nel linguaggio legislativo del concetto di persona giuridica avvenne con il codice civile austriaco del 1811 e ciò costituì senza dubbio la stigmatizzazione del riconoscimento del fatto che un soggetto diverso dall'uomo era finalmente penetrata nel linguaggio legislativo e stava per essere ufficializzata quale categoria sistematica dei codici civili europei.

Così mascherato da nuovo soggetto di diritto, l'equivoco sorto per l'incauto utilizzo della metafora 'persona' diventava irrimediabilmente protagonista della storia giuridica continentale. Tant'è che i giuristi europei smisero di discutere della sua esistenza e, come se quel problema fosse stato risolto con l'intervento legislativo, passarono ad interrogarsi circa la sua natura, inaugurando così uno tra i più estenuanti e travagliati dibattiti giuridici e culturali dell'età contemporanea.

II.II.III. LA NASCITA DELLA 'PERSONA GIURIDICA' NEL PENSIERO DI VON SAVIGNY.

L'illustre studioso al quale deve essere attribuito il merito di aver permesso l'ingresso nel linguaggio normativo della locuzione 'persona giuridica' è von Savigny.

Nella sua opera *Sistema del diritto romano attuale* (1840)²⁰, egli si interroga sulle ragioni per le quali il sistema normativo regoli, non dissimilmente da quanto faccia con le persone fisiche, anche entità non umane.

²⁰ SAVIGNY, *System des heutigen romischen Rechts (sistema del diritto romano attuale)*, 1840, traduzione dall'originale tedesco a cura di v. SCIALOJA, Torino, 1886, volume 8.

Il suo studio parte da una provocazione molto semplice. Egli afferma: Guardiamoci attorno: non vediamo che uomini!

Fedele al principio di Ermogeniano “*hominum causa omne jus esse constitutum*”, nel condurre la propria analisi l’illustre giurista tedesco mantiene separati e distinti due aspetti del fenomeno: i dati dell’esperienza reale e i dati normativi.

Per Savigny, stando ai dati dell’esperienza reale, è persona, soggetto di diritto, solamente l’uomo.

È sulla base di tale constatazione che Savigny giunge ad un’intuizione che starà poi alla base dell’elaborazione delle più moderne tecniche di repressione dell’abuso della personalità giuridica. Si tratta dell’idea che la persona giuridica non costituisca altro che una mera finzione. È solo il legislatore che, per soddisfare esigenze imprescindibili della realtà contingente e, in particolare, del commercio giuridico, finge l’esistenza di una sorta di uomo artificiale avente, al pari di quelli veri, attitudine alla titolarità di diritti e di doveri.

A questa finzione Savigny attribuì il nome di ‘persona giuridica’: da un lato ‘persona’ per il suo essere, al pari dell’uomo, centro di imputazione di diritti e di doveri; e, dall’altro, giuridica perché intesa esclusivamente per uno scopo giuridico, quello per la cui realizzazione il legislatore è stato indotto al ricorso alla finzione.

Nel pensiero di von Savigny anche l’accoglimento della nozione di persona giuridica nel linguaggio legislativo trova una sua piena giustificazione teorica: da finzione dottrinale (*ficto iuris*), destinata ad un impiego e una circolazione limitati all’ambiente dei dottori, la persona giuridica è rielaborata in sede teorica quale finzione legislativa, creata per rappresentare un qualche cosa non meglio definibile perché priva di un riscontro concreto nella realtà.

Orbene, questa (ingannevole) metafora del linguaggio permise l’ingresso nel sistema giuridico di un nuovo istituto volto a rappresentare qualcosa diverso dall’uomo. Un

qualcosa che per i romani altro non era che un modo di essere degli stessi uomini ma che aveva acquisito per i giuristi ottocenteschi un dato ormai assodato.

È interessante segnalare come i lavori preparatori del codice civile italiano del 1865 – che si svolsero simultaneamente alla pubblicazione degli studi di Savigny – furono chiaramente influenzati dalla teoria appena riferita. Ne è conferma l'art. 2 del testo definitivo: *“I comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili ed ecclesiastici ed in genere tutti i corpi morali legalmente riconosciuti sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo la legge (...)”*.

La nozione di persona recepita nel citato articolo va intesa nella accezione sostanziale di uomo e non in quella formale di genere comprendente la duplice specie della persona fisica e della persona giuridica, che invece sarà impiegata dal legislatore del 1942.

In piena sintonia con l'ideale individualistico di quegli anni è l'uomo a fungere da parametro di relazione con i corpi morali legalmente riconosciuti, estendendo ad essi una considerazione giuridica che corrisponde a quella degli esseri umani, ma che non è quella degli esseri umani. L'uomo fu definito soggetto di diritto per natura; le persone giuridiche, invece, soggetti di diritto per legge²¹.

²¹ È opportuno in proposito ricordare le parole di Scalfi – e rimarcare l'importanza di questa presa di coscienza, quale chiave di lettura degli effetti che la nozione di persona giuridica ha prodotto sul modo di intendere le problematiche concrete delle organizzazioni collettive - *“il passaggio al modo di porre il problema in termini moderni avvenne con l'affermarsi di una concezione soggettivistica del diritto, che vede sempre più l'uomo al centro dell'esperienza giuridica. Il cammino compiuto dalla speculazione filosofica e dalla coscienza che condusse per successivi gradi all'auto-coscienza, procurò che l'uomo, sperimentandosi nelle sue qualità creative e segnatamente nell'attività pensante, divenisse il punto di riferimento del diritto. Persona e soggetto di diritto divennero sinonimi. Solo l'uomo è riconosciuto capace di diritto. In questo nuovo quadro culturale la*

La teoria della finzione, come ricordano importanti studiosi, ha senz'altro costituito un'importante interpretazione del concetto di persona giuridica.

Con riguardo ai suoi presupposti ideologici, l'Orestano osservò, ad esempio, che *“l'aver degradato la personalità degli enti diversi dall'uomo a mera 'finzione' servì al Savigny per ribadire il concetto che l'intero sistema giuridico fosse da costruire in funzione dell'individuo e dei suoi diritti, perché era appunto all'individuo che venivano assimilate attraverso un procedimento di 'finzione' queste figure di cui il diritto positivo poteva servirsi in vista di particolari scopi a suo arbitrio”*²².

Lo studioso precisò altresì che per il Savigny e per i suoi seguaci la *fictio* è uno strumento tecnico di cui dispone solo il legislatore e che perciò in tanto ha valore in quanto, appunto, sia usato da questi; *“cosicché mentre per i medievali essa serviva al giurista per descrivere, in termini rappresentativi, situazioni considerate come aventi già di per se rilievo giuridico, dalla Scuola storica è ritenuta condizione essenziale del loro rilievo edella loro 'esistenza' nel mondo del diritto”*²³.

Per concludere, lo studioso testimonia che *“alla formazione di questa teoria hanno contribuito in maniera indubbia gli ideali individualistici del secolo XVII, di cui sotto questo aspetto lo stesso Savigny, nella complessità dei motivi ispiranti il suo pensiero, si faceva per più versi portatore;*

'persona giuridica' (...) fu riproposta come finzione. Non più e non tanto come creazione del pensiero dei giuristi ma come creazione dell'ordinamento giuridico e dello stato (se si vuole impiegare la dizione ottocentesca) così come i diritti naturali dell'uomo divennero via via diritti riconosciuti dallo stato, cioè diritti derivati” (SCALFI, voce *“Persone Giuridiche (Diritto civile)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 3.

²² ORESTANO, *Il Problema delle persone giuridiche in diritto romano*, *op. cit.*, 20 ss.

²³ ID, 23.

ideali individualistici che portavano a guardare con sfavore e a comprimere tutte le fomme di ‘comunità intermedie’ fra i ‘diritti sacri’ dell’uomo e la sovranità della società civile organizzata politicamente, tanto che i dottrinari della rivoluzione francese avevano propugnato la loro abolizione. Da qui (...) la riduzione di questi ‘corpi particolari’ a mere figure di diritto privato; da qui la negazione della loro esistenza reale (unico essere reali considerandosi l’individuo); da qui la subordinazione di ogni loro rilevanza giuridica al riconoscimento e all’autorità dello Stato; da qui in molti casi la loro soppressione o la revoca dei loro privilegi”²⁴.

II.II.IV. IL DOPO SAVIGNY: IL PENSIERO DI WINDSCHEID RICOSTRUITO DA BARILLARI

L’idea della finzione, proposta da Savigny, fu sviluppata e rielaborata da tutta la scuola dei romanisti tedeschi, a cominciare da Bernardo Windscheid, di cui possiamo

²⁴ Id., 24 ss. Si veda inoltre GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Studi Temolo*, Milano, 1962, 15 ss., nel quale l’autore rileva che i due aspetti salienti del sistema del diritto privato ottocentesco erano il carattere ‘costituzionale’ della ‘priorità’ assegnata al diritto privato come statuto dei privati e per ciò stesso la sua spiccata coloritura individualistica e subiettivistica; e quindi sottolinea come l’esaltazione dell’attività dell’individuo nell’ambito della vita economica portò alla soppressione di qualsiasi rilevanza giuridica delle cosiddette ‘comunità intermedie’. È questo del rapporto tra organizzazioni statali intermedie e stato, indubbiamente un profilo di grande interesse storico giuridico, che tuttavia per evidenti ragioni legate all’economia del nostro discorso non può che essere accennato e non anche approfondito in questa sede. Dedicò ampio spazio a questo tema VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964.

ricostruire il pensiero grazie ad uno studio del giurista Michele Barillari.

Il giurista napoletano dell'inizio del secolo, ricostruisce la tesi dello Windscheid con queste parole: *“Il Windscheid deduce il concetto di persona giuridica dal suo concetto generale del diritto. Egli chiama diritto l’attuazione della volontà umana in un caso concreto, in conformità di un precetto legislativo prestabilito per un caso astratto. Onde per Windscheid soggetto di diritto è chi può avere una volontà, che può determinarsi in un caso concreto in conformità di una norma giuridica: indubbiamente solo l’uomo (...) Però nella realtà vi sono diritti che non sono collegati ad una persona ma esistono per uno scopo. Ed allora qui il diritto obiettivo non ha accordato ad alcuno come proprio il precetto da esso emanato e la volontà che si adopererà per attuarlo agirà non per qualcuno, ma per qualche cosa. E poiché il sentimento umano tende a dare forme di personalità a tutto ciò che presenta un potere volitivo, così si è cercato di creare artificialmente una persona ch’è la persona giuridica”*²⁵

Anche Windscheid, sebbene con una rielaborazione dei passaggi logici compiuti dal Savigny volta ad uniformarli al proprio “concetto generale del diritto”, giunge alla stessa conclusione della artificialità o immaginarietà della persona giuridica (la persona giuridica è una persona non esistente in effetti ma soltanto immaginaria, che si considera come soggetto di diritti ed obbligazioni)²⁶.

²⁵ BARILLARI, *Sul concetto della persona giuridica. Contributo alla teoria filosofica della persona giuridica*, Roma, 1910, 35.

²⁶ ID. 232

II.II.V. DOPO LA TEORIA FINZIONISTA

Il superamento della tesi finzionista, nella seconda metà del secolo scorso, poté avvenire solo attraverso il superamento di quei dati di partenza su cui la stessa si fondava: l'osservazione dei dati dell'esperienza e della realtà.

Pur non ritenendo opportuna una ricostruzione analitica del suo sviluppo (compito assunto da autori come Barillari, Ferrara e Perticone²⁷), pare qui sufficiente ricordare come le discussioni sul tema non si spensero un giorno con una teoria per riaccendersi mezzo secolo dopo con una dottrina di segno opposto, bensì si svilupparono lentamente assumendo un nuovo senso di marcia.

E, soprattutto, ai fini del nostro discorso, è essenziale ribadire che quel senso di marcia continuava ad essere, nonostante tutto, quello indicato dagli ideali individualistici e dalla concezione soggettivistica del giusnaturalismo e della pandettistica.

A questo fine si ritiene di sufficiente riferire due tesi che gli autori sopra citati hanno saputo recuperare fra tanta letteratura.

II.II.VI. BRINZ E LA TESI DEL PATRIMONIO DESTINATO AD UNO SCOPO

Tale tesi si fonda sull'idea che la persona giuridica è la negazione dell'attitudine alla titolarità di diritti: Brinz²⁸ osserva come parlare di persona fittizia equivalga a riconoscere l'inesistenza di una persona reale; e assenza di

²⁷ BARILLARI, *op. cit.*, 37. PERTICONE, *Concezione dommatica e concezione speculativa della persona giuridica*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, vol. II, 613 ss.

²⁸ BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlanger, 1908, III, 453: rif. PERTICONE, *cit.*, 656.

persona reale significa, evidentemente, impossibilità di regolamentazione normativa.

La prospettiva offerta dall'Autore, quindi, parte da un dato concreto e reale, costituito dal 'patrimonio' e distingue tra patrimoni individuali e patrimoni destinati ad uno scopo. Questi ultimi sarebbero patrimoni che non sono oggetto di proprietà specifica ma che si prestano funzionalmente al raggiungimento di uno specifico obiettivo: una proprietà che non ha un proprietario, dei crediti che sono senza creditore e dei diritti privi di un titolare e di un riferimento soggettivo.

In questo contesto, quindi, la distinzione da operare atterrebbe non già alle persone bensì ai patrimoni, destinati, appunto, alla realizzazione di uno scopo specifico.

In Italia il merito del recepimento e dello sviluppo della teoria di Brinz si deve a Bonelli²⁹.

Quest'ultimo sostiene che il concetto di persona giuridica deve essere limitato ai rapporti di diritto privato, anzi, del diritto patrimoniale: persona giuridica è soltanto il soggetto di rapporti patrimoniali, tutto ciò a cui il diritto riconosce autonomia patrimoniale. Ed è l'autonomia patrimoniale, dunque, la caratteristica della personalità. In sostanza, la personificazione altro non è che la creazione di qualcosa che avviene sempre ed esclusivamente ai fini della realizzazione di uno scopo. E poiché lo scopo può essere tanto individuale che sociale, Bonelli giunge ad una conclusione che appare chiaramente come il capovolgimento del postulato di Savigny, pur non discostandosi da una prospettiva soggettivista: la persona giuridica è un'unità patrimoniale che trova la sua ragion d'essere in un fine e il fine può essere sia individuale che collettivo. Dunque la persona giuridica può

²⁹ BONELLI, *Teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910. Il pensiero dello studioso qui ricostruito è ripreso da FERRARA, *Il concetto bonelliano della personalità giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954, 221.

essere tanto una collettività di uomini che un uomo singolo: dunque il diritto non conosce che persone giuridiche.

II.II.VII. DERNBURG E LA TESI DELLA RAPPRESENTAZIONE

Anche questa seconda teoria parte da una critica al presupposto del ragionamento finzionistico, sebbene per ragioni diverse.

Secondo Dernburg³⁰ non è storicamente esatto ritenere che solamente l'uomo ha personalità, perché la personalità giuridica esisteva anche nell'antico diritto dove aveva avuto la più lata espressione nello Stato. Sarebbe errata, peraltro, anche l'interpretazione del passo di Ermogeniano³¹, perché una cosa è dire che ogni diritto è costituito per l'uomo e altro dire che solo l'individuo-uomo, singolarmente preso, può essere soggetto di diritto.

Per queste ragioni Dernburg sostituisce alla teoria della finzione quella della rappresentazione e afferma che le persone giuridiche non sono realmente enti corporei, ma non sono nemmeno qualcosa di irreali: non sono finzioni, sono rappresentazioni. I due concetti, suggerisce l'autore, devono essere differenziati: la finzione attribuisce mentalmente ad una cosa quello che essa non ha, in contraddizione con la realtà; invece la rappresentazione sottopone il reale ad un concetto ad esso corrispondente e, nel nostro caso, la riunione di più persone e di un patrimonio per la realizzazione di uno scopo sono rappresentati come un'unica nuova persona che intende raggiungere quello scopo.

Per l'Autore un esempio è costituito dal comune. Inteso quale ente territoriale, esso si ricollega ad un territorio e ai suoi

³⁰ La ricostruzione della concezione di Dernburg è qui ricostruita da BARILLARI, *op. cit.* 35.

³¹ V. *supra*, p. 17.

abitanti: è la rappresentazione di cose reali quali appunto il territorio e i suoi abitanti.

II.II.VIII. IL SUPERAMENTO DELLA TEORIA FINZIONISTA: LA CONCEZIONE ORGANICA DELLA PERSONA GIURIDICA.

Nella seconda metà del XIX secolo si sviluppò un'altra teoria della persona giuridica il cui successo fu tale da ritenere superata la concezione finzionistica.

Si tratta della cosiddetta 'concezione della realtà' o 'concezione organica', la cui diffusione si deve al giurista tedesco Otto von Gierke³².

Anche questo Autore mette in discussione il punto di partenza del ragionamento compiuto dal Savigny, ovvero ciò che fin qui abbiamo definito come 'dati dell'esperienza reale'.

Sebbene Gierke, come Savigny, guardi al mondo sociale, vi coglie una 'realtà' alquanto più ricca di protagonisti: accanto alla persona fisica, che ha l'esistenza corporea di un uomo, che è dotata di una capacità giuridica 'naturale' e che persegue scopi individuali rivolti alla soddisfazione dei propri bisogni, Gierke riscontra che in concreto l'individuo il più delle volte non opera solo, bensì è inserito, per sua stessa volontà o sotto la spinta di esigenze contingenti, in aggregazioni e gruppi sociali che si propongono il raggiungimento di scopi più generali, più ampi, più duraturi. Trattasi di finalità che, a differenza di quelle individuali, spesse volte non sono capaci di realizzazione entro l'arco temporale limitato di una vita umana, e invece sopravvivono ad essa e permangono nel tempo. Al perseguimento di esse, le limitate e caduche forze dell'uomo singolo non bastano e

³² Il pensiero di GIERKE è elaborato nell'opera, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1877, 22. La ricostruzione dello stesso è qui ripresa da FERRARA, *op. cit.*, 603.

sono richieste altresì una “*stabile cooperazione di forze, un’organizzazione di elementi economici e sociali capaci di spiegare un’azione ferma e duratura attraverso le future generazioni*”.

In definitiva, gli enti collettivi, al pari e forse ancor più degli individui isolatamente considerati, sono una realtà innegabile del mondo delle relazioni umane, cui non può non riconoscersi lo *status* di soggetto del diritto.

Queste viventi unità sociali dell’uomo sono capaci di volere e di agire e perciò spetta loro, come all’uomo, il riconoscimento della soggettività giuridica.

In conclusione, la nuova dottrina tedesca era dell’opinione che il legislatore, nel disciplinare le persone giuridiche, non avesse inventato nulla e si fosse limitato a prendere atto dell’esistenza di ‘organismi naturali’ diversi dall’uomo (dunque di un fenomeno reale), aggiungendovi solo il crisma formale del riconoscimento giuridico, il suo sarebbe stato non un intervento creativo, ma suggellativo; un intervento per mezzo del quale sarebbe stato elevato a soggetto di diritto un ente esistente ed avente un substrato reale.

Con il riconoscimento legale nascerebbe un nuovo soggetto giuridico con un’autonoma esistenza e un’autonoma capacità di diritti e doveri; quest’ultima non limitata ai diritti patrimoniali ma estesa ai diritti della personalità³³.

Ancora una volta il fulcro attorno al quale ruota la riflessione è la convinzione che il diritto è e deve rimanere anzitutto strumento per la realizzazione di interessi umani, per dar forma alle relazioni dell’uomo e ai rapporti della sua vita. Di conseguenza esso non può ignorare – solo perché diverse dall’uomo singolo - l’esistenza di aggregazioni di persone

³³ La teoria gierkiana è stata oggetto di numerosi studi in Italia e a lungo al centro del dibattito tra i nostri giuristi. Sulla tesi della realtà si vedano, ad esempio: CALLEGARI, *Per la codificazione delle persone giuridiche. Osservazioni e proposte*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 3 ss; FERRARA, *Trattato di diritto civile*, cit., 603 ss.

rivolte al soddisfacimento di fini di utilità generale ma, anzi, deve regolare e disciplinarle in modo ottimale.

*

Le teorie della finzione e della realtà sono solitamente presentate come due modi contrapposti di intendere il fenomeno degli enti collettivi. In verità esse presentano un tratto comune, la comune matrice ed ispirazione individualistica, che le avvicina più di quanto la contrapposizione finzione-realtà le differenzi.

Più esattamente, la teoria organica è l'ennesima sofisticazione della concezione soggettivistica dell'ordinamento giuridico e un ulteriore passo compiuto dalla dottrina nella direzione che l'ha del tutto allontanata dalla sostanza oggettiva del fenomeno dell'organizzazione collettiva. Invero la categoria del soggetto del diritto, che nel pensiero di Savigny era ancora una categoria eterogenea perché ricomprensiva tanto entità naturali (gli uomini) quanto entità artificiali (gli enti collettivi dotati di personalità giuridica), acquista con Gierke (e una concezione dell'organismo collettivo quale realtà naturale) piena omogeneità di contenuto.

In un certo senso può dirsi che tale teoria seguì il medesimo procedimento dell'altra, anche se in direzione opposta: come quella aveva cercato di elevare a dato giuridico il dato naturalistico della persona fisica, facendolo coincidere di per sé con la nozione di soggetto di diritto, così la teoria della realtà cercò di fare altrettanto con le persone giuridiche, sforzandosi di determinare di esse una nozione altrettanto realistica che consentisse di considerarle di per sé soggetti di diritto, in base ad un'asserita loro intrinseca natura giuridica, senza bisogno di ricorrere ad analogie o finzioni. Mentre per i seguaci della teoria della finzione l'intento dello stato avrebbe un valore costitutivo (nel senso che senza il riconoscimento statale le persone giuridiche non avrebbero ingresso nel diritto, perché esisterebbero, come tali, solo in

quanto create dallo stato), per i seguaci della teoria della realtà l'intervento dello stato avrebbe mero valor dichiarativo (nel senso che il riconoscimento da parte dello stato non sarebbe condizione della loro esistenza giuridica, limitandosi alla constatazione di quanto già si avrebbe nella realtà).

II.II.IX. GLI SVILUPPI DELLA TEORIA ORGANICA.

La teoria organica fu presto oggetto, a sua volta, di arricchimenti e rielaborazioni che ne favorirono la diffusione e un rapido e successo anche al di fuori della Germania³⁴.

Le testimonianze di due giuristi quali il Barillari e il Vivante provano come all'inizio del nostro secolo la dottrina antropomorfica fosse ancora in auge.

Michele Barillari, libero docente di filosofia del diritto nella Regia Università di Napoli, in un saggio pubblicato a Roma nel 1910 con il titolo 'Sul concetto della persona giuridica. Contributo alla teoria filosofica della persona giuridica'³⁵, spende ancora delle parole per criticare la costruzione teorica della persona giuridica come *fictio legis*, affermando che il legislatore coglie il diritto attraverso lo sviluppo confuso e contraddittorio dei fatti sociali; lo svolge, lo chiarisce, lo rende pieghevole a tutti i bisogni e sotto tutti gli aspetti, ma non lo crea.

A parere dell'autore, il legislatore sarebbe soltanto uno degli organi dello spirito sociale che giungerebbe ad interpretare e a fissare in norme il diritto di un dato momento storico. Cadrebbero in equivoco quindi coloro i quali sostengono che sia in facoltà del legislatore creare una persona giuridica. Nella stessa maniera si potrebbe sostenere che tutto il diritto fosse una concezione, un prodotto del potere, una artificiale

³⁴ Sulla diffusione della dottrina oltre i confini della Germania e in particolare in Francia e in Italia si veda FERRARA, *op ult. cit.*, 232 ss.

³⁵ BARILLARI, *Sul concetto di persona giuridica. Contributo alla teoria filosofica della persona giuridica*, Roma, 1910, 7 ss.

struttura sovrapposta di tempo in tempo dall'arbitrio di un legislatore.

La formazione di quel che è la persona giuridica preesiste alla legge nello stesso modo in cui preesistono la famiglia, la società, la proprietà, i contratti, a meno che non si voglia pensare che la legge abbia tutto, di suo arbitrio, creato e ordinato.

Barillari dunque abbraccia la tesi del Gierke, ovvero la tesi della persona giuridica quale essere collettivo reale, quale essere vivente con una volontà e uno spirito, che nasce, si trasforma e muore come qualsiasi altro essere della natura (*“e quando diciamo essere vivente non vogliamo ricorrere ad un'analogia biologica ma vogliamo designare un'opera spirituale degli uomini che l'hanno composta. Perché questa persona, che tende a superare i limiti della persona fisica, in particolare della volontà, l'individualità degli scopi per sollevarsi nelle sfere dell'universale, appartiene alla incessante creazione dello spirito umano”*).

La conclusione perciò cui lo studioso perviene è che lo stato debba elevare a persona giuridica tutti codesti enti collettivi che hanno una volontà e si propongono uno scopo determinato e lecito.

Alla posizione del Barillari fa eco l'opera di un altro autorevole giurista, Cesare Vivante³⁶, la cui voce si leva a difesa della personalità giuridica delle società commerciali, ad inizio secolo ancora controversa.

Vivante scrive: *“Le società commerciali hanno la loro base imprescindibile in un contratto; ma questo contratto ha la virtù speciale di dar vita ad una persona che prima non esisteva, dotata di una propria volontà ed esplicante le funzioni più complesse e più audaci del credito e dell'industria. Questa persona tende oggi a prendere il posto delle persone individuali. In quanto persona nuova essa va*

³⁶ VIVANTE, *La personalità giuridica delle società commerciali*, in *Riv. dir. comm. ind. e marit.*, 1903, I, 1 ss.

per vie proprie, perseguendo durevolmente un proprio scopo e cioè la realizzazione di questa grande funzione economica, anche quando i soci che concorsero a costituirli si saranno dispersi o saranno morti – oppure lavoreranno per distruggerla. La società è dunque una persona giuridica perché ha una volontà propria e in quanto è fornita di mezzi destinati a conseguire il proprio scopo”.

II.III. LA MODULAZIONE SOGGETTIVA

II.III.I. LA PORTATA E GLI EFFETTI DEL PROCESSO DI MODULAZIONE SOGGETTIVA.

Come si è cercato di spiegare, il processo di modulazione soggettiva – sebbene interpretato diversamente da ciascuna teoria – rappresenta il meccanismo che legittima l’ingresso, quale autonomo e distinto soggetto di diritto, della persona giuridica nell’ordinamento.

La pretesa sussistenza dell’alterità soggettiva dell’ente collettivo ha indotto la giurisprudenza di legittimità a credere incondizionatamente legittimo il ricorso al principio di responsabilità limitata.

Per decenni la Suprema Corte è stata pressoché costantemente fedele al binomio soggetto di diritto/persona fisica o persona giuridica e ha ripetuto che *“il tratto caratteristico della società di capitali, che con l’iscrizione dell’atto costitutivo acquista la personalità giuridica, è precisamente quello di dar luogo, con la creazione di un nuovo e distinto soggetto di diritto, ad un centro a sé stante di imputazione di effetti giuridici attivi e passivi che si esauriscono entro quest’ambito soggettivo”* e che *“la limitazione di responsabilità al capitale sociale non è un beneficio subordinato all’osservanza delle norme di organizzazione e di gestione della società ma un effetto che si*

*raggiunge de iure mediante la costituzione di un ente sociale dotato di personalità giuridica*³⁷.

Non si può certo dire che la Corte Suprema utilizzasse il concetto di persona giuridica con riferimento alle situazioni giuridiche oggettive che, come abbiamo visto, esso originariamente intendeva designare. Al contrario la Corte ha sempre mostrato di ignorare il significato e la funzione originaria e di aver assorbito quel processo di teorizzazione e di riflessione filosofica che ha riguardato il concetto di persona a partire dalla pandettistica tedesca e che ha fatto di esso un dogma, un'entità dal "valore assiomatico assoluto"³⁸.

Il lungo ed estenuante dibattito dottrinale sulla natura della persona giuridica – dibattito che ha trasformato un complesso di rapporti giuridici nel contro di imputazione di quei rapporti – ha finito per ingannare appieno i giudici di legittimità, che si sono posti nei confronti del fenomeno societario in un'angolazione discutibile, concependolo non come diritto speciale ma come diritto di soggetti speciali.

Ciò senz'altro ha contribuito a creare nell'agente umano il convincimento che qualsiasi utilizzo dei modelli societari a responsabilità limitata fosse, come tale, lecito, determinando di fatto un significativo adombramento delle linee di confine tra uso legittimo ed abuso dei modelli associativi.

In una sentenza del 1959 – che lo stesso Bigiavi a suo tempo definì lo spunto, l'occasione di una costante e coerente (benché erronea) giurisprudenza di legittimità³⁹ - si legge che *"la limitazione di una società avente personalità giuridica è scopo ritenuto dal nostro ordinamento meritevole di tutela giuridica"*.

³⁷ Cass 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 628 ss.

³⁸ L'espressione compare nella motivazione di cass. 8 novembre 1984, n. 5624, in *Giur. It.*, 1985, I, 1, c. 434.

³⁹ BIGIAVI, *Responsabilità illimitata del socio "tiranno"* (nota a cass. 16 ottobre 1959, n. 2886), in *Foro It.*, 1960, I, 134.

L'affermazione appare del tutto ovvia e anche un po' banale: è chiaro a tutti che il principio della responsabilità limitata è un principio lecito per il nostro diritto giacchè su di esso si fonda l'intera disciplina delle società di capitali; è invece tutt'altro che ovvio e banale – e al contrario carico di significato ai fini della presente ricostruzione – ciò che la Cassazione pretendeva di desumere da questa affermazione, scrivendo che “*in nessun caso colui che ha inteso, ricorrendo a questo istituto, limitare la propria responsabilità al capitale investito nella società, possa rispondere col proprio personale patrimonio*”⁴⁰.

I giudici mostravano cioè di ritenere l'esistenza di un legame logico e consequenziale tra il principio di limitazione di responsabilità, come principio avente scopo meritevole di tutela, e il carattere assoluto di tale principio.

Si capisce allora che per la Cassazione il principio in questione trovava la propria fonte non tanto nella disciplina della società per azioni, speciale e derogatoria rispetto al diritto comune, ma piuttosto nella categoria concettuale e

⁴⁰ Cass. 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Giur. comm.*, 1977, II, 628; si consideri che Cass. 8 novembre 1984, n. 5642, in *Giur. It.*, 1985, I, 1, 434 con nota di SANTOSUOSSO, ha manifestato una prima critica alle concezioni realiste tradizionalmente seguite, affermando in particolare che “*alla distinzione tra società dotate di personalità giuridiche e società che sono prive di tale status non può attribuirsi un valore assiomatico assoluto perché una tale conclusione non si fonda sulla effettiva disciplina legislativa e le conseguenze che si potrebbero trarre non sarebbero giustificate*”.

Ma a parte questa rara eccezione, leggendo le citate pronunce, si percepisce agevolmente che nella prospettiva offerta dai giudici di legittimità, la limitazione di responsabilità non deriverebbe dalla volontà legale (e, in particolare, dalle norme commercialistiche sulle società a responsabilità limitata), bensì dall'attaccamento concettuale alla persona giuridica intesa come centro di imputazione differente dall'agente umano che lo ha costituito, e di cui in nessun modo si può superare l'alterità.

dogmatica della persona giuridica intesa come soggetto di diritto.

I giudici di Cassazione, che dicevano che i soci della società per azioni rispondono dei debiti di questa limitatamente al capitale investito, avevano in mente, in verità, non l'art. 2325 cod. civ. ma l'art. 2740 cod. civ.

In altre parole non pensavano ad una norma oggettiva particolare rispetto al diritto comune, bensì pensavano ad un soggetto di diritto distinto che per nessuna ragione avrebbe dovuto essere chiamato a rispondere dei debiti di un altro soggetto.

Ecco che cosa ha fatto la Cassazione, a causa del processo di modulazione soggettiva: ha trasformato un principio speciale – un principio che, per quanto lecito, è un principio del diritto speciale delle società di capitali – in applicazione dell'art. 2740 cod. civ., dunque in diritto comune generale.

Seconda conseguenza della graduale modulazione soggettiva è la cosiddetta “istituzionalizzazione del fenomeno societario”⁴¹, intesa quale processo di trasferimento del rapporto di stampo contrattuale tra i soci dell'ente collettivo dai confini presidiati dal diritto dei contratti ai confini dettati dal diritto delle persone, con due significative conseguenze: da un lato, la perdita della veste di contraente del socio; dall'altro, la modificazione concettuale della stessa volontà sociale, ora espressione volitiva della nuova persona giuridica, anche se dissenziente dalla volontà del singolo agente promotore.

L'idea dell'istituzionalizzazione ha un preciso referente dottrinale e dominava tra gli studiosi alcuni decenni or sono⁴². Ad operare siffatta trasposizione dalla categoria del

⁴¹ È l'espressione di FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja e Branca*, artt. 2325-2461, 1982, 297.

⁴² Frè, *op. cit.*. per questo Autore il contratto esauriva la propria funzione nel momento immediatamente precedente l'iscrizione della società nel registro delle imprese. Avvenuta l'iscrizione, il rapporto

contratto a quella della persona giuridica era l'intervento di riconoscimento pubblico dell'organismo collettivo: a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese la società subiva dunque una sorte di dismissione della veste giuridica contrattuale, la quale cedeva il posto alla persona giuridica.

Terza conseguenza dell'angolazione soggettiva è il rifiuto della teoria della disapplicazione di norme (v. *infra* § III.I.II.).

La teoria in questione è, in Italia, il più recente e realistico approccio risolutivo delle questioni di abuso della responsabilità limitata delle società di capitali. Al fondamento e alle ragioni della teoria della disapplicazione delle norme, e alle ipotesi di applicazione per analogia dell'art. 2362 cod. civ. prospettata da una parte della dottrina e in talune occasioni sperimentate dalla giurisprudenza, sarà dedicata ampia trattazione nel prosieguo.

Per ora ci si limita ad esaminare le ragioni dell'atteggiamento di netto rifiuto assunto dai giudici della Corte di Cassazione con riguardo alle potenzialità applicative della norma codicistica sul socio unico. Tali ragioni risiedono nella concezione della norma in questione quale norma avente carattere eccezionale. Per decenni la Corte ha affermato – in coerenza con la propria percezione della società di capitali come soggetto di diritto prima ancora che come ordinamento giuridico particolare – che la sola eccezione che la legge apporti alla regola della insensibilità del patrimonio personale degli azionisti rispetto ai debiti della società si ha quando, concentrandosi tutte le azioni in unica mano e venendo meno così il fondamento stesso del fenomeno societario, ricorre la speciale ipotesi prevista dall'art. 2362 cod. civ. Ma appunto

giuridico aveva già ceduto la propria natura contrattuale per entrare nella dimensione concettuale della persona giuridica. Per uno svolgimento del ragionamento qui descritto cfr. anche GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento della società per azioni*, Milano, 1987, 109 ss.

perché tale norma rientra nel novero di quelle che fanno eccezione a regole generali e che pertanto non si applicano oltre i casi o i tempi in essere considerati è da escludere che, sussistendo la pluralità dei soci, l'art. 2362 possa estendersi alla ben diversa ipotesi dell'azionista che, detenendo la maggioranza o la quasi totalità del pacchetto azionario, si avvalga di tale posizione preminente per servirsi della società come di cosa propria.

Come si vedrà quando ci si occuperà più ampiamente di questa tematica (v. *infra* § III.I.III.), negli ultimi quindici anni i giudici di legittimità hanno inequivocabilmente abbattuto molti degli ostacoli formalistici che si opponevano ad un'interpretazione più moderna e liberale della norma sul socio unico. Non si può negare, del resto, come la risposta negativa costantemente fornita all'interrogativo circa l'applicabilità per via analogica dell'art. 2362 cod. civ. non sia ancora diventata oggetto di revisione.

Quarto effetto è il travisamento e il rifiuto della teoria del socio tiranno (v. *infra* § III.I.II) e ciò, nonostante la teoria bigaviana – che presuppone l'esistenza di un'entità soggettiva distinta - si fondi anch'essa, come vedremo, sullo stesso equivoco sorto intorno al concetto di persona giuridica. Le ragioni del rifiuto risiedono anche in questo caso nell'alterazione del rapporto tra norme generali e norme eccezionali, la quale induce la Corte prima a fare confusione tra i concetti di sovranità e di tirannia e poi a concepire il comportamento del socio sovrano-tiranno – pur se con intensità e in forme più o meno accentuate – come un fenomeno fisiologico delle società di capitali, tutt'altro che infrequente e in certa misura connaturato al normale funzionamento della società basato sul principio di maggioranza; onde il fatto che un socio disponga in ordine alla vita della società – per l'entità delle quote o delle azioni possedute, ancorché governate in modo dispotico –, non per questo perde i benefici derivanti dal qualificare la società

stessa una persona giuridica distinta da chi la governa e pertanto unica responsabile con il suo patrimonio dei debiti sociali.

Respinto l'approccio normativo e quello bigiaviano del socio tiranno l'unica soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione ai problemi dell'abuso della responsabilità limitata delle società di capitali è stata quella del ricorso agli strumenti dell'azione di responsabilità contro gli amministratori e del controllo esterno (giudiziario) sulla società⁴³, motivata con l'osservazione che *“la violazione delle regole del diritto societario che non si sia potuta prevenire con i controlli predisposti dalla legge e si sia tradotta in un danno per la società, o per i creditori, o per i soci, o per i terzi, ha come unica sanzione la responsabilità civile degli amministratori, ed eventualmente anche dei sindaci, salva la responsabilità penale per i fatti riconducibili a figure criminose”*⁴⁴. Anche questa deve essere considerata una conseguenza dell'angolazione soggettiva, dato che come soluzione deve ritenersi - ed è stata ritenuta - del tutto inadeguata e iniqua.

Riassumendo, la legittimazione assoluta del ricorso allo strumento societario per beneficiare del principio di limitazione di responsabilità e il rigetto di entrambe le proposte elaborate dalla dottrina per contrastare l'abuso della responsabilità limitata sono, nella giurisprudenza civile di legittimità, gli indicatori delle ripercussioni che il processo

⁴³ La soluzione del problema degli abusi della forma societaria fondata sul riferimento alla responsabilità degli amministratori, alla trasparenza e alla pubblicità dell'organizzazione e attività societaria è riproposta in vari interventi dell'illustre giurista ASCARELLI, tra cui *Imprenditore occulto e sovrano della società. Responsabilità limitata e frode alla legge*, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1315; *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 408 ss; *Imprenditore occulto, amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1957, I, c. 1443.

⁴⁴ Cass. 9 dicembre 1976, n. 4577.

dogmatico svolto sulla persona giuridica ha avuto sul modo di concepire e di affrontare una serie di problemi concreti della realtà societaria.

L'insufficienza e l'inadeguatezza dell'unica soluzione prospettata dalla Suprema Corte, ossia il ricorso al meccanismo di controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 cod. civ. per le gravi irregolarità nell'amministrazione, mettono in luce d'altro canto la necessità e l'urgenza del recupero di una prospettiva di studio e di analisi del fenomeno societario di tipo oggettivo-normativo.

II.III.II. LA PERSONA GIURIDICA NEL CODICE CIVILE DEL 1942.

Nel misurare gli effetti reali prodotti dai descritti fenomeni di modulazione soggettiva dell'ordinamento giuridico e di ipostatizzazione della persona giuridica spostiamoci dal terreno della giurisprudenza di legittimità a quello normativo. Il codice civile italiano, come noto, distingue le due categorie delle società aventi personalità giuridica e delle società non aventi personalità giuridica.

Lo studioso che si addentra nel sistema del codice civile con l'obiettivo di chiarire il valore ed il contenuto di questa distinzione legislativa si scontra inevitabilmente con una serie di incongruenze e contraddizioni normative, le quali tradiscono, da un lato, i condizionamenti che il dibattito culturale per ha prodotto sull'operato del legislatore e, dall'altro, lo scetticismo e la riluttanza del medesimo nei confronti dell'adozione di un sistema giuridico imperniato sulla duplicazione della categoria del soggetto di diritto⁴⁵.

⁴⁵ Dall'incoerenza del linguaggio legislativo Galgano si muove per ricordare che la costruzione teorica del legislatore non vincola l'interprete: cfr. GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali. Artt. 2325-2341*, in *Commentario del cod. civ. Schlesinger, cit.*, 337.

Il primo esempio emerge da alcune disposizioni in materia di trasformazione delle società e di iscrizione nel registro delle imprese.

L'art. 2331, 1° comma, cod. civ., individua nell'espletamento della formalità costitutiva della registrazione il momento dell'acquisto da parte della società per azioni della personalità giuridica. Gli artt. 2464, 2475, c. 2 e 2519, c. 2, cod. civ., contengono norme analoghe riferite alla società in accomandita per azioni, alla società a responsabilità limitata e alle società cooperative. Infine, l'art. 2498 cod. civ., nel regolare la trasformazione da società in nome collettivo o in accomandita semplice a società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata, designa il processo impiegando la rubricazione "trasformazione in società aventi personalità giuridica"⁴⁶.

Qual è dunque il valore e il significato giuridico della distinzione compiuta in sede legislativa? La domanda dovrebbe trovare, in coerenza logica con tutto ciò che si è detto finora della persona giuridica, una facile ed anche ovvia risposta. Si è ripetutamente affermato, invero, che il concetto di persona giuridica è associato all'idea di un'alterità di un contro di imputazione di diritti e doveri diverso dalla persona fisica, di un'entità giuridica separata dagli individui che la compongono; dall'applicazione del medesimo concetto alla materia societaria dovrebbe discendere pertanto la distinzione tra società che sono terze rispetto ai loro soci e società che invece semplicemente si risolvono nella pluralità dei loro soci.

Nello stesso senso anche ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, cit., 135.

⁴⁶ La distinzione trova conferma anche nella lettera del codice di procedura civile. Si vedano gli artt. 19, c. 2 e 145, c. 2, i quali si occupano rispettivamente della sede ai fini della competenza per territorio, e dei modi di notificazione alle società non aventi personalità giuridica.

Il sistema del codice smentisce, invece, questa conclusione. La disciplina in concreto dettata dal legislatore per i singoli tipi societari non è sempre coerente con la distinzione suddetta e fondata sul binomio personalità giuridica alterità soggettiva e presenta all'opposto significative incongruenze.

Esaminiamo alcuni aspetti di questa incoerenza:

a) condizione giuridica del patrimonio sociale. È la medesima, sia che si tratti di società di persone che di società di capitali. Dall'idea della mancanza di personalità giuridica, ossia di alterità soggettiva, sarebbe dovuta discendere una disciplina corrispondente a quella della comunione di diritti reali in cui i beni comuni sono sottoposti all'azione esecutiva dei creditori personali di ciascun partecipante. E invece l'art. 2270 cod. civ. (per la società semplice) esclude che il creditore particolare del socio possa agire sul patrimonio sociale e l'art. 2305 cod. civ. (per le società in nome collettivo) esclude che lo stesso creditore possa chiedere la liquidazione della quota del suo debitore.

b) Disciplina della responsabilità per i debiti sociali. L'incoerenza si manifesta qui, anzitutto, nelle normative della società in accomandita semplice e in accomandita per azioni. Nel primo caso i soci accomandanti sono limitatamente responsabili nonostante la mancanza di alterità soggettiva; nel secondo i soci accomandatari lo sono illimitatamente a dispetto dell'alterità soggettiva. Inoltre, nella società semplice è ammesso il patto di limitazione di responsabilità dei soci non amministratori; nella società per azioni e in quelle a responsabilità limitata il socio unico risponde personalmente in caso di insolvenza della società delle obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui egli ha posseduto tutte le azioni o tutte le quote (artt. 2362, 2497, c. 2 cod. civ.).

c) Disciplina della rappresentanza in giudizio delle società: anche nelle società di persone, come a quelle di

capitali è riconosciuta un'autonoma capacità processuale (art. 2266, 1° comma, cod. civ.).

d) Improprietà del linguaggio legislativo. Pensiamo in particolare alla disposizione dell'art. 2331, 1° comma, cod. civ. che recita: “*con l'iscrizione nel registro la società acquista personalità giuridica*”. Ciò che qui letteralmente si dice è scorretto: l'iscrizione nel registro delle imprese è un adempimento che per le società di capitali ha efficacia costitutiva e prima di essa non solo non c'è una società con personalità giuridica, ma non c'è alcuna società. In questa circostanza il legislatore utilizza il concetto di persona giuridica non nel senso di alterità soggettiva ma, finalmente, come concetto riassuntivo dell'intera disciplina delle società per azioni. Dunque l'art. 2331, 1° comma, cod. civ. va inteso con il seguente significato: che la disciplina della società per azioni non è applicabile se non a seguito dell'iscrizione della società nel registro delle imprese⁴⁷.

Le segnalate incongruenze dei dati legislativi, del nostro come peraltro di altri ordinamenti giuridici continentali, imporrebbero quindi all'interprete di optare per la sostanziale neutralità del concetto di persona giuridica rispetto alla condizione giuridica delle società e, in ultima analisi, per la svalutazione dell'importanza di una distinzione tra i tipi di società fondata sul possesso o meno della personalità giuridica, giacché ciascun tipo ha una propria peculiare disciplina normativa che impedisce il suo inquadramento entro una categoria concettuale unitaria contrapposta, in termini di soggettività, alla persona fisica. Basti tuttavia richiamare alla mente l'effettiva linea interpretativa assunta

⁴⁷ Per queste considerazioni e, in generale, per i rilevi sulle numerose incongruenze del linguaggio legislativo cfr. GALGANO, anzitutto in *Società in genere e società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da Cicu e Messineo continuato da Mengoni), Milano, 1982, 127 ss. Si veda altresì FERRI, *Delle società*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja e Branca*, cit. ad art. 2266, 204.

dalla Corte di Cassazione italiana sopra schematicamente ritracciata per constatare come anche sul piano normativo la dogmatizzazione del concetto di persona giuridica abbia prodotto una sensibile complicazione della dimensione giuridica del fenomeno dell'impresa societaria.

Alcuni autori non si sono peraltro fatti scoraggiare dalle incongruenze emergenti dai dati legislativi e si sono sforzati di salvare la distinzione tra società aventi e società senza personalità giuridica come distinzione fondata sulla nozione di persona giuridica quale autonomo soggetto di diritto.

Costoro, e gli atteggiamenti giurisprudenziali che ad essi si accompagnano, sono l'ulteriore testimonianza dell'influenza che il concetto teorico di persona giuridica ha avuto sul modo di concepire questioni particolari di disciplina di singoli tipi sociali. Ancor più che mosse dall'esigenza di fedeltà al linguaggio legislativo, queste dottrine ci sembrano invero l'ennesimo esempio dell'inesauribile condizionamento nella prospettiva soggettiva di studio del diritto delle organizzazioni collettive, la quale, come si è visto, ha origini ben più anteriori nel tempo del codice civile italiano.

Il primo e più risalente tentativo di salvataggio della distinzione tra le due categorie di tipi societari è quello compiuto da giuristi come il Messineo e il Bigiavi⁴⁸. Questa dottrina ha sostenuto che la società di persone è un autonomo soggetto di diritto come la società di capitali e che tra la soggettività dell'una e quella dell'altra vi è solo una differenza di grado, una differenza avvertibile cioè solo sul piano quantitativo: la differenza che intercorre fra una società di primo e una società di secondo grado, fra una società dotata di soggettività piena e una società dotata di semi-personalità.

⁴⁸ MESSINEO, *Per l'individuazione del soggetto collettivo non personificato*, in *Arch. Giuri.*, 1952, 3 ss. BIGIAVI, *Sulla qualità di imprenditore del socio illimitatamente responsabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, 300.

Su tali considerazioni e su tali riflessioni si ritornerà più diffusamente nel prosieguo, quando saranno analizzate le tecniche di repressione dell'abuso e i fondamenti concettuali delle stesse (v. *infra* § III.I).

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, *Imprenditore occulto e sovrano della società. Responsabilità limitata e frode alla legge*, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1315.
- ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 408 ss.
- ASCARELLI, *Imprenditore occulto, amministratore indiretto, azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1957, I, c. 1443.
- BARILLARI, *Sul concetto della persona giuridica. Contributo alla teoria filosofica della persona giuridica*, Roma, 1910, 35.
- BIGIAMI, *Sulla qualità di imprenditore del socio illimitatamente responsabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, 300
- BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlanger, 1988, III, 453.
- CALLEGARI, *Per la codificazione delle persone giuridiche. Osservazioni e proposte*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 3 ss.
- CASTIGLIONI-MARIOTTI, *Vocabolario della lingua latina*, Torino, 1966.
- DE MARTINO, voce “*Persona fisica*”, in *NDI*, 1939, 928.
- FEDERICO CARLO DI SAVIGNY, in *Scritti giuridici minori*, Milano, 1936, 12.
- FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, 1923, 71 ss.
- FERRARA, *Trattato di diritto civile*, Roma, 1921, 602 ss.

- FERRARA, *Il concetto bonelliano della personalità giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954, 221.
- FERRI, *Delle società*, in *Commentario del cod. vic. Scialoja e Branca*, art. 2266, 1982, 204.
- FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja e Branca*, artt. 2325-2461, 1982, 297.
- GALGANO, *Persone giuridiche*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja e Branca*, 1969, 24.
- GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali. Artt. 2325-2341*, in *Commentario del cod. civ. Schlesinger*, 337.
- GALGANO, *Anzitutto in società in genere e società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da CICU e MESSINEO continuato da MENGONI), Milano, 1982, 127 ss.
- GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin, 1877, 22 ss.
- GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Studi Temolo*, Milano, 1962, 15 ss.
- IMPALLOMENI, *Persona giuridica (diritto romano)*, in *NovDI*, XII, 1965, 1028.
- MAZZACANE, voce “*Pandettistica*”, in *Enc. del dir.*, Milano, 1986, 591 ss.
- MESSINEO, *Per l'individuazione del soggetto collettivo non personificato*, in *Arch. Giur.*, 1952, 3 ss.
- ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, 1968, 8.
- PERTICONE, *Concezione dommatica e concezione speculativa della persona giuridica*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, vol. II, 613 ss.

- ROBERTI, *Il Corpus mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica*, in *Studi di storia del diritto in onore di E. Besta*, vol. IV, Milano, 1939, 35 ss.
- RUFFINI, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, in *Archivio giuridico*, XCIII, 1925.
- SAVIGNY, *System des heutigen romischen Rechts* (sistema del diritto romano attuale), 1840, traduzione dall'originale tedesco a cura di v. Scialoja, Torino, 1886, volume 8.
- SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968, 15 ss.
- TODESCAN, *Dalla persona ficta alla persona moralis. Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del sec. XVII*, in *Quaderni fiorentini*, 11-12, 1982, 88.
- TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, 1999
- VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964.

III. Capitolo II
LA REPRESSIONE DELLA FATTISPECIE DANNOSA E LE
TECNICHE DI TUTELA.

III.I. Le tecniche di repressione – III.I.I. Dalle teorie sulla persona giuridica all’elaborazione delle prime teorie di repressione: le dottrine negatrici – III.I.II. L’applicazione delle teorie negatrici: la teoria della disapplicazione delle norme quale tecnica di repressione dell’abuso – III.I.III. L’art. 2362 cod. civ. come norma di carattere generale, la tecnica di disapplicazione di norme e il principio di relatività della responsabilità limitata – III.II. La teoria bigiaviana classica – III.III. Applicazione cogente del modello organizzativo coerente e la tutela del lavoratore – III.IV. – Imputazione e propagazione della responsabilità ai soci e ai terzi – III.IV.I. Struttura della fattispecie dannosa e presupposti dell’estensione della responsabilità ai soci – III.IV.II. Ipotesi problematiche di compartecipazione “istituzionale” dei soci all’illecito: a) approvazione di una delibera assembleare a contenuto lesivo – III.IV.III. (segue) b) inizio o prosecuzione di un’impresa sociale sottocapitalizzata – III.V. Imputazione della responsabilità civile a titolari di posizioni funzionali – III.VI. Le potenzialità applicative delle teorie di repressione dell’illecito – III.VI.I. L’abuso del patrimonio sociale o della posizione di socio – III.VI.II. I versamenti fuori capitale – III.VI.III. Inadeguatezza della capitalizzazione

III.I. LE TECNICHE DI REPRESSIONE.

III.I.I. DALLE TEORIE SULLA PERSONA GIURIDICA ALL'ELABORAZIONE DELLE PRIME TEORIE DI REPRESSIONE: LE DOTTRINE NEGATIVE.

Le osservazioni spese nel capitolo precedente dimostrano che le riflessioni dottrinali sulle tematiche della persona giuridica quale organizzazione collettiva si sono sviluppate intorno ad una concezione dell'ordinamento giuridico di stampo soggettivistico, concezione peraltro dalla quale nemmeno la giurisprudenza della Suprema Corte, come si è visto, si è svincolata.

Questa prospettiva ha senz'altro sensibilmente influenzato l'approccio al fenomeno dell'abuso dello schema societario.

La tesi classica della persona giuridica quale alterità soggettiva ha riscosso un diffuso consenso nella dottrina italiana nel corso della prima metà del secolo passato.

Successivamente, però, nonostante *de iure condito* l'autonoma soggettività delle persone giuridiche fosse incontrovertibile, hanno conquistato crescente terreno proprio le posizioni negative di tale autonomia, con le quali la dottrina tradizionale aveva convissuto fin dal suo sorgere.

Ne è sorta una tensione sistematica tra le due diverse concezioni della persona giuridica, fomentate da posizioni dottrinali che – ciascuna in relazione alla concezione adottata – hanno forzato i propri presupposti assiologici⁴⁹, e sono giunte a conseguenze estreme ed abusive: così, ad esempio, si arrivò ad affermare che, poiché il legislatore ha creato la *fictione* della persona giuridica per fare del bene (si pensi allo Stato: esso è una persona giuridica pubblica sorta per la realizzazione del bene pubblico), per coerenza logica in capo ad essa non è configurabile una responsabilità da fatto

⁴⁹ FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 64.

illecito; oppure, si giunse ad attribuire al macroantropo della persona giuridica caratteri propri della persona fisica come il sesso, la razza o l'età⁵⁰.

Nel presente paragrafo si cercherà di ricostruire i presupposti sistematici e ordinamentali su cui si fondano le principali teorie negatrici.

Preliminarmente, tuttavia, si sottolinea che vi è un solo elemento che appartiene comunemente ad ogni prospettiva negatrice che si sostanzia nell'idea che, in presenza di una persona giuridica, i veri soggetti del diritto sono solamente le persone che se ne avvalgono (da qui l'uso di qualificare le dottrine in discorso anche come 'dottrine individualistiche' o 'riduzionistiche')⁵¹.

Le prime rilevanti teorizzazioni del disconoscimento del concetto di persona giuridica furono proposte verso la fine dell'ottocento dal fiammingo Van den Heuvel ('teoria dei diritti individuali preivilegiati') e dal francese Maquis de Vareilles-Sommières⁵².

Veniamo più nel dettaglio ad analizzare il pensiero del giurista fiammingo.

Dopo aver studiato con attenzione le conseguenze che il diritto positivo fa discendere dalla personalità giuridica, Van den Heuvel afferma che questa altro non è che la "*réunion de quelques privileges articuliers, des quelques rares dérogations aux principaux usuels et généraux du droit positif actuel*"

Trattasi di privilegi sorti con la vocazione di facilitare la promozione e la pratica degli affari: così, ad esempio, grazie

⁵⁰ È la ricostruzione di GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990, 175 ss.

⁵¹ E quindi, ad esempio, nell'ipotesi dell'associazione, gli associati; nell'ipotesi della fondazione, i suoi amministratori e i suoi beneficiari; in quella della società, i soci.

⁵² Il pensiero di tali giuristi è qui ripreso dalla ricostruzione offerta da BASILE-FALZEA, *cit.*, 251 ss.

alla legittimazione processuale dell'amministratore delle società, si evitano procedure lunghe e costose; con la distinzione fra il patrimonio sociale e quello dei singoli soci si assicura un'adeguata tutela ai creditori sociali; e, infine, la natura mobiliare del diritto di ciascun socio verso gli altri rende possibile una circolazione semplice e rapida della qualità di socio medesima.

La conclusione è dunque che la persona giuridica non è un soggetto diverso dagli individui che la compongono ma un semplice mantello che avvolge individui reali e vivi: *“Elle n'est en vérité, qu'une manière d'être de droits individuels, qu'une forme particulière de la société ordinaire, qu'un manteau destiné à couvrir non pas une existence abstraite et factive, mais des individus réels vivantes et pratiques”*.

La tesi negatrice del giurista fiammingo si distingue dalla prospettiva di Vareilles-sommieres in quanto mentre per il primo la maschera della persona giuridica è accordata dal legislatore agli agenti umani sottesi e determinanti la vita della stessa, nella teoria del giurista francese tale maschera è di creazione puramente dottrinale: è la dottrina che, viziata da un effetto ottico, fa apparire come un'entità i rapporti giuridici concepiti dallo stesso legislatore come i rapporti di una pluralità di persone.

Le teorizzazioni dei citati giuristi si pongono come un primo tentativo di fare marcia indietro rispetto alle prospettazioni sulla persona giuridica assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria a partire dagli inizi del novecento, attraverso un ammonimento dell'inesistenza di un'alterità soggettiva rispetto all'uomo ormai da troppo tempo data per scontata dalla scienza giuridica (come realtà o sia pure come mera finzione) nonché attraverso il recupero della consapevolezza del ruolo determinate che la dottrina, prima ancora del legislatore, ha svolto nella creazione di questo concetto.

Le citate dottrine negatrici hanno ottenuto una discreta diffusione nella seconda metà del novecento, grazie anche ad un significativo contributo delle successive ricostruzioni del concetto di persona giuridica in chiave puramente normativa⁵³.

Ciò grazie anche al sostegno di presupposti teorico-filosofici più robusti e sofisticati e, precisamente, dei postulati propri della dottrina pura del diritto della scuola di Vienna (il cui massimo esponente è, come noto, Hans Kelsen).

L'opera del Kelsen⁵⁴ è diffusamente permeata da una concezione monistica del diritto, il quale si risolve ed esaurisce sistematicamente nella norma giuridica.

Fulcro ed oggetto dello studio della scienza giuridica è quindi puramente la norma giuridica, positivamente considerata e slegata da ogni interconnessione con la realtà che è chiamata a regolare.

È agevole comprendere quindi come in una simile visione la persona (fisica e giuridica), altro non è che una proiezione soggettiva della norma giuridica e, non essendoci nel mondo giuridico altro che norme o sistemi di norme, la persona, per aver cittadinanza in questo mondo, non può che essere, a sua volta, concepita come un sistema di norme⁵⁵.

⁵³ Sulle concezioni normativistiche in generale (e in particolare su quelle di Kelsen e Ascarelli come di seguito ricostruite) cfr. BASILE-FALZEA, *cit.*, 254 ss; PELLIZZI, *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota formula*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 481 ss; PAVONE LA ROSA, *Personalità giuridica e tecniche interpretative*, in *Studi in memoria di Orazio Condorelli*, vol. III, Milano, 1974, 965.

⁵⁴ KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it., Milano, 1952, 98 ss.

⁵⁵ Secondo Kelsen poiché “*soltanto il comportamento di esseri umani può essere regolato dall'ordinamento giuridico*” il dire che “*la corporazione, come persona giuridica, conclude negozi, stipula contratti, promuove azioni giuridiche e così via, che la corporazione come persona giuridica, ha diritti e doveri poiché l'ordinamento giuridico può imporre dei doveri e conferire dei diritti soltanto ad*

L'illustre Autore peraltro non esenta da critiche il processo di ipostatizzazione dell'ordinamento giuridico (cfr. § II.II.) che ha determinato la genesi del concetto di persona giuridica. La critica kelseniana si fonda sulla constatazione che per mezzo del suddetto processo l'ordinamento è trasformato in una sostanza, e questa sostanza è considerata come una cosa separata, un essere distinto dall'ordinamento e dagli esseri umani il cui comportamento è regolato dall'ordinamento stesso.

Per lo studioso non esiste invece che un'unica categoria di soggetti di diritto; ad essere molteplici sono, all'opposto, i rapporti giuridici ad essi imputabili, potendosi distinguere dai rapporti giuridici spettanti agli individui come tali, altri rapporti giuridici, di contenuto diverso dai primi, che agli individui spettano quali membri del gruppo.

Kelsen riconosce piena validità a quel comune denominatore delle tesi di Van Heuvel e di Vareilles-Sommières secondo cui diritti e doveri delle persone giuridiche altro non sono che diritti e doveri dei loro membri, ma precisa anche – ed è qui la vera novità – un dato ulteriore: e cioè che si tratta di diritti e doveri che i membri “*posseggono in una maniera specifica, in una maniera diversa da quella con la quale essi posseggono i diritti e i doveri senza essere membri della corporazione*”⁵⁶.

Sono diritti e doveri collettivi, nel senso che il comportamento di questi individui “*è regolato*

esseri umani” altro non è che un mero parlare figurato. Procede lo studioso con il dire che “*non si può seriamente negare che azioni ed omissioni possono essere soltanto azioni ed omissioni di un essere umano. Quando si parla di azioni ed omissioni di una persona giuridica, si deve trattare di azioni e omissioni di esseri umani*”; “*l'ordinamento giuridico può imporre dei doveri e conferire dei diritti soltanto ad esseri umani, dato che soltanto il comportamento di esseri umani può essere regolato dall'ordinamento giuridico*” (KELSEN, *cit.*, 98).

⁵⁶ KELSEN, *cit.*, 102.

dall'ordinamento giuridico parziale che costituisce la comunità presentata come persona giuridica". In questa prospettiva, dunque, la persona giuridica svolge il ruolo di soggetto strumentale: "Che il diritto dello stato attribuisca ad una persona giuridica diritti e doveri non significa che un essere diverso da un individuo umano sia obbligato o autorizzato, significa soltanto che sono attribuiti indirettamente diritti e doveri agli individui. La funzione caratteristica di quell'ordinamento giuridico particolare di cui la persona giuridica è una personificazione, è quella di servire quale intermediario in questo processo"⁵⁷.

Nel panorama dottrinale italiano, il giurista che sviluppò una teorizzazione negatrice palesemente permeata dalla prospettiva normativista Kelseniana è senza dubbio l'Ascarelli, il quale elabora una concezione puramente normativa del concetto di persona giuridica volta ad evitare che l'interprete possa incorrere nell'errore metodologico compiuto dagli assertori della tesi realistica tradizionale⁵⁸.

L'Autore nostrano riconosce le potenzialità suggestive delle concezioni ipostatiche tendenti a concepire le persone giuridiche come 'entità reali' del mondo del diritto. Tali concezioni, seppur senza dubbio sorte per soddisfare un'esigenza sistematica d'ordine che permetta al giurista di risalire dal particolare verso l'elaborazione di categorie generali, sembrano comunemente viziate da un'istintiva e inavvertita "pigrià mentale", che induce i loro sostenitori ad instaurare raffronti e collegamenti logici tra singole categorie

⁵⁷ ID, *cit.*, 103.

⁵⁸ ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano, 1959, 242 ss. Sull'opportunità di demistificare il concetto di persona giuridica e di sottolineare l'eccezionalità della limitazione di responsabilità prevista dalla disciplina delle società di capitali cfr. dello stesso Autore, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, 981 ss; *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 995 ss.

o aspetti di una data categoria e a ricavare poi da essi deduzioni e sviluppi ulteriori e diversi rispetto a quelli inizialmente formulati⁵⁹.

Ma Tullio Ascarelli è anche ammonitore del duplice pericolo che accompagna questo metodo interpretativo: da un lato, quello di attribuire ai concetti giuridici un contenuto più ricco di quello per il quale erano stati creati dal legislatore; e, dall'altro, quello di ritenere che, poiché la persona giuridica si pone in un rapporto di alterità rispetto ai suoi componenti, sia conseguentemente necessario risolvere in termini di dualità tutti i problemi la cui soluzione dipenda dal ravvisare o meno nella comunità un distinto centro di imputazione di situazioni giuridiche.

Ma veniamo alla soluzione proposta da Ascarelli: per l'illustre giurista la persona giuridica non è una "classificazione tipologica della realtà"⁶⁰ ma una entità puramente verbale o concettuale, espressione riassuntiva di una data disciplina normativa⁶¹. Come essa indica soltanto un

⁵⁹ Si vedano anche, per maggiori ragguagli, le osservazioni di PAVONE LA ROSA, *Personalità giuridica e tecniche interpretative*, in *Studi in memoria di Orazio Condorelli*, cit., 967 ss.

⁶⁰ L'idea che la persona giuridica abbia un "parallelismo in un dato prenormativo della realtà sociale" è rifiutata dall'Ascarelli che eccepisce invece che il concetto "*corrisponde ad una normativa che non trova riferimento in una tipica realtà (pregiuridica), ma in quella stessa realtà, alla quale corrisponde il concetto di persona fisica*" (cfr. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, cit. 233).

⁶¹ Sempre in questa direzione c'è peraltro anche chi si è spinto oltre ed ha affermato che l'espressione persona giuridica è "*un termine o un simbolo sprovvisto di significato, poiché non esiste possibilità alcuna di trovare per tale simbolo una qualsivoglia descrizione significativa*": cfr. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, 87.

Alla concezione riduzionistica si è opposto SCALFI (cfr. dell'Autore, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968) il quale, pur ammettendo il valore della teoria normativa ai fini dell'individuazione delle formazioni

insieme di regole attinte dal giurista nei dati normativi. Può allora dirsi, scrive Ascarelli, “*che una persona giuridica è, nel linguaggio giuridico, un analogo della parentesi nel linguaggio algebrico*”⁶².

sociali non personificate, riafferma in pieno l’idea e quindi l’esistenza della persona giuridica sotto il profilo della diversa considerazione che la legge ha di questi individui rispetto alle collettività non personificate: “*L’antica discussione sulle persone giuridiche (l’universalità si contrappone e si distingue dai singoli componenti ovvero “è” i singoli componenti) trova dunque nelle forme previste dalla legge il suo superamento. Sono previste forme nelle quali la soggettività realizza solo il mezzo per attuare verso i terzi, in modo unitario, le identiche posizioni dei singoli, i loro solidali interessi; esistono altre forme nelle quali la considerazione degli individui vien meno di fronte alla loro partecipazione all’attività sociale o associata nella qualità di organi e la soggettività realizza l’espressione della collaborazione tra organi che agiscono sulla base della divisione di competenza. In questo secondo caso (e non nel primo) la persona giuridica si presenta in posizione di alterità rispetto ai suoi componenti e prendono vita i rapporti tra persona giuridica e componenti*” (ID., cit, 101). Frettolosa appare però “*l’affermazione secondo cui la dimostrazione che mediante la c.d. dissoluzione dell’idea di persona giuridica sia consentita una più vivace repressione degli abusi non è stata data*”: v. voce “*Persone giuridiche*”, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1990.

⁶² Il paragone con l’uso della parentesi in algebra era già stato compiuto, come rileva GALGANO (*Le società per azioni. Principi generali. Artt. 2325-2341, in Commentario del cod. civ. Schlesinger, Milano, 1996, 340, n. 60*), dal russo KORKOUNOV (*Cours de théorie générale du droit, Paris, 1914, 224*). Il paragone è stato criticato da PELLIZZI: “*Si è paragonata – com’è risaputo – la funzione della formula persona giuridica a quella che svolge nell’algebra la parentesi, e si è di recente ripreso il paragone accostandolo alla nota tesi della persona giuridica come espressione abbreviata di una normativa. Ora, se i ricordi di scuola non ci ingannano, la parentesi algebrica indica solo un ordine da seguire nello svolgimento delle operazioni e non abbrevia nulla. Anzi, consente di riprodurre per esteso, senza risolverla, un’operazione che, altrimenti, bisognere esprimere nel suo più breve risultato. Ciò a cui si voleva alludere è,*

Si deve infine prestare attenzione ad un ulteriore dato: la disciplina riassunta è, in ogni caso, scomponibile in norme attinenti a rapporti tra individui (e, cioè, una speciale disciplina normativa concernente relazioni tra uomini).

Se Kelsen aveva ammesso la configurabilità, attorno all'unicità del soggetto, di una pluralità di tipologie di rapporti giuridici (ed aveva parlato di diritti e doveri degli individui in quanto tali e di diritti e doveri degli individui in quanto membri della collettività), Ascarelli nega con forza l'esistenza anche di questa pluralità di rapporti. Per Ascarelli, infatti, non vi sono che uomini singoli e rapporti giuridici tra uomini singoli.

Questo dato, che fa della tesi dell'Autore una tesi anche più marcatamente individualistica di quella Kelseniana, Ascarelli lo ricava dalla propria concezione dell'istituto delle società e, in particolare, delle società per azioni.

Lo studio della sua opera rende evidente, infatti, come la revisione del concetto di persona giuridica si inserisca puntualmente nell'esame dei problemi delle società e costituisca un aspetto della tendenza dell'Autore di rafforzare gli strumenti di tutela degli azionisti. In ordine al problema della definizione degli interessi che nella disciplina delle società devono trovare opportuna tutela, l'Ascarelli è stato il più coerente e strenuo assertore delle posizioni contrattualistiche. Nel suo pensiero possiamo cogliere due linee direttrici: da un lato, l'affermazione della necessità di

verosimilmente, non la parentesi ma il simbolo algebrico e, dato che siamo in tema di realtà e di irrealtà, ci sembra torni a proposito il ricordare, tra i simboli algebrici, quell' "i" minuscola che raffigura un numero (radice quadrata di -1) per definizione immaginario, e tuttavia non riducibile ad alcun altro numero reale, è indispensabile per alcune operazioni matematiche. Può dirsi che la persona giuridica, quand'anche se ne debba negare la realtà, abbia per il giurista un analogo carattere d'insostituibilità" (Cfr. PELLIZZI, La società persona giuridica: dove è realtà e dove è formula vuota, cit., 481).

escludere dalla nozione di interesse sociale ogni interesse diverso da quello dei soci; dall'altro, l'identificazione dell'interesse sociale con l'interesse comune dei soci e la conseguente risoluzione di ogni interesse facente capo alla società in un interesse dei suoi membri. È a questo punto chiaro come la concezione riduzionistica della persona giuridica abbia consentito all'Autore di percorrere entrambe le linee direttrici testè descritte.

In termini di consenso, le dottrine negatrici sorpassarono le teorizzazioni realiste tradizionali negli anni '50, allorché si sviluppò la terza fase di sviluppo delle stesse, che passò attraverso, in primo luogo, il rinnovo dei presupposti filosofici alla base delle teorie: in queste più recenti elaborazioni che si definiscono 'nominalistiche' troviamo, in luogo della teorica normativista, la cosiddetta 'filosofia analitica o dell'analisi del linguaggio'⁶³.

Essa si basa su due presupposti principali.

Un primo postulato è di natura filosofica/gnoseologica: gli analisti del linguaggio condannano ogni essenzialismo, ogni concettualismo, ogni qualsivoglia forma di convinzione che un concetto giuridico possa esistere solo qualora sia dotato di un preciso significato e di una corrispondenza nella realtà; e propongono, allora, una reimpostazione del linguaggio definitorio in senso 'nominale', affinché scompaia per l'interprete il problema del riferimento alla realtà e rimanga solo quello delle condizioni d'uso del concetto stesso.

Il secondo postulato ha natura metodologica: la filosofia analitica critica il metodo giuridico tradizionale di considerare assolutamente necessario risolvere anzitutto il problema preliminare della 'natura' di un concetto giuridico

⁶³ Sull'indirizzo filosofico-analitico qui ricostruito e sulle varie tesi nominalistiche si veda l'ampio e approfondito studio di PINTORE, *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*, in *Quaderni fiorentini. Itinerari moderni della persona giuridica*, Milano, 1983, tomo II, 721.

(problema che è poi affrontato da ciascun giurista secondo lo schema stereotipato della discussione delle diverse teorie e della proposizione della propria). Per gli analisti quest'ordine operativo finisce con l'imprigionare la dottrina nel circolo vizioso della contrapposizione tra teorie, ed impedisce di riflettere se per caso il problema della natura del concetto non sia in buona parte alimentato proprio da quelle teorie e da quel tipo di impostazione. Ma la critica analitica più grave nei confronti di questa impostazione concettuale è che essa esprime una concezione fortemente ideologica dei rapporti tra il discorso dottrinale e il discorso del legislatore: la concezione, ovviamente mai esplicitata, che tratta quest'ultimo come punto di arrivo, anzichè come punto di partenza del lavoro dei giuristi.

Fatte queste premesse, se si considera come le tradizionali dispute dottrinali inerenti al concetto di persona giuridica abbiano spesso rappresentato l'epitome del concettualismo e delle falle argomentative, si comprende facilmente il perché diversi giuristi, favorevoli ad adottare nello studio del diritto il moderno metodo dell'analisi del linguaggio, abbiano dato man forte alle tendenze volte ad escludere l'autonoma soggettività delle persone giuridiche.

Il contributo di questi giuristi alla teoria della persona giuridica rappresenta così quello che potrebbe definirsi un salto di qualità: fino alla metà del secolo XX, infatti, la disputa aveva in fondo avuto tutto il sapore di una questione prevalentemente teorica; mentre successivamente i più agguerriti 'avversari' della persona giuridica hanno spostato la discussione su un piano strettamente giuridico e sostanziale, al fine di pervenire alla soluzione di singole questioni interpretative.

Scrive il Pellizi agli inizi degli anni ottanta: *“Perché fino a ieri qualsivoglia giurista, credesse o non credesse nella realtà della persona giuridica, d'una cosa era comunque certo: che la persona giuridica era dal legislatore*

considerata come un soggetto di diritto e che come tale andava trattata (...). Ebbene, secondo le nuove tesi non è così: oggi si mette in dubbio che il legislatore voglia l'esistenza di soggetti di diritti o obblighi, chiamati persone giuridiche"⁶⁴.

I primi apporti nella prosettiva nominalistica ad avere avuto ampia eco provengono da un giurista inglese: Hart⁶⁵.

Questo Autore muove dai presupposti generali della filosofia analitica e sostiene che la domanda "cos'è la persona giuridica?" è una domanda ambigua in quanto i termini giuridici non possiedono quella diretta e immediata connessione con la realtà di fatto loro corrispondente che la maggior parte delle parole del linguaggio ordinario invece possiede ed alla quale ciascuno di noi fa ricorso per definire appunto il senso ordinario delle parole.

In definitiva per Hart non vi è nulla che corrisponda senz'altro a quel termine giuridico e la cosa che il giurista farebbe meglio a chiedersi anziché il riferimento di quel termine alla realtà, sono le sue condizioni d'uso in diritto. Scrive invero il giurista inglese: "*Noi non abbiamo a che fare con entità fittizie o anomale bensì con un uso nuovo ed esteso di regole giuridiche, e delle espressioni che in esso sono implicate*"⁶⁶.

Ma qual è in definitiva il *modus operandi* che il giurista deve seguire per individuare i presupposti applicativi di queste

⁶⁴ PELLIZZI, *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è formula vuota*, cit., 481.

⁶⁵ HART, *Definition and Theory in Jurisprudence*, trad it. in ID., *Contributi all'analisi del diritto* (a cura di Vittorio Frosoni), Milano, 1964, 60 ss.

⁶⁶ HART, *cit.*, 67. Hart ribadisce la conclusione cui in sostanza erano già pervenuti gli altri autori e cioè che in certe speciali situazioni, definite da apposite norme giuridiche, vi sono delle altre norme che vengono applicate al comportamento individuale in una maniera radicalmente diversa da quella in cui tali norme vengono applicate agli individui che non si trovano in particolari situazioni.

regole speciali? Hart suggerisce anzitutto di non isolare i termini giuridici dalle proposizioni che li comprendono poiché molto spesso le loro condizioni d'uso appaiono chiare già dal contesto nel quale i termini giuridici sono inseriti. In secondo luogo, l'interprete deve individuare le condizioni che devono essere soddisfatte affinché l'intera frase risulti vera. E, infine, deve mostrare le modalità con le quali, al fine di trarre delle conseguenze dalle regole che valgono per il caso particolare, quei termini vengono utilizzati⁶⁷.

Se quindi si guarda alla disciplina delle persone giuridiche, ciò che si nota è che vengono estese ad esse delle norme che sono formulate con riguardo ad individui umani e che in tal modo muta il significato che le parole hanno nel linguaggio comune.

Che bisogno c'è, allora, di ricorrere ad una teoria per definire la persona giuridica? Per Hart tutte le teorie fino ad allora elaborate non fanno che offrire una visione deformata del significato delle espressioni usate per le persone giuridiche, perché esse tutte unite, malgrado la loro reciproca

⁶⁷ È, questo, un passaggio logico delicato del ragionamento compiuto da Hart. Lo scrittore, vista la complessità, lo chiarisce prendendo come esempio il termine giuridico 'diritto soggettivo' inserito nella frase, dalla quale non deve essere separato "X ha un diritto soggettivo"; e dall'applicazione del proprio metodo trae i seguenti due rilievi: 1) un enunciato nella forma di 'X ha un diritto' è vero se vengono soddisfatte le seguenti condizioni: a) esiste un ordinamento giuridico; b) secondo una o più norme dell'ordinamento, c'è un'altra persona Y che è obbligata, ove si verificano date circostanze, a compiere un'azione o ad astenersi dal farlo; c) questo obbligo è fatto dipendere per legge dalle scelte di X o di un suo rappresentante autorizzato ad agire in sua vece, sicché Y è obbligato a compiere un'azione o ad astenersene, a seconda di quel che decide X (o un suo rappresentante autorizzato) ovvero è obbligato ad attendere la decisione di X (o del suo rappresentante) per farlo. 2) un enunciato nella forma di 'X ha un diritto' è adoperato per trarre una conclusione di diritto nel caso particolare che rientra nella previsione di tali norme, come sopra riverite (HART, *cit.*, 60 ss.)

inconciliabilità, hanno in comune l'assunto che quelle espressioni debbono designare o descrivere qualcosa, mentre la peculiarità attribuita alla persona giuridica risiede non già in essa, ma nelle caratteristiche distintive delle espressioni impiegate per la formazione ed applicazione delle norme giuridiche.

In particolare, Hart esprime un giudizio estremamente sereno sulla teoria della persona giuridica, quale espressione riassuntiva di una normativa dettata per singoli individui: "La teoria che gli enunciati riferiti alle persone giuridiche siano delle abbreviazioni ingannevoli di altri enunciati intorno ai diritti e doveri delle persone fisiche, è stata di solito avanzata in forma tanto rozza da non meritare di essere presa in considerazione. È facile accorgersi, infatti, che l'enunciazione dei diritti di una società per azioni non equivale certo a quella che i suoi membri hanno gli stessi diritti che ad essa vengono attribuiti.

III.I.II. L'APPLICAZIONE DELLE TEORIE NEGATIVE: LA TEORIA DELLA DISAPPLICAZIONE DELLE NORME QUALE TECNICA DI REPRESSIONE DELL'ABUSO.

Lo studio e lo sviluppo più significativo delle posizioni nominalistiche nel nostro paese è concordemente riconosciuto a Floriano d'Alessandro e Francesco Galgano, i quali svilupparono le indicazioni gnoseologiche e di metodo della filosofia analitica nella direzione individualista già indicata da Kelsen e Ascarelli (cfr. *supra* § III.I.I.)⁶⁸.

⁶⁸ Per il carattere di originalità e novità l'apporto scientifico di questi Autori si inserisce a pieno titolo in quella che è stata definita la "odierna scuola del diritto privato italiano" (cfr. MAIORCA, voce "Vicende giuridiche", in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1975, 804 ss., il quale rileva come "gli studi condotti con il metodo dogmatico tradizionale si sono isteriliti", mentre la "odierna scuola del diritto

Secondo questi autori è possibile imputare un comportamento esclusivamente ad un uomo in carne e ossa, unico soggetto del diritto realmente esistente: in quest'ottica, quindi, non esiste alcuna finzione o macroantropo.

Con i loro contributi, questi Autori hanno chiarito anche, e soprattutto, le gravi ripercussioni, non solo sulle elaborazioni dottrinali ma anche sull'approccio degli operatori del diritto societario, di ciò che si è definito 'processo di modulazione soggettiva' dell'ordinamento giuridico (cfr. § II.III.). D'Alessandro e Galgano, in sostanza, non solo hanno ribadito che la persona giuridica altro non è che una metafora del linguaggio, ma ne hanno denunciato altresì il pericoloso effetto ingannevole sugli studiosi, e distorsivo del modo di concepire la fenomenologia del diritto societario.

L'elemento che distingue i contributi di d'Alessandro e Galgano rispetto agli interventi meno recenti e riferiti nel paragrafo precedente è l'inizio della presa di coscienza da parte della scienza giuridica italiana dei pericoli insiti nell'uso della metafora della persona giuridica.

Ciò, peraltro, costituisce il momento più evoluto della diffusione delle teorie dissolvitrici della persona giuridica. Nelle descritte prime due fasi si è acquisita la consapevolezza del valore meramente dogmatico del concetto di persona giuridica, e si è cercato di contrastarne il processo di ipostatizzazione in corso da decenni nel mondo giuridico continentale.

In quest'ultimo stadio (cui è ascrivibile il pensiero dei due citati illustri giuristi) si è presa coscienza dell'eccessiva astrattezza del dibattito giuridico, e non ci si è limitati semplicemente a formulare una critica dell'essenzialità del concetto di persona giuridica ma si è volto lo sguardo anche agli effetti negativi dell'impiego della metafora sullo studio delle problematiche concrete della realtà societaria.

privato italiano, stante la constatata aridità dei tradizionali campi di ricerca teorica, cerca altrevie e altri campi”).

D'Alessandro, in particolare, esprime questa nuova consapevolezza descrivendo il processo di modulazione soggettiva come una transizione *“dalla assimilazione alla identificazione”*, dalla *“constatazione che la situazione giuridica posta in essere con il contratto di società è in certi casi e per certi aspetti, la stessa che si sarebbe determinata per il sorgere di un soggetto nuovo – che avesse preso su di sé, si fosse accollata, per esprimersi così, certe imputazioni o posizioni nell’ambito di certi rapporti – alla convinzione che un soggetto nuovo sia sorto e sussista realmente, e che la situazione normativa di cui sopra non faccia perciò che rispecchiare le conseguenze ‘logiche’ di questo fatto”*. In definitiva *“l’assimilazione, introdotta per ben definiti e determinati scopi di economia concettuale, di due situazioni pur sempre diverse e come tali riconosciute, si trasforma in identificazione, e cioè nella errata credenza che fra le due situazioni non esista alcuna differenza e che esse coincidano anzi perfettamente”*⁶⁹.

⁶⁹ D’ALESSANDRO, *Personae giuridiche e analisi del linguaggio*, Torino, 1959, 241 ss. Per d’Alessandro la norma che ascrive un comportamento ad una persona giuridica, data l’unicità del soggetto di diritto, o è un norma priva di senso oppure necessariamente deve ritenersi una norma incompleta che, come tale, va integrata. È a questa funzione integratrice che, a detta dell’Autore, adempiono le norme sull’organizzazione interna del gruppo la cui condizione d’uso è, in ultima analisi, quella di servire ad individuare i singoli individui cui in concreto la norma incompleta di partenza si riferisce. Da questo ragionamento d’Alessandro deduce che, in realtà, un procedimento di imputazione in due tempi che si risolve alla fine, sempre e comunque, nell’imputazione delle medesime situazioni soggettive a delle persone umane. Si deve tuttavia prestare attenzione al rischio di confondere su questo punto il pensiero di d’Alessandro con quello di Kelsen, perché in verità il primo è una correzione del secondo: il procedimento di cui parla d’Alessandro non attua una mera trasposizione meccanica di situazioni soggettive dalla persona giuridica alle persone fisiche (e, quindi, in buona sostanza, una mera trasposizione dei nomi dei soggetti-centri di imputazione), bensì ciò che lo stesso scrittore

Francesco Galgano distingue ancora più chiaramente i due temi che si sono poc'anzi nuovamente richiamati: quello della demistificazione del concetto di persona giuridica e quello della denuncia degli effetti distorsivi ed ingannevoli processo di modulazione soggettiva dell'ordinamento giuridico⁷⁰.

Per quanto concerne la demistificazione della figura della persona giuridica, Galgano si avvale in primo luogo di alcune preziose considerazioni in chiave storica, le quali consentono allo studioso di mettere in luce la funzione prettamente ideologica – e non normativa – di una costruzione tutta dottrinale e priva di un esatto fondamento giuridico.

Introdotta nel linguaggio dei giuristi nel corso dell'Ottocento, la nozione di persona giuridica è servita quale ideale espediente concettuale per la realizzazione di un più ampio disegno ideologico a favore della classe borghese allora dominante: ossia il disegno di occultamento delle posizioni di potere conquistate attraverso l'abile strumentalizzazione della popolarità degli ideali di fraternità ed uguaglianza.

chiama 'frammentamento' o 'funzionalizzazione' delle posizioni soggettive. Ci si trova di fronte ad un individualismo che rispetto all'elaborazione kelseniana è perfezionato, e reso più sofisticato. Per un'obiezione mossa alla tesi di d'Alessandro si veda – fra gli altri – Arangio Ruiz, secondo cui non vi sarebbe coincidenza fra le posizioni imputate alla persona giuridica e la somma delle facoltà, dei poteri e dei doveri attribuiti agli individui (cfr. ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, 94).

⁷⁰ Dell'autore si vedano, in particolare, le seguenti opere, da cui è stata attinta la presente ricostruzione: *Le società per azioni. Principi generali*, in *Commentario del Cod. Civ. Schlesinger*, Milano, 1996, 315 ss; *Diritto civile e commerciale*, I, 1, Padova, 1990, 169; *Delle persone giuridiche*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969, sub. Artt. 11-35; *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. Dir. civ.*, 1965, I, 586; *Il costo della persona giuridica*, in *Ric. Soc.*, 1968, 1 ss.

Nella ricostruzione del Galgano la borghesia aveva predicato, prima della conquistata del potere, l'uguaglianza tra tutti i cittadini: una volta conquistato il potere, essa non poteva contraddirsi; doveva quindi elaborare dottrine che valessero ad occultare i privilegi che si riservava, che permettessero di ricondurli al principio di uguaglianza⁷¹. Per l'illustre Autore la persona giuridica sarebbe, senza dubbio, una di queste dottrine.

La funzione ideologica della persona giuridica si è evidentemente rinnovata ed aggiornata con l'evoluzione e la trasformazione della borghesia ottocentesca nella classe imprenditoriale del nostro secolo. La personificazione della società come ente distinto dalle persone dei soci ha avuto lo scopo di ingenerare il convincimento che nella società per azioni fossero in gioco interessi sovra – umani, trascendenti l'interesse dei soci. La classe imprenditoriale si è potuta mimetizzare dietro lo schermo della società-persona giuridica il cui concetto svolge una funzione ideologica e non nomrativa: *“la funzione di occultare le condizioni di privilegio o le posizioni egemoniche che la disciplina normativa crea a favore della classe dominate; la funzione di superare, con un espediente concettuale, la contraddizione esistente fra il proclamato principio di uguaglianza e le disuguaglianze in concreto costruite”*⁷².

Chiarita la funzione ideologica che il concetto di persona giuridica ha storicamente svolto, Galgano completa agevolmente la sua demistificazione procedendo attraverso due fondamentali considerazioni.

La prima rappresenta il fondamento di tutte le elaborazioni normativistiche. Come avevano già affermato, tra gli altri, d'Alessandro e Acarelli, anche Galgano ribadisce che il concetto di persona giuridica è solo uno strumento del linguaggio tecnico-giuridico con cui si riassume una

⁷¹ GALGANO, *Il diritto privato tra codice e costituzione*, 1998, 100.

⁷² GALGANO, *Il diritto privato, cit.*, 102.

disciplina normativa complessa dei rapporti intercorrenti tra persone fisiche organizzate in un gruppo⁷³.

La seconda riflessione attiene invece alla non insostituibilità del soggetto di diritto come elemento modulatore dell'ordinamento. L'Autore rileva invero che è possibile duplicare, con analoga congruenza logica, anziché le categorie dei soggetti giuridici il contenuto dei rapporti giuridici, distinguendo così tra rapporti giuridici che spettano agli individui come tali e rapporti giuridici che spettano agli individui come membri della collettività organizzata.

“Muta così l'ambito di classificazione del fenomeno, dall'osservazione del quale era stata desunta l'esistenza delle persone giuridiche: esso perde la tradizionale collocazione nella teoria dei soggetti di diritto. Ciò che di speciale – di diverso, cioè, dal diritto comune – è dato di ravvisare nella disciplina del gruppo è, piuttosto, fenomeno da valutare in sede di teoria dei rapporti giuridici: la proprietà e debito sottoposti ad una 'speciale disciplina normativa'; sono rapporti giuridici regolati diversamente dai corrispondenti rapporti di diritto comune”⁷⁴.

La conclusione di Galgano è che *“la persona giuridica cessa, in tal modo, di presentarsi come uno 'schermo' che il diritto ha interposto tra i membri del gruppo ed i terzi che solo l'equità consente, in casi eccezionali di eliminare; uno*

⁷³ GALGANO, *Le società per azioni*, cit., 340: *“L'interprete si avvarrà – in conformità, del resto, con il linguaggio legislativo – del concetto di persona giuridica; ma egli portà, ogni qual volta lo valuterà opportuno, risalire alle norme giuridiche che di questo strumento linguistico sono le 'condizioni d'uso': la persona giuridica gli apparirà, allora, come la speciale disciplina legislativa che, in deroga al diritto comune, la legge ha previsto per i membri di determinati gruppi; egli si ritroverà di fronte ad una 'somma di privilegi' che, ricorrendo specifici presupposti, il legislatore ha concesso ai membri”*.

⁷⁴ GALGANO, *Il diritto privato*, cit., 92.

schermo di fonte al quale debba arrestarsi, inerme, l'interprete che deve giuridicare secondo il diritto"⁷⁵.

Sotto il secondo profilo, quello della presa di coscienza degli effetti distorsivi dell'impiego del concetto di persona giuridica in materia societaria, Galgano rileva l'incoerenza, le antinomie e le contraddizioni del linguaggio legislativo codicistico (v. *supra* § II.III.II.) e denuncia la "grandiosa impresa concettuale" compiuta dalla scienza giuridica italiana: la trasformazione del principio di responsabilità limitata da privilegio, da beneficio derogatorio ed eccezionale rispetto al regime generale della responsabilità patrimoniale, in applicazione di quello stesso principio generale; la riconduzione al diritto comune, rappresentato dall'art. 2740, c. 1°, cod. civ., di una condizione giuridica che deroga al principio generale ed è da collocare entro i confini di applicabilità dell'art. 2740, c. 2.

A proposito delle norme degli artt. 2362, 2462 e 2497 cod. civ.⁷⁶ Galgano aggiunge: "*queste non sono norme che, eccezionalmente, addossano ad un soggetto (il socio) i debiti di un altro soggetto (la società); ma sono norme che si pronunciano sull'applicabilità, ad un medesimo soggetto (il socio), della norma di diritto speciale (che limita la sua*

⁷⁵ ID., 98

⁷⁶ Le prime due norme sono state novellate dall'art. 3 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, rettificato e corretto con avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale, serie gen., n. 153 del 4 luglio 2003 e di nuovo rettificato con avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale serie gen., n. 165 del 18 luglio 2003. Se prima della riforma era previsto che il socio rimasto unico rispondesse con il proprio patrimonio dei debiti sociali per i periodi in cui fosse rimasto da solo, attualmente il medesimo effetto è previsto esclusivamente nell'ipotesi in cui i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'art. 2464, o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'art. 2470. Per le considerazioni che saranno diffusamente spese nel prosieguo (v. § III.I.III.), si ritiene che tali modifiche non siano idonee a incidere sulla tenuta delle argomentazioni del Galgano.

responsabilità) o quella di diritto comune (che estende la responsabilità all'intero suo patrimonio). Quanto alle prime due norme – quelle che fanno decadere l'unico azionista o l'unico quotista dal beneficio della responsabilità limitata – esse restituiscono vigore al diritto comune per l'ipotesi in cui sia venuto meno un presupposto di applicazione della disciplina speciale: qui la presenza di una pluralità di membri, quale condizione necessaria dell'organizzazione corporativa.⁷⁷

Alla luce di queste considerazioni l'Autore può così concludere con l'avvertimento che solo questa consapevolezza, e dunque il recupero di una dimensione normativo-oggettiva del fenomeno societario, “*permette di sventare i cosiddetti abusi della personalità giuridica: l'interprete scoprirà che abusare della personalità giuridica – trarre cioè illegittimo profitto dall'interposizione dello schermo 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*”⁷⁸.

Spostandosi sul terreno pratico dell'abuso dello schermo societario, lo studioso dimostra che il recupero della prospettiva normativa consente una notevole semplificazione dei problemi in questione, smentendo la diffusa convinzione che essi non possano che entrare in una soluzione fondata sull'equità e inquadrandoli invece nella sfera consueta dei problemi di interpretazione ed applicazione del diritto. “*Il problema della repressione degli abusi della personalità giuridica si porrà, allora, nei medesimi termini in cui si pone, nella quotidiana esperienza dell'interprete del diritto, ogni problema di applicazione di norme: l'interprete si domanderà se sussistono, nella fattispecie sottoposta al*

⁷⁷ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 49.

⁷⁸ ID., 98

giuridice, i presupposti di applicazione della speciale disciplina riassuntiva nella nozione di persona giuridica e disapplicherà la disciplina speciale, restituendo vigore al diritto comune, ogni qual volta avrà dato a questa domanda risposta negativa”⁷⁹.

III.I.III. L’ART. 2362 COD. CIV. COME NORMA DI CARATTERE GENERALE, LA TECNICA DI DISAPPLICAZIONE DI NORME E IL PRINCIPIO DI RELATIVITÀ DELLA RESPONSABILITÀ LIMITATA.

I risultati di questa ricerca non si esauriscono nel mero rilievo dell’incoerenza della disciplina condicistica (v. *supra* § II.III.II) con il tradizionale modo di intendere la distinzione tra società aventi e società non aventi personalità giuridica e riguardano, soprattutto, la scoperta e la valorizzazione delle postenzilità applicative della norma dell’art. 2362 cod. civ. sul socio unico azionista.

Questa norma – per la quale, si ricorda, 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 – è (*rectius* era) infatti l’unica disposizione del nostro ordinamento che espressamente consente di derogare, a certe condizioni ed entro certi limiti, al principio della irresponsabilità patrimoniale degli azionisti e, quindi, l’unica che può offrire aperture sul terreno che qui interessa.

Nella teoria della disapplicazione delle norme, l’art. 2362 cod. civ. sarebbe l’espressione di una scelta del legislatore che, in quanto inequivocabile, non potrebbe essere messa in discussione sul piano interpretativo: il mantenimento del

⁷⁹ Per la prima formulazione di questa concezione dei fenomeni di abuso della responsabilità limitata da parte dei soci cfr. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica, cit.*, 1965, 553 ss.

beneficio della responsabilità limitata ha come presupposto il mantenimento della pluralità degli azionisti, e il giudice non può che disapplicare quel regime giuridico speciale e ripristinare il regime generale dell'art. 2740 c. 1, cod. civ., nelle situazioni in cui riscontri l'assenza di una sua condizione d'uso. In altre parole, la norma indica un elemento, la pluralità dei soci, che deve servire al giudice per compiere un'operazione di qualificazione giuridica della fattispecie, e discernere così due tipologie di situazioni che, agli occhi del legislatore, sono meritevoli di diversa disciplina in tema di responsabilità.

La questione deve essere oggi rivisitata posto che, sulla spinta delle disposizioni comunitarie dei primi anni novanta, è divenuta ammissibile nel nostro ordinamento l'esistenza della società unipersonale.

A prescindere, come si avrà modo di approfondire, dalla complessiva tenuta della prospettazione offerta dal Galgano, il cui fondamento sistematico non pare comunque intaccato dalla riforma del diritto societario (come, del resto, non può tanto meno dirsi superato ogni suo referente legislativo, posta la presenza ancora dell'art. 2452, in tema di società in accomandita per azioni v. *infra*), si ritiene di formulare alcune considerazioni sul punto.

L'art. 2740 cod. civ. impone all'imprenditore unico che intenda avviare un'attività economica di farlo con una posta eccezionale: tutti i suoi beni presenti e futuri. Non c'è da stupirsi, dunque, se molte piccole imprese ricorrono a soci di paglia per realizzare quella pluralità di persone che, ancorchè fittizia, consenta loro di sottrarsi alla pretesa legislativa.

Il legislatore che avesse voluto incoraggiare la creazione e lo sviluppo dell'iniziativa economica privata delle piccole e medie imprese non poteva pensare allora di continuare a negare all'imprenditore individuale la legittima e più che ragionevole cautela (indice tra l'altro di una qualità come la ponderatezza, che nel mondo degli affari appare non doversi

disprezzare) di esporsi ai rischi d'impresa soltanto con una parte del proprio patrimonio, evitando così che una eventuale rovina dell'azienda trascinasse con sé un giorno quella dell'intera sua famiglia.

E, del resto, non risultava così agevole individuare i motivi per i quali fosse ragionevole accordare il beneficio della responsabilità limitata a due persone che si associavano e negarlo, invece, all'opposto, ad un individuo che avviasse autonomamente un percorso imprenditoriale.

Invero si poteva sostenere che la giustificazione del diverso trattamento fosse rintracciabile nel reciproco controllo che i soci potevano esercitare in ordine alla vita sociale. Controllo che anima potenzialmente la dialettica fra maggioranza e minoranza.

Tuttavia, si poteva agevolmente replicare a tale assunto che – per compensare tale mancanza di forma di controllo – sarebbe bastato irrobustire e insistere su controlli sostituitivi, anche autoritativi.

E, ancora, si poteva rilevare che la locuzione società individuale altro non fosse che un ossimoro, posto che la società, come tale, richiederebbe un accordo di almeno due persone.

Ma se ancora volta si recuperasse la concezione della società persona giuridica come un complesso di norme derogatorie rispetto al diritto comune che disciplinano l'organizzazione interna di un'impresa, ecco che l'applicazione della relativa normativa anche alle iniziative individuali non desterebbe più alcun scalpore.

Storicamente, l'introduzione del concetto di società unipersonale nel nostro tessuto ordinamentale, risale al 1993, allorché fu introdotta dal d.lgs. n. 88/93.

In tale normativa era prevista la costituzione di società a responsabilità limitata con socio unico, mediante la stipula di un atto unilaterale, consentendo in tal modo ad un soggetto (in deroga al principio dell'art. 2247 cod. civ.) di esercitare

individualmente un'attività di impresa e di godere del beneficio della responsabilità limitata.

Si trattava di un'iniziativa assunta a livello europeo proprio dovuta alla presa di coscienza che in moltissime realtà imprenditoriali piccole, l'obbligo di una pluralità di soci si traduceva nell'intervento di un secondo socio che in realtà era solo un prestanome.

La previsione è stata successivamente estesa alle società per azioni dal d.lgs. n. 6/03, che ha ammesso la possibilità di costituire *ab origine* anche società per azioni unipersonali.

Quest'ultima riforma ha inciso in modo consistente anche sul regime della responsabilità del socio unico: da un lato, viene ribadita la regola per cui delle obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio (art. 2325 e 2462 cod. civ.) e, dall'altro, viene eliminata proprio la previsione, nel caso di insolvenza della società, dell'assunzione della responsabilità illimitata dell'unico socio nell'ipotesi in cui le azioni risultino essere appartenute a quest'ultimo.

Occorre tuttavia precisare che, alla luce della nuova normativa⁸⁰, il socio perde il beneficio della responsabilità

⁸⁰ L'art. 2362 cod. civ. recita: *“Quando le azioni risultano appartenere ad una sola persona o muta la persona dell'unico socio, gli amministratori devono depositare per l'iscrizione del registro delle imprese una dichiarazione contenente l'indicazione del cognome e nome o della denominazione, della data e del luogo di nascita o lo Stato di costituzione del domicilio o della sede e cittadinanza dell'unico socio.*

Quando si costituisce o ricostituisce la pluralità di soci, gli amministratori ne devono depositare apposita dichiarazione per l'iscrizione nel registro delle imprese.

L'unico socio o colui che cessa di essere tale può provvedere alla pubblicità prevista nei commi precedenti.

Le dichiarazioni degli amministratori previste dai commi precedenti devono essere depositate entro trenta giorni dall'iscrizione nel libro dei soci e devono indicare la data di iscrizione.

limitata in presenza di una delle seguenti ipotesi: mancato versamento dell'intero ammontare dei conferimenti in denaro all'atto della costituzione ovvero, in caso di unicità sopravvenuta, mancata effettuazione dei conferimenti ancora dovuti dal socio ormai unico nel termine di novanta giorni; fino a quando non venga attuata la pubblicità dei dati relativi all'unico socio, sia esso persona fisica o persona giuridica, mediante iscrizione nel registro delle imprese.

Si può ritenere, quindi, che l'introduzione della società unipersonale non sia idonea a corrodere sufficientemente le fondamenta della teoria della disapplicazione delle norme.

Come sopra già osservato, la società unipersonale, se concepita come un complesso di norme derogatorie rispetto al diritto comune che disciplinano l'organizzazione interna di un'impresa, può comportare la disapplicazione del regime di privilegio al ricorrere di alcuni presupposti (sostanzialmente legati alla mancanza di pubblicità o di solidità derivante dal versamento completo dei conferimenti).

Basta un rapido studio della nuova disciplina, infatti, soprattutto per la specificità delle misure di tutela dei terzi introdotte, per capire che la normativa in discorso non intende insinuarsi nel delicato rapporto esistente tra il regime generale della responsabilità patrimoniale del debitore e quello derogatorio della limitazione della responsabilità a favore dei soci capitalisti.

In buona sostanza, la normativa conferma come la concessione della responsabilità limitata anche nelle società unipersonali costituisce un'eccezione alla regola generale di cui all'art. 2740 cod. civ., che troverà nuovamente

I contratti della società con l'unico socio o le operazioni a favore dell'unico socio sono opponibili ai creditori della società solo se risultano dal libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione o da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento”.

applicazione se non fossero ottemperate le disposizioni codicistiche.

Se è vero quindi che la nuova configurazione di società a responsabilità limitata ha chiarito il favore legislativo per un'estensione a talune forme di imprenditoria individuale dall'esonero della responsabilità patrimoniale, questo di fatto potrebbe tradursi in un ridimensionamento del problema dell'abuso della responsabilità limitata ma non anche in un *revirement* delle tesi sull'eccezionalità dell'art. 2362 cod. civ. con la conseguente riduzione dello spazio di manovra per la repressione degli abusi.

Ciò detto, si può dunque riprendere ad analizzare l'importanza di una norma che, sistematicamente, rivela la natura derogatoria della responsabilità limitata rispetto all'art. 2740 cod. civ.

In questa nuova prospettiva una simile lettura sistematica determina inevitabilmente una modificazione degli equilibri tra le norme del codice civile sulla responsabilità del debitore. In particolare a subire una ricollocazione è l'art. 2325 cod. civ.⁸¹, tradizionalmente concepito come la logica conseguenza della 'personalità' della società e dunque come una sorta di riaffermazione del principio generale dell'art. 2740 cod. civ. per il mondo autonomo, ma parallelo, delle persone giuridiche.

La disposizione dell'art. 2362 cod. civ. chiarisce invece che il beneficio della responsabilità limitata non è connaturato ed inseparabile dalla società e, a maggior ragione, che esso non discende da un concetto, astratto e privo di un esatto referente giuridico sostanziale, quale il concetto di persona giuridica⁸².

⁸¹ A norma del quale "*nella società per azioni per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio*"

⁸² Nel senso invece che la personalità giuridica delle società continua a sussistere anche nel periodo della concentrazione delle partecipazioni (quanto meno all'esterno, venendo meno invece nei rapporti interni), cfr., SCALFI, *I c.d. rapporti interni nelle società con*

Dunque al carattere non assoluto di tale beneficio si associa la specialità della norma dell'art. 2325 cod. civ. che, da espressione di un principio generale, si contrappone ora a quel principio come una sua deroga, come un regime eccezionale e subordinato alla ricorrenza di precise condizioni⁸³.

Nella norma dell'art. 2362 cod. civ. risiede allora, celata, la soluzione – normativa e come tale inconfutabile – del

un solo socio e la successione dell'unico azionista, in *Riv. Dir., Comm.*, 1950, II, 56 ss.

⁸³ Sulla portata e sul significato da assegnare alla norma (e al principio sotteso dalla norma) dell'art. 2362 cod. civ., la dottrina ha manifestato nel corso di questi anni diverse opinioni, talora anche contrastanti, ma sempre accomunate dalla fedeltà al concetto tradizionale di persona giuridica come entità soggettiva autonoma. Per un'utile panoramica sul punto, cfr. INZITARI, *La 'vulnerabile' persona giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, 679. La norma non esisteva nel codice previgente e il suo inserimento nel testo del codice del 1942 si deve alla sensibilità che la dottrina, a partire dagli anni 30, mostrò nei confronti delle esigenze di sventare eventuali degenerazioni in senso tirannico del controllo societario. Quanto al profilo interpretativo, sembra opportuno segnalare che Bigiavi, negli anni Sessanta, ritenne di identificare nell'art. 2362 la affermazione di una presunzione assoluta *iuris et de iure* di quella posizione extrasociale del socio che egli già da tempo andava definendo come 'tirannia' (sul punto v. infra § III.I.II). Un'altra porposta interpretativa fu formulata da un fedelissimo della persona giuridica, il Graziani. Quest'autore non accettò l'oscuramento – a mezzo dell'art. 2362 cod. civ. – del dogma dell'alterità soggettiva della società e perciò sostenne che anche nel caso dell'art. 2362 vera debitrice è la società la quale può, semmai, essere vista come un debitore principale che ha come fideiussore ex lege il proprio socio unico. (per la ricostruzione del pensiero di tale Autore, nonché per alcune critiche recenti alla lettura dell'art. 2362 cod. civ. quale ritorno alla regola generale cfr. NIGRO, *Procedure concorsuali e tecniche di ampliamento della responsabilità*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO E PORTALE, Torino, 1983, 447 e MONTALENTI, *L'abuso della personalità giuridica*, in *Diritto privato*, 1997, III, Padova, 1998, 276.

dibattuto problema della natura della persona giuridica, giacchè essa non sarebbe spiegabile se la persona giuridica fosse effettivamente un soggetto di diritto distinto dai soci, se tra società e soci ci fosse, cioè, lo stesso rapporto che esiste tra un signor Tizio e un signor Caio, ciascuno responsabile dei debiti propri e non dei debiti altrui. Essa si spiega considerando che i debiti della società erano già debiti del socio, dei quali però egli rispondeva limitatamente⁸⁴. Scomparsa l'alterità soggettiva dell'ente societario non rimane che un unico titolo di responsabilità del socio, mentre a subire una duplicazione è il regime giuridico della responsabilità medesima.

Chiarita nel modo qui brevemente ripercorso la funzione dell'art. 2362 cod. civ. – ossia la riaffermazione del carattere privilegiato e relativo (e dunque niente affatto inviolabile) del principio di limitazione di responsabilità per le società per azioni – è della sua portata e delle sue potenzialità applicative che la teoria di disapplicazione di norme si serve per reprimere gli abusi della responsabilità limitata.

In quanto norma non eccezionale, invero, l'articolo in questione sarebbe altresì suscettibile di applicazione analogica alle ulteriori ipotesi in cui – per la trasgressione di altre regole di organizzazione societaria, come in particolare le regole sull'autonomia patrimoniale dell'ente, sulla sua capitalizzazione e sulla determinazione delle decisioni amministrative - ricorre l'*aedem ratio*, ossia una situazione di

⁸⁴ GALGANO, *La società per azioni. Principi generali*, artt. 2325-2341, in *Commentario del cod. civ.*, cit., 370. Per una critica mossa a queste idee fin dalla loro prima elaborazione, cfr. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, 98, il quale afferma che il regime di responsabilità patrimoniale dell'art. 2740 cod. civ. si riferisce esclusivamente all'imprenditore individuale ed è, pertanto, inapplicabile nell'ambito delle società; e conseguentemente ritiene che l'unico azionista non sia in nessun caso (dunque neppure nei limiti del 2362 cod. civ.) soggetto al fallimento per estensione ai sensi dell'art. 147 l.fall.

assoluto dominio del socio, anche non unico, e deve quindi ritenersi che non persistano le condizioni in presenza delle quali il legislatore ha inteso concedere l'esenzione dal diritto comune⁸⁵.

La nuova chiave di lettura della disposizione suggella, in definitiva, un principio implicito nel nostro ordinamento giuridico, che potremmo definire come 'principio di relatività del regime giuridico di responsabilità limitata' delle società di capitali. Principio che sta a significare che il beneficio della limitazione della responsabilità d'impresa non solo ha carattere speciale – e può essere perciò ottenuto esclusivamente al ricorrere di determinate condizioni – ma è anche un privilegio non assoluto, essendo all'opposto revocabile dal giudice allorquando, nel corso del rapporto societario, appaia che le suddette condizioni sono di fatto venute meno.

Un'importante conferma della fondatezza del ragionamento qui descritto è individuata dalla medesima dottrina nell'art. 2462 cod. civ., la quale incorpora nella nozione di società in accomandita per azioni il principio, caratterizzante il tipo contrattuale, della responsabilità illimitata del socio accomandatario. Come nel caso dell'unico azionista, anche nell'ipotesi dell'accomandatario di accomandita per azioni l'opzione del legislatore per il regime della responsabilità patrimoniale si spiega per la posizione di dominio che il socio – qui per i suoi connaturati poteri di amministrazione e per il suo ruolo preminente nelle deliberazioni assembleari di sostituzione degli amministratori e di modificazione dell'atto costitutivo – assume sull'impresa⁸⁶.

⁸⁵ GALGANO, *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Bologna, 1982, 57-67, 235 ss.

⁸⁶ Cfr., quanto ai poteri di amministrazione, gli artt. 2465, c. 2 e 2466 cod. civ. (come noto, i soci accomandatari sono amministratori di diritto, sono nominati a tempo indeterminato e sono revocabili solo a mezzo di deliberazione assemblea straordinaria).

Ancora, e non meno significativamente, la norma contenuta nell'art. 2462 cod. civ., al pari dell'art. 2362 cod. civ., conferma l'autonomia di cui gode il principio di responsabilità limitata rispetto all'attribuzione della personalità giuridica la quale, non costituendone dunque la fonte, a maggior ragione non può diventare l'assoluta ragione giustificatrice. Ma soprattutto, il riferimento agli accomandatari di accomandita per azioni agevola la soluzione del problema dei presupposti del fallimento del socio che abbia abusato della limitazione di responsabilità. Al pari del socio unico, anche l'accomandatario di accomandita per azioni fallisce in applicazione non degli artt. 1 e 5 bensì dell'art. 147 l. fall.: il suo unico presupposto è l'insolvenza della società, mentre i requisiti oggettivo e soggettivo indicati dalle prime norme della legge qui non rilevano. Il fallimento del socio è, in definitiva, un fallimento per estensione e prescinde, coerentemente, dall'accertamento di una personale insolvenza che, per ovvie ragioni, nella prospettata ipotesi di abuso senz'altro non ricorre.

È questo il grande vantaggio e l'innegabile originalità del ragionamento che propone la tecnica della disapplicazione di norme, e cioè che essa prescinde totalmente dal concetto tradizionalmente inteso di persona giuridica. L'intera formulazione non si serve della separazione concettuale tra società e membri, giacché la soluzione al problema dell'abuso della responsabilità limitata è in un'operazione di scelta della normativa giuridica applicabile – se normativa generale del diritto comune o normativa speciale di diritto societario. Non c'è invece alcuna utilizzazione sostanziale del concetto di persona giuridica per ricondurre al diritto comune situazioni giuridiche sorte e disciplinate come speciali; nè tantomeno si riscontrano qui le ripersussioni che, come si è ampiamente illustrato, un concetto fortemente dogmatico come quello di persona giuridica ha prodotto sul dibattito in materia.

Malgrado tutto, però, la nozione di persona giuridica insidia il successo anche di tali moderne dottrine di revisione critica: la formula linguistica ‘persona giuridica’ continua innegabilmente ad essere utilizzata anche dalla dottrina che ormai da tempo propone la tecnica di disapplicazione delle norme. Basti pensare, al riguardo, alla ricorrenza in letteratura della stessa espressione ‘superamento della persona giuridica’. L’espressione ‘abuso della personalità giuridica’ potrebbe essere infatti tranquillamente sostituita con ‘abuso della responsabilità limitata’, senza che con ciò compromettere l’efficacia della formula sul piano descrittivo e, anzi, eliminando finalmente del tutto l’equivoco che accompagna, talvolta, il solo e semplice uso linguistico dell’idea di persona giuridica.

Si consideri, su questo punto, come anche Galgano, nel definire le problematiche risolubili per mezzo dell’applicazione analogica dell’art. 2362 cod. civ., prenda sì le mosse dalla nozione generica di ‘abuso della personalità giuridica’, per arrivare però ad escludervi tutte le ipotesi di abuso dello schema societario che possono essere colpite mediante l’applicazione diretta di altre norme dell’ordinamento giuridico (l’esempio portato dallo scrittore è quello della società costituita per l’esercizio di un’attività concorrenziale, vietata per contratto, la cui continuazione potrà essere inibita *ex art. 2599 cod. civ.*) e concludere in buona sostanza che *“si deve (...) far appello all’abuso della personalità giuridica e 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”*⁸⁷.

Sempre sotto quest’ultimo aspetto, inoltre, parlare di abuso della responsabilità limitata significa non solo circoscrivere e dunque chiarire la portata del fenomeno ma anche evitare di

⁸⁷ GALGANO, *Diritto civile e commerciale, cit*, 183.

relegare il ricorso allo strumento della disapplicazione di norme nel ruolo di *extrema ratio*.

Parte della dottrina, in linea con tale osservazione, ritiene che suddetto strumento di intervento giudiziale sia non l'*extrema ratio* ma debba divenire, all'opposto, il mezzo ordinario di repressione dell'abuso societario, cui ricorrere ogni qualvolta tale abuso si concreti in un sistematico indebito avvantaggiarsi della responsabilità limitata⁸⁸.

Più esattamente si ritiene che la misura giudiziale della disapplicazione delle norme sul regime di responsabilità limitata non solo sia molto più di un rimedio del tutto sussidiario, ma che ad essa si debba altresì ricorrere in quelle situazioni in cui sia stata compiuta una forma abusiva dello schema societario diversa dall'abuso della responsabilità limitata (quale ad esempio la sopra richiamata violazione per mezzo della costituzione di una società di un divieto pattizio di concorrenza), allorquando la misura specifica repressiva prevista dall'ordinamento (nel nostro caso, l'art. 2600 cod. civ.) risulti inadeguata, per l'entità del patrimonio societario, a garantire il pieno indennizzo del pregiudizio arrecato al terzo creditore. Invero, nell'eventualità descitta, si dovrebbe agevolmente giungere alla conclusione che, in modo mediato, è stata realizzata anche una forma di abuso della responsabilità limitata.

D'altro canto, invece, sembra non possano essere smentiti quanti hanno osservato che solo un abuso della responsabilità limitata che presenti i caratteri di sistematicità e durata nel tempo, coinvolgendo di fatto tutti i soci, dovrà essere sanzionato con la decadenza dal beneficio della responsabilità degli individui che da siffatta indebita hanno tratto indebiti vantaggi⁸⁹.

⁸⁸ TONELLO, *L'abuso della persona giuridica*, Torino, 1998, 235.

⁸⁹ Cfr. CENNI, *I versamenti fuori capitale dei soci e la tutela dei creditori sociali, in contratto e impresa*, 1995, 1173 ss. ove questa considerazione è comunque riferita al fenomeno specifico dei

Invece nella situazione in cui il giudice constatasse un singolo episodio di indebito e fraudolento beneficio della limitazione di responsabilità – a maggior ragione quando posto in essere da un singolo socio – la misura della disapplicazione del regime di limitazione di responsabilità dovrebbe apparire eccessiva e ad essa dovrebbe più opportunamente preferirsi la soluzione dell’eccezione di dolo⁹⁰. Appare evidente, tuttavia, che questa interpretazione

finanziamenti fuori capitale dei soci alla società. Per alcuni precedenti tentativi dottrinali di persuadere circa la ricorribilità all’*exceptio doli* quale rimedio generale all’abuso della personalità giuridica, si segnalano: PELLIZZI, *Personalità giuridica e infrazione valutarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, in *riv. Dir. Civ.*, 1981, I, 492; DISTASO, *Superamento della personalità giuridica nei casi di abuso della stessa e ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. It.*, 1970, IV, 158 ss.

In particolare l’analisi del Pellizzi prede le mosse da un’elegante elaborazione della disciplina delle persone giuridiche come “semplificazione analitica” di una fattispecie complessa, dove lo schermo della personalità giuridica consentirebbe ai terzi di fare affidamento su una certa facciata, esonerandoli dal gravoso compito di verificare la corrispondenza di tale facciata alla realtà. Richiamandosi a questa costruzione l’Autore osserva che il fatto che l’eccezione di dolo sia specificamente prevista in materia cambiaria (art. 1193, c. 2, cod. civ., 21, l. camb. e 25 l. ass. camb.) e con riguardo alle limitazioni statutarie dei poteri degli amministratori (art. 2338, c. 2, c.c.), dovrebbe indurre l’interprete a ritenere la figura applicabile tutte le volte che sia stato posto in essere un abuso della semplificazione analitica della fattispecie (come nel caso di abuso della responsabilità limitata).

⁹⁰ Figura di origine romanistica che si traduce nel duplice precetto del divieto di venire *contra factum proprium* (ossia il divieto di esercitare un proprio diritto ogniqualvolta tale esercizio si ponga in contraddizione con un comportamento tenuto in precedenza dal medesimo individuo nell’esecuzione del medesimo rapporto giuridico) e del divieto di trarre “vantaggio dal proprio maleficio” (ossia il divieto di accordare la tutela giuridica prevista dall’ordinamento quando vi è stato in precedenza un comportamento scorretto di chi intende avvalersene; in pratica, nella maggior parte dei casi,

presuppone l'ammissibilità, anche nel diritto italiano moderno come in quello romano, di un uso giurisprudenziale dell'*exceptio doli generalis*, il quale è invece tutt'altro che fuori discussione⁹¹.

l'inopponibilità dell'atto: v. ANDRIOLI in nota a cass, 8 aprile 1968, n. 1055, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1487). Alla previsione in via generale di un rimedio processuale analogo all'eccezione di dolo il nostro legislatore ha preferito fare di essa l'oggetto di specifiche disposizioni di legge, lasciando così agli interpreti l'interrogativo circa la persistenza o meno della figura generale. Sull'*exceptio doli* in diritto romano si veda: BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975, 199 ss. Sulla figura nel diritto civile italiano: PELLIZZI, voce "*Exceptio doli (diritto civile)*", in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1960, 1075 ss. Sull'evoluzione dell'istituto: TORRENTE, voce "*Eccezione di dolo*", in *Enc. Del dir.*, XIV, Milano, 1965, 218 ss.

⁹¹ NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contratto e impresa*, 1986, 197 ss. PELLIZZI, *Personalità giuridica e infrazioni valutarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, cit. 257 ss. Tale ammissibilità è, però, tutt'altro che incontrastata: per la dottrina negatrice bastino i riferimenti a TORRENTE, *Voce eccezione di dolo*, cit. 220, il quale, riferendosi alle norme speciali per le quali il legislatore italiano sembra essersi ispirato alla figura romanistica dell'eccezione di dolo, scrive che "*anche ammesso che le disposizioni surriferite debbano spiegarsi come applicazione di quella stessa concezione equitativa che latu sensu era sulla base dell'exceptio doli generalista, una volta che le disposizioni stesse sono penetrate nel sistema normativo, dando luogo a specifici comandi e divieti, quello che era, non solo tecnicamente, ma anche nello spirito, il contenuto dell'exceptio doli praesentis è venuto meno*".

V. anche D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1990, 703 ss, il quale a seguito di una rassegna giurisprudenziale condotta con riguardo ad entrambe le figure dell'*exceptio doli* e dell'abuso del diritto, constata che "si tratta di formule enunciate dalla giurisprudenza nel contesto di decisioni la cui ratio decidendi è fondata sul principio di buona fede". In effetti in giurisprudenza le sentenze che hanno impiegato la formula dell'*exceptio doli* hanno poi sostenuto la decisione sul fondamento del principio di buona fede e correttezza nelle varie fasi del rapporto contrattuale: cfr. cass. 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro*

III.II. LA TEORIA BIGIAVIANA CLASSICA.

Tra le tecniche repressive merita senz'altro un approfondimento quella elaborata da Walter Bigiavi.

Sebbene precedente alla teoria della disapplicazione delle norme, la teoria in questione affonda le proprie radici in presupposti sistematici e dogmatici diversi, che si discostano sensibilmente dalle teorie che comunemente assumono quali matrici le dottrine negatrici.

In particolare Bigiavi si ascrive, anzi rappresenta il principale Autore, tra coloro che hanno affrontato il problema non mettendo in dubbio la persona giuridica come concetto.

Per le spiegate differenze concettuali, nella ricostruzione delle esistenti teorie di repressione dell'abuso, si è dunque scelto di soffermarsi sul pensiero dell'illustre Autore solamente dopo aver analizzato la teoria della disapplicazione che, nella logica sistematica adottata sin ora, si poneva quale diretto corollario concettuale delle teorie negatrici.

Ma veniamo a ricostruire il pensiero bigiaviano.

Dell'Autore va in primo luogo sottolineata la natura sostanzialmente esegetica delle sue argomentazioni. Nautura, in verità, tutt'altro che occultata dal medesimo, come testimonia il passo seguente: *“Questo è per l'appunto il compito supremo dell'interprete. Questo, di ricavare da un corpo di leggi più di quanto esso non dica; di sostituire magari la mens legis alla mens legislatoris, è il compito del giudice, il quale per questo fine nobilissimo talvolta potrà anche sollicitare les textes, come diceva – e addirittura con riguardo ai testi sacri – Ernest Renan. E tutti sanno come, seguendo questi canoni, la giurisprudenza francese abbia*

it., 1989, I, c. 2750, con osservazioni di PARDOLESI e nota di DI MAJO, *La fideiussione “omnibus” ed il limite della buona fede*, ivi, c. 2753.

*potuto mantenere adeguato ai tempi il codice Napoleone, che è vecchio di centocinquanta anni e più*⁹².

Bigiavi, con la sua teoria del socio tiranno, utilizza un argomento esegetico scavando nella miniera sotterranea di una mentalità ben esistente in Italia sotto la sottile coltre del dogmatismo pandettistico imposto dalla cultura accademica. Ma quella teoria non intacca minimamente l'idea della persona giuridica, limitandosi piuttosto a segnalare l'esigenza e le possibili modalità di una repressione delle situazioni di abuso⁹³.

La tecnica bigiaviana⁹⁴ del socio tiranno, corollario della teoria dell'imprenditore occulto⁹⁵, è una tecnica di repressione che si differenzia dalla suesposta elaborazione del Galgano poiché non solo non critica la concezione tradizionale della persona giuridica quale reale alterità soggettiva⁹⁶ ma nemmeno contesta che i debiti dell'ente

⁹² BIGIAVI, *Imprenditore occulto*, Padova, 1954, 140.

⁹³ COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, Milano, 1997, 115.

⁹⁴ La formulazione della teoria è contenuta nello storico saggio dell'Autore, *L'imprenditore occulto*, 1954, 161 (v. anche ID., *Responsabilità limitata del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180).

Nel corso del tempo, il Bigiavi è tornato ad intervenire sulla sua teoria, descrivendone il riscontro giurisprudenziale e replicando alle numerose critiche ricevute dalla dottrina (v. note *infra*) nell'opera *Difesa dell'imprenditore occulto*, 1962.

Per un'analitica sintesi dell'opera completa del Bigiavi si veda PAVONE LA ROSA, *La teoria dell' "imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, I, 603.

⁹⁵ Trattasi della teoria sulla base della quale si è cercato di svalutare il criterio formale tradizionalmente utilizzato dai giuristi per l'imputazione dei rapporti giuridici facenti capo all'impresa, e secondo cui è imprenditore colui nel nome del quale l'attività di impresa è esercitata.

⁹⁶ In questo senso ZORZI, *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, in *Contratto e Impresa*, 3, 1994, 1066.

collettivo possano configurarsi quali debiti di un soggetto diverso dai soci⁹⁷.

In questo senso la teoria del Bigiavi, servendosi del concetto soggettivo e non meramente normativo di persona giuridica, ha il pregio di pervenire ad una soluzione del problema dell'abuso della responsabilità limitata senza dover affrontare l'ostacolo metodologico e sistematico della persona giuridica ma nell'ottica e con l'applicazione dei principi e degli schemi logici tradizionali.

Entriamo dunque nel merito del pensiero bigiavano analizzandone le premesse, ma subito rilevando come obiettivo dello studioso fosse quello di ricavare per deduzione dal sistema il principio per cui la spendita del nome è requisito superfluo ai fini dell'imputazione dell'attività economica dell'impresa e permettendo così di estendere i tradizionali confini di responsabilità anche in capo a soggetti (quali, ad esempio, i soci) che partecipando attivamente ma celatamente alla determinazione degli assetti economici dell'attività organizzata, profittano della limitazione di responsabilità.

Il ragionamento bigiavano sull'imprenditore occulto, si articola in passaggi successivi, il primo dei quali è rappresentato dalla semplice constatazione che è interesse di chiunque promuova un'iniziativa economica ridurre per

⁹⁷ Galgano stesso si è premurato di porre in evidenza queste differenze e le singolarità della propria impostazione metodologica rispetto a quella classica del Bigiavi (cfr. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja Branca*, artt. 11-35, 1969, 39 ss). V. sul punto la forte critica di SCOTTI CAMUZZI, *Osservazioni in tema di responsabilità dell'unico azionista*, in *Jus*, 1977, 169, il quale, con riguardo alla formulazione di Galgano, afferma che è essa è semplicemente "la traslazione, e la relativa opportuna trasformazione, sul piano societario, della teoria che il Bigiavi aveva (...) mantenuto sul piano dell'impresa, giudicandola al pari di questa, viziata in radice da un'erronea concezione del fondamento della responsabilità limitata dei soci e degli azionisti".

quanto possibile i rischi economici conseguenti, evitando quindi di esporre il proprio patrimonio a coinvolgimenti qualora l'attività abbia esiti negativi.

In tal senso, può presuntivamente ritenersi che celarsi agli occhi dei terzi – tacendo la propria qualità di agente imprenditoriale – ovvero dissimulare la propria partecipazione in una società commerciale, rappresentino due delle modalità in cui il citato interesse sia perseguito in concreto.

L'occultamento della partecipazione sociale, tuttavia, è fattispecie diversamente disciplinata nel nostro ordinamento dall'occultamento della qualità di imprenditore: invero, se il rapporto tra imprenditore occulto e prestanome è assimilabile ad un rapporto giuridico di mandato senza rappresentanza per il quale si applica la norma del 1705 c.c.⁹⁸, la fattispecie del socio occulto è specificamente prevista dalla disposizione dell'art. 147 legge fall., la quale stabilisce che *“se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il Tribunale, su domanda del curatore o dei creditori o dei soci già dichiarati falliti o d'ufficio, dichiara il fallimento dei medesimi”*⁹⁹.

⁹⁸ Che così dispone: *“Il mandatario che agisce proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato. I terzi non hanno alcun rapporto col mandante. Tuttavia il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, salvo che ciò possa pregiudicare i diritti attribuibili al mandatario dalle disposizioni degli articoli che seguono”*.

⁹⁹ La norma non ha subito significativi mutamenti dopo gli interventi normativi del 2006 e del 2007, essa infatti risulta oggi così formulata: *“se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il Tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi”*. L'opera di novellazione in questo senso non

In sostanza, quindi, Bigiavi rileva come nel nostro ordinamento non fallisce l'imprenditore occulto mentre invece è espressamente previsto il fallimento del socio occulto.

Bigiavi cerca allora di ricavare dalla seconda fattispecie un principio giuridico la cui applicabilità sia estensibile anche alla prima mediante due distinti passaggi ermeneutici.

In primo luogo vengono estesi in confini applicativi del citato art. 147 – che, si badi, assume quale referente di fattispecie il socio occulto di società palese – fino a comprendervi anche l'ipotesi in cui una persona agisce, nei rapporti con i terzi, nella veste di imprenditore individuale pur avendo in verità uno o più soci che non escono allo scoperto.

Come, quindi, può essere dichiarato il fallimento del socio occulto di società palese “*non vi è ragione al mondo per cui non debba eventualmente fallire anche il socio occulto di una società occulta – e con lui, anzi prima di lui, la società occulta stessa*”¹⁰⁰.

Sulla base di tale estensione, Bigiavi sostiene l'applicabilità analogica dell'art. 147 anche alla fattispecie dell'imprenditore individuale occulto, asserendo l'attitudine della norma a rappresentare l'espressione di un più generale principio valido per l'intera materia dell'impresa e in sostituzione, in questo spaccato ordinamentale, del regime dell'art. 1705 cod. civ.

pare – a parere di chi scrive – produrre significative ripercussioni sulla tenuta della teoria bigiaviana.

¹⁰⁰ BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, cit. 14-15, cfr. anche ID., *Difesa dell'imprenditore occulto*, cit., 46. In effetti pare difficile contestare l'analogia tra le due situazioni: se risponde (magari illimitatamente) chi semplicemente partecipa, quale socio occulto, alla titolarità di un'impresa individuale *a fortiori deve rispondere che è il titolare esclusivo di un'impresa solo apparentemente altrui*. La giurisprudenza ha in buona parte aderito a tale prospettazione, cfr. ID., *Difesa*, cit., 30 ss

In definitiva se risponde e fallisce la società occulta, allora “è inevitabile che fallisca anche colui che si è avvalso di un prestanome per gestire al sua impresa. Sul terreno giuridico la situazione è infatti la stessa, nulla importando il fatto che chi rimane fra le quinte sia soltanto un socio di chi appare in pubblico o sia, invece, l'esclusivo titolare dell'impresa gestita dal prestanome. In ambo i casi ci troviamo di fronte ad un imprenditore occulto, che nel primo caso è una società cui partecipa anche colui che agisce con i terzi; nel secondo caso, invece è una persona (fisica o giuridica) che è l'esclusivo titolare di un'impresa, nell'ambito della quale il prestanome non ha alcuna partecipazione sociale”¹⁰¹.

La diretta proiezione della teoria dell'imprenditore occulto sui temi di nostro interesse è assai significativa ed è rappresentata dalla c.d. tecnica del socio tiranno: come l'imprenditore occulto risponde dei debiti assunti da persona fisica a lui diversa, così il socio dovrà rispondere dei debiti assunti dalla società – che è persona fisica a lui diversa – ogniqualvolta avrà occupato, rispetto ad essa, la medesima posizione assunta dall'imprenditore occulto rispetto al proprio prestanome¹⁰².

La portata di tale assunto è straordinaria: come già rilevato, pur accogliendo la tradizionale impostazione concettuale della persona giuridica, Bigiavi individua l'espedito ermeneutico idoneo sistematicamente a rappresentare la tecnica di repressione di quelle fattispecie in cui il comportamento del socio possa qualificarsi come abusivo, tirannico.

Per Bigiavi ciò si verifica in fattispecie indirettamente ricavabili dalla legge e consistenti nella violazione delle regole di organizzazione della società fissate dal diritto societario.

¹⁰¹ ID, *L'imprenditore occulto, cit.*, 18.

¹⁰² Cfr. ID., *Difesa, cit.*, 43.

E appena il caso di segnalare come l'ancoraggio normativo individuato dal Bigiavi a suffragio della propria teoria sia il medesimo alla base della teoria della disapplicazione: l'art. 2362 c.c., che configura il fatto che il socio degradi la società a suo mero strumento, che la usi 'come cosa propria'.

Per l'Autore un comportamento di questo tipo è la manifesta dimostrazione che la società è stata costituita al solo scopo di frapporre tra sé e i terzi lo 'schermo' di un nuovo soggetto di diritto, per sottrarsi alle pretese dei creditori e per fruire, indebitamente, del beneficio della responsabilità limitata.

Per concludere, al quesito su quale sia il titolo giuridico in forza del quale i rapporti giuridici della società possono essere imputati al singolo suo socio, il Bigiavi risponde che esso risiede nel mandato che lega l'imprenditore occulto al prestanome: un mandato cui è però applicabile non l'art. 1705 c.c., bensì l'art. 147 legge fall.; dunque un mandato che, benché senza rappresentanza, vincola il mandante.

III.III. APPLICAZIONE COGENTE DEL MODELLO ORGANIZZATIVO COERENTE E TUTELA DEL LAVORATORE.

Lo studio sistematico del tema oggetto del presente contributo induce ad una prospettazione ricostruttiva che non assuma quale chiave di lettura una data impostazione metodologica e concettuale sulla persona giuridica ma, prescindendo dall'analisi dei possibili corollari derivanti dall'accoglimento di una impostazione sul punto, si adagi più semplicemente sul terreno della coerenza tra dato sistematico e dato concreto.

Si impongono sul punto alcune riflessioni preliminari.

Come è già stato osservato (cfr. § I.I.), ogni prodotto decisionale che fa capo all'ente collettivo è riferibile non già al prodotto deterministico della volontà dell'ente ma è un effetto di una decisione umana frutto del raggiungimento di

un equilibrio endo-organizzativo tra finalità, risorse materiali e volontà dei membri dell'ente collettivo.

Questo equilibrio che – come già rilevato – rappresenta il cuore, l'essenza, dell'ente collettivo è definibile, più che come un complesso coordinato di funzioni, con il termine 'modello organizzativo': una soluzione costruttiva artificiale che consente lo sviluppo di intraprese comuni e media il raggiungimento dei risultati prefissati, integrando tra di loro i comportamenti degli individui o gruppi interessati, strutturando i loro campi operativi, ridefinendo in chiave collettiva gli obiettivi problematici da perseguire e dietro alla quale si cela la realtà di provvisori equilibri di mediazione tra poli d'interesse distintamente orientati.

La complessa varietà del rilievo giuridico dei fenomeni di organizzazione è maturata in un itinerario che ha segnato la storia concettuale della persona giuridica che si è cercato brevemente di esporre nei paragrafi precedenti.

Si è visto che secondo le visuali realistiche (cfr. § II.I.), il gruppo organizzato sarebbe animato da coscienza, volontà e vita interiore sovra-individuali. Le concezioni riduzionistiche (cfr. § II.II.), viceversa, ripudiano l'idea di una volontà, finalità o attività di gruppo, concepite come logicamente precedenti o indipendenti da quelle dei suoi agenti o dei suoi membri.

Sia nelle une che nelle altre però, il dato fondamentale rimane quello organizzativo, inestricabilmente legato alla sostanza sociale del fenomeno, e indifferenziato rispetto al nucleo fattuale che da vita a un centro impersonale d'azione o d'imputazione e come tale, quindi, indifferente al possesso (o meno) dell'alterità soggettiva da parte dell'ente collettivo.

La prospettazione qui proposta, ancorandosi al concetto di modello organizzativo, quindi, supera gli ostacoli concettuali che si affrontano inevitabilmente qualora si imposti il problema ponendo quale fondamento una data concezione della persona giuridica.

Alla svalutazione della categoria della personalità giuridica si affianca la valorizzazione della rilevanza del modello contrattuale associativo, che diviene il centro gravitazionale della teoria. L'organizzazione ne rappresenta l'essenza giuridica.

A ben vedere, ogni contratto associativo, cui è riferibile un'essenza organizzativa che si dispiega nella realtà, ha un corrispondente referente legale: il legislatore, infatti, individua in via astratta dei modelli contrattuali associativi tipici cui dovrebbe corrispondere in concreto un'essenza organizzativa a sua volta tipica e coerente con il contratto associativo legale adottato dalle parti al momento della costituzione dell'ente collettivo.

Sovente, tuttavia, ciò non avviene e l'articolarsi in concreto dell'essenza organizzativa diverge da quella che avrebbe dovuto conseguire all'adozione del modello associativo astrattamente previsto dal legislatore¹⁰³.

È in queste ipotesi che si propone l'applicazione cogente del modello legislativo formale e astratto (con la relativa essenza organizzativa) coerente alla realtà e al dispiegarsi della vita dell'attività economica.

Ciò si ritiene debba avvenire in ipotesi (alcune delle quali saranno analizzate nel successivo § III.IV.) ove l'essenza organizzativa realizzatasi in concreto non corrisponde al teorico modello associativo legalmente previsto e adottato dai membri dell'ente collettivo alla stipulazione del contratto associativo: l'essenza organizzativa in concreto sussistente ricalca un diverso schema associativo legale, normalmente

¹⁰³ Giova rilevare che, come osservato nella premessa, qui non si mette in discussione il terreno di discrezionalità delle scelte imprenditoriali. Più semplicemente si vuole discutere l'utilizzo (abusivo) di un modello associativo legale.

meno regolato e caratterizzato dalla natura illimitata della responsabilità dei membri costituenti¹⁰⁴.

Ecco quindi come potrebbe essere invocata l'applicazione cogente del modello associativo coerente. E ciò, per diverse ordini di ragioni.

In primo luogo perché né il quadro legale sistematicamente rivisitato, né il senso puro di equità sostanziale costituzionalmente orientato, sembrano ammettere la possibilità che gli agenti imprenditoriali – per il solo fatto di aver adottato formalmente un dato contratto associativo diverso da quello in concreto risultante – godano di un trattamento di privilegio che il legislatore ha previsto solo per essenze organizzative diverse. Ciò anche perché – almeno normalmente – alla concessione del beneficio della responsabilità limitata seguono regole organizzative dettate dalla fonte legale assai più stringenti e compromissive¹⁰⁵ della libertà dei soci dell'ente, sebbene i soci abbiano di fatto goduto di margini di libertà di cui, appunto, non avrebbero dovuto beneficiare.

¹⁰⁴ Si consideri l'esempio in cui venga costituita una S.r.l. tra due soci, uno solo dei quali si riveli poi il reale agente imprenditoriale (l'altro socio, in simili ipotesi, viene qualificato nel gergo degli operatori quale "socio di paglia"), solo per profittare del beneficio della limitazione di responsabilità.

In questi casi potrà accadere che l'effettiva essenza organizzativa non corrisponda a quella sottesa al modello associativo di una S.r.l. ma, piuttosto, a quella sottesa al modello associativo di una S.a.s. Se così fosse, dovrebbe trovare coerentemente applicazione l'intero apparato normativo relativo a quest'ultimo modello associativo, e di conseguenza, il reale agente imprenditoriale dovrebbe essere qualificato quale socio accomandatario e, come tale, illimitatamente responsabile.

¹⁰⁵ Ad esempio, in termini di formalità da osservare per la costituzione, di bilanciamento delle prerogative degli organi sociali, di funzioni e prerogative degli organi depositari del potere di controllo, di formalità per la redazione del bilancio, etc.

In secondo luogo si vuole soddisfare altresì l'esigenza del terzo che, entrando in contatto con una determinata realtà organizzativa, può legittimamente credere e aspettarsi conseguenze che in realtà risultano tradite nell'applicazione rigida del modello legale astratto non coerente alla realtà. In sostanza, pare meritevole di tutela l'interesse del terzo al fatto che ci sia coerenza tra il concreto contratto associativo e la corrispondente disciplina legale, anche perché il dato concreto ingenera affidamento e credenziali di sviluppo delle vicende associative che, di fatto, vengono tradite nell'applicazione del modello legale incoerente.

In definitiva, qualificato come meritevole di tutela e sistematicamente apprezzabile il fondamento ideologico di una simile prospettiva, ci si deve spostare nel terreno della sua correttezza sistematica, per individuarne il fondamento.

Sul punto, in primo luogo, si torna a rilevare che la formulata proposta non dovrà fare i conti con il dedalo inestricabile della natura della persona giuridica: il suo scioglimento non è elemento presupposto all'accoglimento della teoria stessa (v. *supra*).

Inoltre, non pare necessaria un'analitica ricerca sul terreno legislativo di un particolare referente normativo.

Accordando forza inderogabile al modello associativo di legge, nel senso che cogentemente debba esserci coerenza tra il modello legale e il modello concreto, l'operatore dovrà semplicemente applicare le regole che presiedono il dispiegarsi del dato modello astratto al modello effettivamente risultante.

Un certo avallo di una simile posizione si può ritrovare peraltro in un *obiter dicta* della Cassazione: *“Alla distinzione tra società dotate di personalità giuridica e società che sono prive di tale status non può attribuirsi un valore assiomatico assoluto perché una tale conclusione non si fonda sulla effettiva disciplina legislativa e le conseguenze che si potrebbero trarre non sarebbero giustificate. Occorre,*

*pertanto, nell'esame delle varie fattispecie riferirsi alla concreta disciplina che il legislatore ha dato a ciascuna di esse, prescindendo, quindi, da classificazioni generali e da schemi astratti che, peraltro, sono in crisi anche dogmaticamente come risulta da quei studi che prendono atto che le società di persone, anche se sono prive della qualificazione di persone giuridiche, ne possiedono i connotati tipici; che la qualità di persona è indipendente dalla qualità dei diritti che si posseggono; che la soggettività delle persone giuridiche non corrisponde a quella della persona fisica (non essendo accettabile una visione antropomorfica del fenomeno) perché esse sono tali in senso traslato e la qualificazione viene richiamata per analogia perché la soggettività dei gruppi è, in ogni caso, incompleta e diversa da quella delle persone fisiche, sicché in dottrina si è parlato di soggettività imperfetta (...). Risulta in definitiva determinante la disciplina positiva data a diritti e doveri di una pluralità di soggetti; occorre quindi riferirsi alla determinazione di quelle che sono state definite le condizioni di usi ideali concetti di persona giuridica o di autonomia patrimoniale, evitando di far discendere da concetti assolutizzanti conseguenze non previste dall'ordinamento giuridico e fenomeni di 'abuso della personalità giuridica' che porta alla disapplicazione delle norme che regolano altri istituti giuridici"*¹⁰⁶.

Sembra quindi alle porte una revisione critica dell'intero istituto societario, ed anzi dell'intero concetto di persona

¹⁰⁶ Cass. 8 novembre 1984, n. 5462, in *Giur. It.*, 1985, I, 1, 434 (con nota si SANTOSUOSSO). L'affermazione sopra ripostata è saltuata con favore da GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica*, cit., 380, il quale sottolinea che "ciò che merita attenzione, in questo rapido passaggio logico, è l'approdo non equitativo e giustizialistico alla repressione dell'abuso cui la Cassazione perviene, all'opposto, movendo dalla revisione del concetto stesso di persona giuridica, spogliato dal valore assiomatico tradizionale".

giuridica, slegato da quella concezione antropomorfica che si traduce in posizioni, dottrinali e giurisprudenziali, di grande formalismo.

*

Si ritiene di sollevare un ultimo problema relativo alle ipotesi in cui, a seguito dell'applicazione del modello coerente, vi siano soggetti che formalmente nel contratto associativo risultavano essere titolari di una posizione giuridicamente qualificata – ancorché extra-istituzionale – e che – applicato il modello coerente – decadono da tale posizione¹⁰⁷.

Orbene, si ritiene che per la corretta qualificazione della posizione giuridica soggettiva di tali soggetti, dovrà compiersi una semplice analisi alla luce della nuova realtà come articolata a seguito dell'applicazione del modello coerente.

E così, a titolo esemplificativo, potrà accadere che essi abbiano semplicemente supportato l'iniziativa economica con l'apporto di capitale, e nell'applicazione del modello coerente saranno ancora qualificati come soci, ma in una nuova posizione giuridica derivante dall'applicazione del relativo modello coerente¹⁰⁸.

Diverso invece il caso in cui, a seguito dell'applicazione del modello coerente, il soggetto decada da ogni possibile carica istituzionale o extra-istituzionale nel modello associativo.

In questi casi, si ritiene che potrà essere eventualmente valutato un profilo di responsabilità di tale soggetto sulla

¹⁰⁷ Si pensi al citato esempio di una S.r.l. costituita da un solo reale agente imprenditoriale e da un socio di “paglia”. In questi casi, ammessa l'applicazione del modello associativo legale della S.a.s., ci si chiede quale sia la qualificazione corretta della posizione giuridica del socio di paglia.

¹⁰⁸ Ciò potrà ad esempio significare che il socio della precedente S.r.l. con l'applicazione del modello coerente sia qualificato socio accomandante della S.a.s.: ovvero mero socio di capitale, mentre il socio accomandatario risponderà illimitatamente dei debiti sociali con tutto il suo patrimonio.

base degli strumenti della responsabilità aquiliana (v. *infra* § III.IV.), qualora si rinvenga quel nucleo insopprimibile di autonomia e di coscienza decisionale che il protagonista diretto o indiretto dell'azione collettiva ha conservato, pur quando la sua condotta è funzionalizzata al perseguimento di un interesse meta-individuale.

La particolare prospettiva della presente proposta impone di limitare il discorso ai fatti posti in violazione dei diritti dei terzi: sia a quelli rilevanti puramente o semplicemente come illeciti aquiliani, sia a quelli integranti fatti di inosservanza di specifici obblighi di fonte legale o negoziale idonei a ripercuotersi pregiudizievole nei confronti di soggetti estranei.

In una simile prospettiva, l'estensione della responsabilità potrebbe sostanziarsi, ad esempio, nel mancato espletamento di una doverosa attività di vigilanza e prevenzione, alla stregua della normativa di organizzazione, oppure, a prescindere da qualifiche funzionali di sorta, per il concorso attivo in forma di istigazione o di collaborazione all'illecito derivanti dalla posizione di contiguità rispetto all'effettivo organo gestorio.

L'indagine finalizzata all'individuazione del responsabile della condotta lesiva potrà allargarsi sino a investire la posizione di quanti hanno contribuito in maniera eziologicamente rilevante alla determinazione dell'evento dannoso, sia in forma positiva, sia in forma negativa.

Occorre infine dire che, naturalmente, l'onere di provare l'elemento soggettivo dell'illecito nonché il nesso di causalità tra condotta e danno, incomberà sui pretesi creditori: onere che potrà essere alleviato soltanto dal ricorso giudiziale alle fonti di prova presuntiva.

III.IV. IMPUTAZIONE E PROPAGAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ (AQUILIANA) AI SOCI DI S.R.L.

III.IV.I. STRUTTURA DELLA FATTISPECIE DANNOSA E PRESUPPOSTI DELL'ESTENSIONE DELLA RESPONSABILITÀ AI SOCI

Il problema giuridico della propagazione della responsabilità al di là dei suoi centri istituzionali d'imputazione, rappresentati dal soggetto collettivo e dai titolari di posizioni organizzative, può essere condotto anche con strumenti che prescindano dal ricorso alle tecniche sin ora analizzate da "superamento" dell'alterità soggettiva e attraversino percorsi sistematici ed istituti classici del diritto, tenendo a mente la eterogeneità di ipotesi di responsabilità, spesso controverse e potenzialmente erosive dei postulati dogmatici tradizionali in materia di personalità giudica.

Si impongono dunque alcune precisazioni preliminari sulla tipologia strutturale delle fattispecie, sulla costruzione teorica dei congegni estensivi e sulla natura della responsabilità oggetto dell'imputazione, anche allo scopo di delimitarne convenientemente la disamina entro i confini e gli obiettivi della ricerca sin qui condotta.

L'attenzione di seguito sarà dunque riposta sul quesito generale della configurabilità di un concorso attivo o omissivo del socio nel fatto illecito a rilievo collettivo, vale a dire della ipotizzabilità di una condotta anti-giudica, nell'esercizio dei diritti corporativi o dei poteri di influenza extra istituzionali, che si ponga come causa originaria di un evento lesivo generatore di responsabilità extra-contrattuale nei confronti dei terzi.

In un contesto preliminare, si ritiene di evidenziare come sarebbe erroneo ritenere che essa si collochi in antitesi alla prospettiva sopra offerta del "superamento" della personalità giuridica e non soltanto perché alla base di entrambe le

visuali si pone una profonda revisione concettuale, in senso realistico, del soggetto collettivo.

Va considerato il fatto che l'istituto della responsabilità civile, grazie alla sua duttilità può rappresentare anche una tecnica di soluzione dei problemi di "abuso", soprattutto in ordinamenti come il nostro che appaiono restii a tollerare la possibilità di un'aperta e diffusa disapplicazione del principio positivo (art. 2325 cod. civ.) di separazione della sfera soggettiva dell'ente da quella dei soci.

Sul piano delle ipotesi applicative, quindi, può presentarsi un'area di sovrapposizione nell'utilizzo dei due citati strumenti concettuali. Ma, guardando più a fondo alle diverse manifestazioni sintomatiche dell'abuso¹⁰⁹ e al complesso delle tecniche di superamento del principio d'intangibilità delle sfere patrimoniali individuali – rispetto alle quali, quella della responsabilità civile può presentarsi, in taluni casi, come uno strumento repressivo dogmaticamente più lineare – ci si avvede di un altro dato importante. L'estensione da superamento della responsabilità patrimoniale della società ai soci condivide con l'imputazione "concorrente" della responsabilità extracontrattuale personale del socio – laddove configurabile¹¹⁰ – il fondamento del presupposto: entrambi gli effetti implicano normalmente una condotta anti-giuridica, che viola alcune regole di base dell'organizzazione patrimoniale della società.

¹⁰⁹ Sottocapitalizzazione, confusione patrimoniale, asservimento dell'organizzazione sociale, etc. (sul punto si veda più diffusamente *infra* § III.V.).

¹¹⁰ E' appena il caso di ribadire che, infatti, la responsabilità extracontrattuale del socio può prescindere completamente dall'abuso della personalità giuridica e che, viceversa, questo può presentarsi in forme, prive di specifica attitudine a ledere gli interessi esterni, e quindi sanzionabili, se del caso, esclusivamente con le tecniche da superamento, che ripristinano il collegamento tra potere (effettivo) e responsabilità d'impresa, al di fuori della sonvigurabilità di un nesso causa tra abuso e danno ingiusto.

Non pare corretto pertanto contrapporre la prima, come responsabilità di posizione, alla seconda, come responsabilità “da atto illecito”, ma deve semmai parlarsi di due differenti tecniche repressive: l’una più generale, più incisiva, ma anche più rigida e radicale negli esiti applicativi; l’altra di ambito più ristretto, di pregnanza più ridotta, di utilizzo più problematico, ma in compenso maggiormente elastica e modulabile nei risultati.

Entrambe colpiscono, in diversa forma e misura, un comportamento per così dire “non ortodosso” che i soci tengono, talora addirittura a prescindere dall’estrinsecazione del loro potere, giuridico o di fatto, di condeterminare l’azione sociale.

Una volta delineato, sia pure in termini generalissimi, il quadro eterogeneo dei possibili titoli d’imputazione della responsabilità extracontrattuale ai soci, si ritiene di passare ad un esame alquanto più dettagliato dei vari gruppi di situazioni ipotizzabili, con l’avvertenza che l’esigua elaborazione giurisprudenziale (e, per il vero, anche dottrinale) della materia non potranno non ripercuotersi sulla compiutezza argomentativa del discorso che si va svolgendo.

III.IV.II. LA RESPONSABILITÀ (AQUILANA) PER *MALA GESTIO* DEI SOCI “COGESTORI” DI S.R.L. NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO.

Deve preliminarmente osservarsi che la riforma del 2003 sulla disciplina della s.r.l. ha introdotto, all’art. 2476, comma 7, doc. civ., un importante indice normativo di riferimento sulla responsabilità dei soci di s.r.l., in relazione alla responsabilità per iniziative di c.d. etero-gestione dei soci di s.r.l.¹¹¹. Si tratta della responsabilità che oggi grava, in via

¹¹¹ L’espressione è stata coniata da RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 331 ss., ed è riferita sia alla

solidale con gli amministratori, sui soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi¹¹².

responsabilità dei soci gestori di s.r.l., sia alla responsabilità che sorge in capo a società o enti che esercitino attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 cod. civ., responsabilità in entrambi i casi conseguente alla partecipazione ad atti o decisioni di gestione ad opera di soggetti non formalmente investiti del relativo potere.

¹¹² La norma recita: *[1] Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso.*

[2] I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione.

[3] L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi. In tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione.

[4] In caso di accoglimento della domanda la società, salvo il suo diritto di regresso nei confronti degli amministratori, rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti.

[5] Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale.

[6] Le disposizioni dei precedenti commi non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che

Invero la norma in commento disciplina espressamente la responsabilità per *mala gestio* degli amministratori di s.r.l. nei confronti della società e tale responsabilità, ai sensi del comma 7, solo solidalmente si estende ai soci.

È bene precisare, quindi, che non viene espressamente disciplinata autonomamente la responsabilità dei soci gestori nei confronti dei terzi e, del resto, il comma 6 dell'art. 2476 cod. civ., precisa solo che tale disciplina non pregiudica il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da loro atti dolosi o colposi.

In buona sostanza, quindi, l'introduzione della disciplina in commento non legittima automaticamente l'azione diretta del terzo volta a conseguire equa riparazione per le condotte pregiudizievoli poste in essere dai soci gestori (come si avrà modo di osservare, peraltro, tale omissione normativa pare sia stata proprio voluta dal legislatore).

La norma ha tuttavia l'importante merito, da un lato, di positivizzare una responsabilità di soggetti che nella prassi, condividono la gestione delle s.r.l. con i depositari ufficiali dei poteri di amministrazione e, per altro verso, di cristallizzare l'ammissibilità di azioni di responsabilità aquiliana nei confronti dei soci gestori.

Per tali ragioni pare opportuno soffermarsi nell'analisi di tale nuova disciplina che offre spunti di riflessione interessanti per il discorso che si va svolgendo.

sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori.

[7] Sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

[8] L'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica liberazione degli amministratori e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale.

Taluno ha rilevato come l'art. 2476, c. 7, cod. civ. altro non rappresenti che la conseguenza sistematica della maggior attiguità tra potere gestorio e posizione dei soci nell'ambito della società a responsabilità limitata, come riformata nel 2003¹¹³. In particolare, la possibilità di accordare competenze di amministrazione ai soci, tanto nell'atto costitutivo (art. 2479, c. 1; art. 2468, c. 3), quanto, per volontà di un numero qualificato di soci o di uno o più amministratori (art. 2479, c. 1 seconda parte), nel concreto svolgimento dell'attività di impresa, troverebbe bilanciamento nella previsione di una responsabilità dei soci medesimi, almeno nei confronti della società, per i danni che il loro comportamento abbia concorso a cagionare.

Tra le argomentazioni a supporto della validità di questa ricostruzione, è stata richiamata la relazione al d.lgs. 6/03 (par. 119), la quale, con riguardo alla fattispecie di cui trattasi, così recita: *“Si tiene in tal modo conto delle caratteristiche del tipo societario in questione e della circostanza che nella concreta realtà in esso molto spesso l'effettivo potere di amministrazione non corrisponde all'assunzione della relativa veste formale e che, pertanto, la mancata assunzione della prima non può divenire un facile strumento per eludere la responsabilità che deve incombere su chi la società effettivamente gestisce”*.

Tale prospettiva, secondo taluni¹¹⁴, non è pienamente soddisfacente. Se, infatti, l'ipotesi di una fonte motivazionale dell'art. 2476, c. 7, trova indubbiamente conforto nella prima parte del citato passo della relazione, la sua seconda parte sembra piuttosto collegare la responsabilità dei soci a situazioni di fatto nelle quali l'effettivo potere di

¹¹³ ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve.*, Milano, 2008, 323, ss.

¹¹⁴ In particolare, MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa – Portale, 3, Torino, 2007, 667 ss.

amministrare risiede nelle mani di uno o più soci, a prescindere dalla formale investitura di poteri gestori e dalla formale ripartizione delle competenze tra costoro e gli amministratori. Gli stessi Autori non hanno poi mancato di sottolineare anche tale ultimo aspetto, riconoscendo l'applicabilità dell'art. 2476, c. 7, a tutti i casi di effettivo concorso dei soci nell'amministrazione della società, ancorchè slegata da previsione normativa e statutaria¹¹⁵. Anzi, gli studi dottrinali più recenti sull'argomento sembrano proporre una giustificazione della disposizione essenzialmente quale risposta a un fenomeno invalso nella prassi, specie delle realtà economiche medio-piccole¹¹⁶.

In buona sostanza, la norma in commento avrebbe doppia valenza: di strumento funzionale a controbilanciare le nuove opzioni organizzative consentite nella s.r.l., da un lato; dall'altro, di rimedio ad una più generale situazione di fatto, ampiamente diffusa nella prassi societaria delle piccole e medie imprese e che l'impronta spiccatamente personalistica della nuova disciplina della s.r.l. parrebbe in grado di avallare, caratterizzata dall'ingerenza dei soci nella gestione della società. In entrambi i casi, la responsabilità è l'immediata e naturale conseguenza dell'uso scorretto o, se si preferisce, dell'abuso, di un potere legittimo di influenza sulla condotta degli amministratori da parte di uno o più soci, ove da tale uso scorretto siano derivati danni alla stessa società, ad altri soci o ai terzi¹¹⁷.

Nel caso di interpretazione estensiva dell'art. 2476 cod. civ., dovrà dunque sostenersi l'applicazione della norma a tutte le

¹¹⁵ ID., 685 e ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 1063, la quale nota che solo un'interpretazione di questo tipo sarebbe in grado di consentire una sufficiente effettività al nuovo regime della responsabilità nella s.r.l.

¹¹⁶ MELI, *cit.* 668.

¹¹⁷ MELI, *cit.*, 683.

ipotesi di concreto ed effettivo intervento di uno o più soci nelle scelte di gestione: anche alle ipotesi, quindi, in cui il regime organizzativo adottato dalla società si sostanzia nell'affidamento esclusivo dell'amministrazione alle persone degli amministratori.

Il risultato che consegue a tali premesse è il coinvolgimento, nel giudizio di responsabilità (extra-contrattuale) per *mala gestio* di tutti i soci che, concretamente, anche a diverso titolo, si siano ingeriti nella gestione della società, ivi compresi non solo l'amministratore nominato nell'atto costitutivo o per successiva decisione dei soci, ma anche i soci che abbiano deciso o autorizzato questioni riservate, *ex lege* (v. ad es., l'art. 2479, c. 2, n. 5)¹¹⁸ o dall'atto costitutivo (art. 2479, c. 1, prima parte), alla loro competenza o sottoposte alla loro approvazione (art. 2479, c. 1, seconda parte), oppure il socio che abbia agito nell'esercizio delle facoltà attribuitegli ai sensi dell'art. 2468, c. 3; e ancora, i soci che, seppur formalmente esclusi dall'amministrazione della società, abbiano tuttavia indotto gli amministratori loro fiduciari, utilizzando canali extraistituzionali a compiere atti tali da comportarne la responsabilità¹¹⁹.

Ciò che rileva è, in altri termini, la condotta dei soci oggettivamente considerata, a qualunque titolo e per qualunque ragione sia stata posta in essere.

In questo senso pare orientata la prevalente dottrina, anche sulla base di ulteriori argomentazioni di natura letterale. L'art. 2476, comma 7, è formulato in termini molto generali,

¹¹⁸ Ci si riferisce alla disposizione secondo la quale è in ogni caso riservata alla competenza dei soci la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

¹¹⁹ ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori": luci ed ombre della disposizione dell'art. 2476, c. 7, c.c.*, in *Società.*, 2008, 498 ss.

poiché non contiene alcun riferimento alle modalità o alle forme che dovrebbe assumere l'ingerenza per essere fonte di responsabilità; sembra trattarsi, dunque, di una disposizione che bene si attagli a tutti i casi di ingerenza sopra citati.

Inoltre, l'opposta soluzione di ritenere applicabile la disposizione unicamente alle ipotesi di formale attribuzione di competenze amministrative ai soci avrebbe, con ogni probabilità, quale primario effetto quello di aumentare il grado di opacità dell'intervento e influenza dei soci nella gestione della società, costituendo un forte disincentivo all'esercizio dell'autonomia privata nella contraria direzione tracciata dal legislatore del 2003.

Ciò premesso, si può dunque procedere a circoscrivere più dettagliatamente le responsabilità cui sono soggetti i soci ai sensi dell'art. 2476, c. 7. In particolare, si può sostenere che la responsabilità sia circoscritta al pregiudizio derivante da operazioni alla cui concreta realizzazione abbiano partecipato gli (o alcuni degli) amministratori¹²⁰; partecipazione che può tradursi, a seconda dei casi, nell'assunzione di una determinata decisione, rispetto alla quale i (o taluni dei) soci abbiano espresso la loro approvazione, o nell'esecuzione di una decisione assunta, autonomamente, oppure di concerto con loro, dai soci stessi.

La fattispecie presa in considerazione dal legislatore è inquadrabile nella responsabilità da concorso nella gestione, poiché il profilo della concorrente responsabilità degli amministratori ne costituisce tratto caratterizzante ed essenziale, non essendovi, né potendo esservi, alcun spostamento di responsabilità dall'una categoria (amministratori) all'altra (soci). In altre parole, la responsabilità dei soci prevista dall'art. 2476, c. 7, ha

¹²⁰ In questo senso BARTALINI, *La responsabilità dei soci e degli amministratori*, in *Le nuove s.r.l.*, opera diretta da Sarale, Bologna, 2008, 620 ss.

carattere accessorio rispetto a quella degli amministratori e non sarebbe configurabile in assenza di quest'ultima¹²¹.

L'*incipit* della norma (“*sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori*”) sembra inequivoco sul punto.

L'affermazione in base alla quale la responsabilità del socio gestore e quella dell'amministratore dovrebbero essere considerate quali variabili indipendenti l'una dall'altra, così da evitare che, qualora la società sia priva di un organo amministrativo, si realizzino situazioni di irresponsabilità in capo a chi gestisce, parte da una premessa erronea, secondo la quale non sarebbe indispensabile, nella s.r.l., la creazione di un'autonoma funzione amministrativa, potendosi attribuire alla collettività dei soci, riuniti o meno in assemblea, anche tutte le decisioni in materia di gestione dell'impresa sociale¹²².

Pur senza soffermarsi in dettaglio sulla questione, assai dibattuta, si ritiene che tale ricostruzione non trovi adeguato riscontro nel dato positivo. La disciplina codicistica della s.r.l. considera in modo distinto la figura degli amministratori e quella dei soci facendo costante riferimento ai primi nelle norme dedicate all'amministrazione della società¹²³, senza mai evidenziare la possibilità di un'alternativa alla loro presenza quale organo o funzione a sé stante. A nulla rileva, ai fini dell'asserita ammissibilità della soppressione dell'organo gestorio, il fatto che, nella s.r.l., possano essere investiti della funzione amministrativa tutti i soci e possa

¹²¹ MELI, *cit.*, 672.

¹²² Tale prospettazione è tratta da BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.*, in *Società*, 2004, 811.

¹²³ Per un dettagliato elenco delle norme che paiono presupporre la necessaria presenza dell'organo amministrativo nella s.r.l. si rimanda a RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, *cit.*, 524.

essere organizzata un'amministrazione per persone anzichè per uffici, sulla falsariga della società di persone (v. art. 2475, cc. 1 e 3, cod. civ.).

Come autorevolmente affermato, “*l'identità tra le persone dei soci e degli amministratori non esclude la diversità dei ruoli e delle funzioni e la soggezione a regole diverse nell'una e nell'altra veste*”¹²⁴.

Se si conviene a detta impostazione e si opta per la tesi dell'impossibilità di prescindere dall'esistenza di un'autonoma funzione amministrativa, in qualunque modo organizzata, nella s.r.l., risulta arduo ipotizzare fattispecie di danni nei confronti della società, di soci o di terzi, causate da operazioni al cui compimento siano rimasti estranei tutti gli amministratori.

Si può inoltre ritenere che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2476, c. 7, il socio ingeritosi nella gestione non sia anche un amministratore della società: se questi fosse amministratore, difatti, risponderebbe dei danni cagionati dalla sua condotta ai sensi dell'art. 2476, c. 6, in forza della titolarità del potere/dovere di amministrazione¹²⁵.

L'art. 2476, c. 7, precisa poi che i soci sono solidalmente responsabili con gli amministratori “ai sensi dei precedenti commi”. Ne consegue che, ai fini dell'estensione della responsabilità per *mala gestio* ai primi, devono ricorrere almeno gli stessi presupposti che valgono a fondare la responsabilità risarcitoria dei secondi¹²⁶.

Soffermandosi su tali presupposti, va innanzitutto osservato che il socio deve aver autorizzato o deciso il compimento di atti relativi all'amministrazione della società. La conferma che debba trattarsi di atti di amministrazione, nonostante l'art. 2476, c. 7, non lo dica espressamente, si ricava proprio

¹²⁴ RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata, cit.*, 524.

¹²⁵ ID., *cit.*, 526.

¹²⁶ RIVOLTA, *cit.*, 529.

dal richiamo ai commi precedenti: tra questi il comma 1 rende responsabili gli amministratori per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società.

Il comportamento richiesto ai soci, ai fini del loro coinvolgimento in responsabilità, non è il compimento diretto di atti dannosi, bensì la relativa decisione o autorizzazione, intendendosi per decisione o autorizzazione “...ogni loro manifestazione di volontà, che valga a dare impulso all'azione degli amministratori o a rimuovere un ostacolo al suo svolgimento”¹²⁷. In altre parole, per quanto riguarda i presupposti oggettivi, l'elemento discrezionale tra condotte censurabili e non, parrebbe essere l'idoneità della manifestazione di volontà di uno o più soci a svolgere una concreta influenza sulla successiva condotta degli amministratori.

Le ipotesi che rientrano nella categoria delle autorizzazioni/decisioni possono essere, nella pratica, le più varie. Ci si riferisce all'art. 2479, c. 1, e, segnatamente, alla previsione, nell'atto costitutivo, della competenza dei soci a decidere su determinate materie (si pensi, ad esempio, all'assunzione di obbligazioni pecuniarie, superiori ad un certo importo, alla vendita di immobili della società, alla costituzione di ipoteche sugli stessi); nonché all'approvazione da parte degli stessi degli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentino almeno 1/3 del capitale sociale sottopongono loro. Non sembra corretto distinguere a seconda che l'ingerenza dei soci si sia manifestata attraverso decisioni prese in sede extra-assembleare, oppure mediante deliberazioni assembleari, facendo leva sul tradizionale assunto dell'irresponsabilità dell'assemblea per le decisioni prese. In entrambi i casi, potranno essere chiamati a risarcire i danni,

¹²⁷ MELI, *cit.*, 682.

nei confronti della società, i soci che si siano pronunciati in senso favorevole e la cui manifestazione di voto sia il risultato di un'effettiva e consapevole partecipazione al relativo processo decisionale. Una diversa soluzione, che esimesse da responsabilità il singolo socio per il voto espresso in assemblea e non, invece, per il consenso espresso al di fuori della stessa, risulterebbe incoerente; e non sarebbe neppure più sostenibile, ove si ritenesse fondata la tesi del superamento dei dogmi dell'insindacabilità del voto del socio e della irrisarcibilità dei danni cagionati da atti corporativi nelle società di capitali¹²⁸.

Qualche perplessità emerge, alla luce dello stretto dettato normativo dall'art. 2476, c. 7, in merito al fatto che i descritti comportamenti possano essere fonte di responsabilità qualora si siano concretati in un diniego di autorizzazione o in una decisione negativa circa il compimento di un'operazione che sarebbe stata, invece, vantaggiosa per la società¹²⁹.

Se, ad ogni modo, si ritiene che lo scopo della norma – indipendentemente dal suo tenore letterale – sia quello di reprimere ogni manifestazione di ingerenza dei soci nell'amministrazione della società dalla quale siano conseguiti effetti dannosi per soggetti terzi, sarebbe preferibile optare per riconoscere l'applicabilità a tutte le fattispecie in cui le determinazioni dei socio forniscano un effettivo contributo, sotto il profilo causale, ai risultati della condotta dell'organo amministrativo; e ciò a prescindere dal contenuto, positivo o negativo, di dette determinazioni.

Viceversa, si ritiene che i soci non possano essere ritenuti responsabili per il fatto di non aver adeguatamente vigilato

¹²⁸ GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 72.

¹²⁹ In senso affermativo MELI, *cit.*, 695. In senso contrario, invece, VIGO, *La partecipazione dei soci all'amministrazione della s.r.l.*, in Genovese (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2004, 54 ss.

sull'attività di gestione posta in essere dagli amministratori e, eventualmente, dagli altri soci cogestori.

Questo tipo di condotta omissiva non rientra – neppure in senso lato – nelle fattispecie contemplate dall'art. 2476, c. 7, che, come visto, richiedono un coinvolgimento diretto dei soci, ancorchè espresso in via informale e al di fuori dei normali canali decisionali, nell'assunzione di scelte gestorie pregiudizievoli. Né varrà richiamare, per giustificare l'affermazione di una corresponsabilità dei soci anche in tali ipotesi, gli estesi diritti di controllo attribuiti al socio che non partecipa all'amministrazione della società, dall'art. 2476, c. 2. Questi ultimi, infatti, sono strumenti di cui il medesimo può (e non deve) avvalersi per valutare l'operato di chi gestisce la società a tutela del proprio interesse al corretto svolgimento dell'incarico amministrativo e, eventualmente, per esercitare, in modo informato, le prerogative gestorie riconosciutegli dagli artt. 2468 e 2479 cod. civ.¹³⁰.

Un'interpretazione estensiva dell'art. 2476, c. 7, che ne affermasse l'applicazione anche al caso limite in esame, avrebbe l'effetto di imporre ai soci i medesimi comportamenti, in termini di diligenza e di informazione, esigibili dagli amministratori. Ma questo pare eccessivo. Così facendo, infatti, non ci si limiterebbe a reagire nei confronti di comportamenti scorretti dei soci ingeritisi nella gestione, ma si imporrebbe loro l'osservanza continuativa di obblighi e modalità di condotta, dettati ed enucleati dal legislatore con riguardo a soggetti incaricati dell'esercizio di un'attività professionale¹³¹.

¹³⁰ In questo senso GIUDOTTI, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, 2007, 64 ss.

¹³¹ Se non può ritenersi dovere dei soci quello di vigilare sull'operato degli amministratori, tanto meno può pretendersi dagli stessi un più pregnante obbligo di intervenire, qualora siano a conoscenza di eventuali situazioni pregiudizievoli, a rimedio delle stesse. Gli obblighi di vigilanza e intervento, infatti, costituiscono aspetti diversi

Restando nell'ambito dei comportamenti dei soci idonei a costituire fonte di responsabilità, ci si chiede, infine, se possa ritenersi tale la condotta di uno o più soci che, rimasti inizialmente estranei all'attività gestoria, abbiano successivamente approvato un atto pregiudizievole già compiuto, in piena autonomia, dagli amministratori, manifestando così *ex post* di condividere il loro operato. La risposta sembra, ancora una volta, negativa. Perché possa sorgere una responsabilità risarcitoria in capo ai soci, infatti, non basta che gli stessi abbiano manifestato, in qualsiasi forma e in qualunque tempo, di condividere l'operato degli amministratori; è necessario che essi ne abbiano concretamente influenzato l'attività, inducendo gli amministratori a compiere una certa operazione o rafforzando il loro convincimento in proposito. In questo senso va letto e interpretato il dettato normativo e in questo senso si giustifica, nel contesto societario, la possibilità di muovere un rimprovero ad alcuni soggetti per danni conseguenti a condotte poste in essere da altri.

*

L'art. 2476, c. 7, utilizza l'avverbio "intenzionalmente" nel far riferimento alle decisioni o autorizzazioni dei soci nel compimento di atti dannosi degli amministratori verso la società, i singoli soci o i terzi.

Gli interpreti si sono interrogati sul senso di tale aggettivazione, ma da molti è stato osservato che, apparendo ovvia la richiesta di una intenzionalità riferita alla condotta, ritenere rilevante la sola volontà del socio rivolta all'evento,

di un medesimo dovere, in forza del quale gli amministratori, pur in presenza di delega di attribuzioni, non sono comunque dispensati dall'interessarsi della gestione sociale e della coerenza delle scelte imprenditoriali strategiche agli scopi perseguiti dalla società, ma conservano un dovere di impulso e di azione finalizzato alla conoscenza di eventuali situazioni pregiudizievoli e, ove riscontrate, hanno l'obbligo di intervenire a rimedio delle stesse.

cioè al danno, porterebbe a risultati troppo restrittivi e non in linea con la *ratio* della disciplina, dal momento che finirebbero per essere fonte di responsabilità esclusivamente le decisioni caratterizzata da intento lesivo o da conflitti di interesse.

Qualcuno ha pertanto concluso sostenendo che il richiamato requisito abbia carattere del tutto pleonastico¹³², considerandolo al più un particolare *caveat* rivolto all'interprete perché accerti una reale condivisione dell'atto, una consapevole partecipazione alla scelta decisionale o autorizzativa.

Condividendo questa conclusione si può allora ritenere che il requisito dell'intenzionalità assuma rilievo non tanto quando il socio abbia deciso, autonomamente o di concerto con gli amministratori, il compimento dell'atto, poiché in questi casi l'intenzionalità difficilmente può essere negata, quanto invece proprio per quei comportamenti, anche atipici e diversi dalla assunzione diretta della decisione o dalla sua espressa autorizzazione, in cui il socio comunque manifesti la volontà di condividere l'operato illecito degli amministratori. L'intenzionalità si sostanzierà allora nella consapevolezza e nella piena informazione circa le caratteristiche dell'atto e dei suoi potenziali effetti e in una volontà di conferma di tutto ciò che il compimento dell'atto comporta.

La relativa prova non potrà tuttavia incombere sul socio attore. Se, infatti, l'azione esercitata dal socio anche nei confronti dei soci gestori è la stessa azione sociale esercitabile dalla società, essa ha natura contrattuale con la conseguente esclusione dell'onere per l'attore di provare lo stato psicologico (dolo o colpa) del convenuto e in generale l'atteggiarsi della sua volontà rispetto al fatto.

Sarà quest'ultimo a dover fornire la prova della mancanza di tale requisito psicologico per andare esente da responsabilità,

¹³² RESCIGNO, *cit.*, 333.

più specificamente dimostrando la non intenzionalità della partecipazione alla decisione dannosa per la società.

In conclusione, si ritiene che in considerazione delle caratteristiche e della *ratio* del nuovo regime di responsabilità da gestione nella s.r.l., volto a far emergere la sostanziale titolarità della competenze gestorie nella società e a collegarvi la correlativa responsabilità, una impostazione che valorizzi e dia spazio alla prova presuntiva dei fatti di eterogestione debba essere privilegiata. Non si ritiene che ciò comporti una reale inversione dell'onere della prova, quanto una doverosa operazione interpretativa finalizzata a raggiungere risultati di reale effettività del sistema che altrimenti potrebbero risultare del tutto compromessi¹³³.

*

Resta da chiarire, più per esigenze di corretto inquadramento della fattispecie che per gli effetti giuridici che da ciò conseguono¹³⁴, quale sia la natura della responsabilità dei soci rispetto ai quali sia stato accertato un concorso nella

¹³³ In questo senso WEIGMANN, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto commerciale*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1992, 803 ss.

¹³⁴ In particolare, qualificare la responsabilità come contrattuale piuttosto che come extracontrattuale non incide in modo significativo sulla disciplina dell'onere della prova, poiché al danneggiato (sia esso la società, un socio) che agisce nei confronti del socio cogestore spetta pur sempre la prova dello stato soggettivo dell'intenzionalità, il quale, come visto, è posto dal legislatore tra gli elementi costitutivi della fattispecie; e neppure sulla disciplina della prescrizione dell'azione di responsabilità, poiché, per quanto riguarda la prescrizione in materia di società, trova applicazione l'art. 2949 cod. civ., che prevede che si prescrivano in cinque anni – al pari del diritto al risarcimento dei danni derivanti da fatto illecito – tanti i diritti derivanti dai rapporti sociali, quanto l'azione di responsabilità spettante ai creditori verso gli amministratori, ove si ritenga che, nella s.r.l., debba applicarsi analogicamente l'art. 2394 cod. civ. e sia quindi configurabile un'autonoma azione di responsabilità dei creditori sociali (per una più approfondita analisi di tale ultima questione v. MELI, *cit*, 697).

gestione: se, cioè, si tratti di responsabilità contrattuale o, invece, extracontrattuale.

La questione è dibattuta. Accanto ai più che ne affermano senza alcuna incertezza la natura contrattuale¹³⁵, al pari della responsabilità degli amministratori, v'è invece chi propende per la diversa soluzione della natura extracontrattuale¹³⁶, facendo leva soprattutto sull'utilizzo da parte del legislatore dell'avverbio 'intenzionalmente'.

Coloro che propendono per la natura contrattuale della responsabilità dei soci pongono a fondamento della loro tesi l'esistenza di un dovere fiduciario del socio nei confronti della società in tutti i casi in cui, di fatto, egli eserciti un'influenza nella gestione; dovere che troverebbe le proprie radici nello stesso contratto sociale, al pari di ogni altra situazione soggettiva, attiva o passiva, conseguente alla qualità di soci.

Alla luce dei principi generali in materia di obbligazioni, si ritiene preferibile la tesi della natura contrattuale della citata responsabilità¹³⁷. Come ogni altro rapporto giuridico obbligatorio, il rapporto sociale si arricchisce, nella sua struttura tipica, di obblighi integrativi nascenti dai canoni di correttezza e buona fede oggettiva (artt. 1175 e 1375 cod. civ.) che vincolano i soci nei confronti della società e, nell'ambito del procedimento deliberativo, nei loro rapporti reciproci.

Tali canoni di condotta, che – secondo l'interpretazione qui condivisa – si presentano come specificazione del principio di solidarietà, dovrebbero presiedere ad ogni comportamento delle parti riconducibile, *ex lege* o anche solo di mero fatto, al

¹³⁵ PREITE, *Il diritto delle società*, in Oliveri-Oresti-Vella (a cura di), Bologna, 2006, 290; DI AMATO, *cit.*, 304; ROSSI, *cit.*, 1069, RESCIGNO, *cit.*, 332.

¹³⁶ SALAFIA, *L'autorizzazione assembleare ad atti di gestione dell'impresa*, in *Società*, 2008, 423.

¹³⁷ Zanardo, *cit.*, 529.

possesso della qualità di socio e strumentale all'attuazione del rapporto associativo, in vista del perseguimento dello scopo lucrativo comune (art. 2247 cod. civ.)¹³⁸. Più precisamente, poiché l'ingerenza dei soci nell'amministrazione della società è espressamente consentita dall'ordinamento e, quand'anche posta in essere in via ufficiosa e extraistituzionale, è comunque dallo stesso tollerata, sembra ragionevole affermare che il dovere dei soci di comportarsi secondo correttezza e buona fede nell'esercizio dei propri diritti si estenda a detta attività di cogestione. Con la conseguenza che laddove il socio assuma o concorra ad assumere consapevolmente una decisione lesiva degli interessi giuridicamente protetti facenti capo ad altri soggetti (in particolare, alla società), con ciò abusando dei propri diritti (o, meglio, dei propri poteri), sorgerebbe a suo carico la responsabilità per gli eventuali danni cagionati. È chiaro che quanto affermato presuppone l'accoglimento dell'idea che costituisca violazione del suddetto principio di correttezza l'esercizio, da parte del socio, dei poteri che gli derivano dall'appartenenza a un'organizzazione collettiva per l'esclusivo soddisfacimento di interessi extrasociali, personali ed egoistici, con conseguente lesione dell'interesse sociale; l'idea, cioè, che vi sia almeno un limite espresso alla sua libertà di agire, costituito dall'interesse sociale, sull'ulteriore previo assunto che l'uso della correttezza/buona fede integrativa possa servire anche in funzione di limite all'esercizio arbitrario di poteri facenti capo ai soci in forza della partecipazione alla società¹³⁹. Ma tale presupposto, anche alla luce degli orientamenti cui sono approdate dottrina e giurisprudenza, specie con riferimento all'esercizio del diritto di voto nell'ambito del procedimento assembleare, se può creare qualche incertezza in merito alla sua esatta estensione o, eventualmente, al suo fondamento normativo,

¹³⁸ MELI, *cit.*, 696.

¹³⁹ DI MAJO, *cit.*, 355.

non sembra possa essere seriamente posto in dubbio quanto alla sua stessa esistenza.

III.IV.III. LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI DI S.R.L. NEI CONFRONTI DEI TERZI

Come osservato in premessa, la disciplina positiva tace con riferimento alla responsabilità dei soci-gestori nei confronti dei creditori sociali. Si è osservato, nei primi commenti¹⁴⁰, che difficilmente tale omissione può considerarsi frutto di una mera svista del legislatore. In effetti, sebbene durante i lavori preparatori alcuni interpreti avessero già segnalato la lacuna, sottolineando la necessità di integrare il testo mediante una specifica disposizione, il testo definitivo non ha provveduto in tal senso, né ha disposto in merito alla eventuale legittimazione del curatore in caso di fallimento.

Non può però essere dimenticato che resta ferma per il terzo la possibilità di esperire, in via surrogatoria, l'azione sociale di responsabilità, sebbene tale azione lo esponga alle eccezioni opponibili alla società e non gli garantisca un ristoro diretto e personale del danno subito.

In mancanza di un'autonoma azione concessa dal diritto positivo ai creditori sociali residuerebbe sempre per i creditori, in base ai principi generali, la possibilità di esercitare l'azione aquiliana per lesione del credito¹⁴¹.

Vediamo quindi di analizzare alcune ipotesi in cui i creditori potrebbero azionare la responsabilità aquiliana nei confronti del socio di s.r.l.

¹⁴⁰ ZANARDO, *cit.*, 502.

¹⁴¹ DI AMATO, *cit.*, 607.

III.IV.IV. (SEGUE) APPROVAZIONE DI UNA DELIBERA ASSEMBLEARE A CONTENUTO LESIVO.

Ci si propone qui di esaminare innanzitutto le ipotesi in cui l'evento dannoso sia direttamente causato da una delibera assembleare, approvata con il voto determinante di un socio (o di un gruppo di soci) di maggioranza. Una consimile fattispecie può configurarsi praticamente soltanto in due serie di casi: a) laddove taluni soci, abusando del potere maggioritario in spregio al principio di correttezza endo-associativa, abbiano adottato una deliberazione contraria all'interesse della società (e lesiva della sua integrità patrimoniale ovvero indirettamente pregiudizievole degli interessi patrimoniali e corporativi dei soci di minoranza); b) laddove i soci, chiamati a deliberare su un oggetto attinente alla gestione dell'impresa sociale e riservato statutariamente alla competenza dell'assemblea ovvero sottoposto per iniziativa degli amministratori all'esame di questa¹⁴², abbiano assunto una decisione di contenuto tale da ripercuotersi lesivamente sui diritti di terzi in contatto con l'organismo economico. La distinzione fra le due ipotesi riesce abbastanza netta, purchè si tenga conto, per un verso, della posizione del soggetto pregiudicato e, per altro verso, del fondamento normativo dell'antigiuridicità della condotta lesiva che, nel primo caso, risiede nell'inadempimento degli obblighi di buona fede nell'attuazione del contratto sociale, mentre, nel

¹⁴² ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1974, 44, è incline a ritenere che sussista nel nostro sistema un principio in base al quale gli amministratori non solo avrebbero la facoltà (ai fini dell'esonero della responsabilità interna), ma sarebbero anche obbligati "a sottoporre all'assemblea quelle operazioni che tendono a imprimere all'esercizio dell'impresa un corso radicalmente nuovo o a esporla a rischi economici assolutamente straordinari, rispetto alle quali è da presumere che i soci siano interessati a ricevere congrue informazioni e ad esprimere il proprio consenso".

secondo, non può che ricollegarsi alla violazione del principio *alterum non laedere*.

In entrambe queste ipotesi, l'imputazione dell'obbligazione risarcitoria all'ente collettivo non è controversa, data la provenienza del fatto da una tipica figura soggettiva di produzione dell'azione organizzata, qual'è l'assemblea dei soci.

È invece fonte di perplessità assai più accesa l'imputazione (concorrente) della responsabilità civile ai soci, che presuppone la possibilità di configurare i medesimi come compartecipi, anzi, per meglio dire, come protagonisti individuali di un fatto illecito a rilievo collettivo, commesso nell'esercizio anti-giuridico e colpevole del diritto di voto¹⁴³. Benché la delibera assembleare, in quanto atto promanante dal collegio, si configuri come fattispecie unitaria complessa, si ritiene che l'espressione del voto da parte del socio costituisca a sua volta un'autonoma dichiarazione di volontà¹⁴⁴, di per sé apprezzabile come fatto generatore di danno ingiusto: con ciò si vuol dire che la struttura collegiale dell'atto, in linea di principio, non è di ostacolo all'imputazione individuale della responsabilità al singolo votante. L'esitazione dinnanzi alla soluzione positiva del quesito deriva da altre ragioni: il voto, anche se verte su un oggetto attinente alla gestione dell'impresa non è

¹⁴³ Per la soluzione affermativa si veda ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 170 ss; SENA, *Il voto nell'assemblea della società per azioni*, Milano, 1961, 404 ss, soprattutto con riguardo alle deliberazioni annullabili per conflitto di interessi o nulle per illecità del motivo comune a tutti i soci votanti; *contra* GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, 1987, 325 ss.

¹⁴⁴ In argomento v. SENA, *cit.*, 58, il quale argomenta che “*la deliberazione non è un atto né della persona giuridica, né dell'organo; non è che una combinazione di voti i quali sono atti delle persone fisiche votanti*”.

funzionalizzato al perseguimento dell'interesse sociale, ma resta tendenzialmente libero nelle finalità; per quest'aspetto esso si atteggia come diritto, più che come potere¹⁴⁵ e – come si osserva correttamente – il suo esercizio non può essere sindacato sotto il profilo della negligenza gestoria¹⁴⁶.

Non sarebbe corretto, tuttavia, trarre argomento da ciò per ritenere la sussistenza di una causa di esclusione dell'anti-giuridicità del fatto dannoso, poiché la facoltà del socio di condeterminare con il voto in assemblea l'azione organizzata rappresenta una situazione giuridica strumentale e contenutisticamente neutra¹⁴⁷. Qui, per l'appunto, essa incontra dei limiti nell'esigenza di protezione non solo dell'interesse sociale ma anche dei diritti degli estranei alla compagine associativa, nelle ipotesi, rispettivamente, di conflitto di interessi potenzialmente dannoso e di interferenza lesiva nella sfera giuridica dei terzi. E quando questi confini sono varcati e l'espressione del voto integra in pari tempo una condotta antiggiuridica, si profilano gli elementi basilari della fattispecie d'illecito, a prescindere dal profilo dell'invalidità dell'atto collegiale¹⁴⁸.

Con ciò la questione non potrebbe dirsi senz'altro affermativamente risolta, poiché restano da esaminare i profili relativi al nesso di causalità e alla colpevolezza, che svolgono un ruolo decisivo nella selezione dei centri personali d'imputazione delle conseguenze dell'illecito. Le singole manifestazioni di voto andranno dunque vagliate dal

¹⁴⁵ SENA, *cit.*, 158 “Il principio maggioritario caratterizza il potere esercitato dal socio col voto in modo tale da renderlo quasi un *tertium genus* fra il diritto soggettivo e la potestà; con il voto un soggetto svolge il proprio interesse ma potenzialmente dispone anche dell'interesse altrui” “questa posizione intermedia... viene indicata come l'espressione diritto soggettivo collettivo”.

¹⁴⁶ ABBADESSA, *cit.*, 58.

¹⁴⁷ *ID.*, *cit.*, 64.

¹⁴⁸ Ricostruzione tratta da GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Messina, 1991, 379 ss.

punto di vista sia dell'adeguatezza dell'apporto eziologico alla produzione dell'evento dannoso (di cui la delibera assembleare è mero tramite), sia della configurabilità di uno stato soggettivo di intenzionalità o di consapevolezza del danno, o quanto meno di un'oggettiva difformità della condotta dallo standard di diligenza esigibile, secondo le circostanze del caso. Ciò porta ad escludere che la semplice espressione di voto favorevole all'approvazione di una delibera avente conseguenze pregiudizievoli consenta di ravvisare in qualsiasi socio un co-autore dell'illecito, obbligato in solido al risarcimento dei danni. La rilevanza causale dei singoli contributi non va apprezzata infatti alla stregua delle regole di formazione e di validità dell'atto deliberativo, bensì nell'ottica del giudizio di responsabilità civile, in relazione al quale essi possono anche non configurarsi come conscausa "adeguata" dell'evento di lesione¹⁴⁹.

Quanto al profilo soggettivo della colpevolezza, la distinzione teorica della posizione di responsabilità (personale) si fa ancora più chiara. Nelle ipotesi del controllo "totalitario", per esempio, risultando addirittura dubbia la struttura collegiale dell'atto¹⁵⁰, l'individuazione dell'autore dell'illecito (e dei profili di colpevolezza) è pressoché automatica. Nei casi, invece, di controllo maggioritario di un unico socio o di un gruppo di soci, riuniti in un sindacato di voto o comunque operanti in fatto previa concertazione, sulla base di una tacita intesa e a prescindere dalla sussistenza e dalla conoscibilità esterna di un eventuale accordo parasociale¹⁵¹, tali soggetti saranno – di norma – gli unici interessati all'appropriazione di un vantaggio extra-sociale, con pregiudizio della società o dei soci di minoranza, nella

¹⁴⁹ ID., 384.

¹⁵⁰ SENA, *cit.*, 71.

¹⁵¹ Sulla validità e sull'efficacia dei sindacati di voto nella dottrina v. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 315.

deliberazione illecita a rilievo endo-associativo; ma essi saranno altresì, in virtù dei loro contatti confidenziali con gli amministratori e i dirigenti dell'impresa, i soci meglio informati della portata lesiva dell'atto deliberativo e, in concreto, gli unici in grado di prevenire la produzione di un danno ingiusto a terzi.

Solamente, dunque, rispetto ad essi, e non anche a qualsivoglia socio che abbia votato in modo occasionalmente convergente con la maggioranza preconstituita, potrà avverarsi il requisito del dolo diretto e/o eventuale, della colpa cosciente o dell'ordinaria negligenza extra contrattuale¹⁵².

Va precisato però che, mentre con riguardo alla prima categoria di delibere, l'illiceità della condotta dei votanti appare marcatamente subiettivaizzata, in ragione della stessa configurabilità del conflitto d'interessi o dell'intento vessatorio, negli atti di gestione occasionalmente rimessi alla competenza assembleare la colpevolezza individuale è destinata a risultare più sfumata. Inoltre, l'affermazione della responsabilità aquiliana del socio in relazione all'esercizio di un potere di diretta gestione dell'impresa sociale, potrebbe apparire anche in contraddizione con l'immunità garantita dall'autonomia patrimoniale dell'ente collettivo.

Tuttavia ogni perplessità è destinata a svanire, allorchè si consideri che le scelte auto-organizzative dei soci o degli organi – quali sono indubbiamente la riserva statutaria di competenza o la sottoposizione di una data questione gestionale all'assemblea – non possono alterare, a svantaggio dei terzi, il regime della responsabilità, sopprimendo, in capo agli effettivi protagonisti, l'attitudine all'imputazione concorrente delle conseguenze giuridiche dell'azione collettiva. Non può apparire del resto soddisfacente una soluzione intesa a concentrare ogni responsabilità sugli amministratori, i quali, nonostante la loro indeclinabile

¹⁵² ID., *cit.*, 73.

posizione di garanzia esterna¹⁵³, espletano nella vicenda un ruolo puramente esecutivo.

III.IV.V. (SEGUE) INIZIO O PROSECUZIONE DI UN'IMPRESA SOCIALE SOTTOCAPITALIZZATA

L'imputazione della responsabilità civile al socio non implica in ogni caso un atto positivo di esercizio del voto. Può darsi, infatti, che il problema della responsabilità del socio sia genericamente correlato a una situazione sintomatica di abuso della personalità giuridica dell'ente collettivo.

Si è già detto delle interferenze teorico – pratiche tra queste due serie di ipotesi: sembra opportuno qui limitare il discorso ad una fattispecie quale la sottocapitalizzazione materiale qualificata¹⁵⁴ che, a differenza delle altre possibili e non necessariamente compresenti manifestazioni di abuso, possiede in sé medesima un'intrinseca e specifica attitudine a ledere le ragioni dei terzi creditori della società.

La sussistenza stessa, ancor prima che il fondamento normativo, del divieto di sottocapitalizzazione è oggetto di forti divergenze teoriche e giurisprudenziali (v. *infra* § III.VI.III)¹⁵⁵.

¹⁵³ Che li legittima senz'altro alla disapplicazione delle delibere assembleari a contenuto illecito: cfr. ABBADESSA, *cit.*, 61.

¹⁵⁴ La fattispecie ricorre allorché i soci costituiscono *ab initio* o mantengono anche successivamente in vita una società dotata di capitale manifestamente insufficiente rispetto al suo oggetto. Si ha invece sottocapitalizzazione formale o nominale quando la società è munita dei mezzi necessari al perseguimento dell'oggetto sociale, ma non in virtù del conferimento di mezzi propri, bensì attraverso il conferimento alla stessa di finanziamenti da parte dei soci (v. su tutti questi aspetti più diffusamente *infra* § III.VI.III.).

¹⁵⁵ PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti*, in *Riv. soc.*, 1970, 69. Secondo questa visuale, dall'art. 2327 cod. civ., letto in combinato disposto con l'art. 2448, n. 2 cod. civ., che contempla come causa legale di scioglimento della società la sopravvenuta impossibilità di

In questa sede vediamo di concentrare l'attenzione sul problema del titolo di imputazione della responsabilità aquiliana da sottocapitalizzazione ai soci.

Deve osservarsi che, di massima, la fattispecie presenta i requisiti caratterizzanti dell'atto illecito: i soci pongono in essere una condotta anti-giuridica nel momento in cui – violando la prescrizione che impone loro di dotare la società di un capitale non manifestamente inadeguato all'attività (programmata o svolta) e comunque di non sottrarre successivamente i mezzi patrimoniali indispensabili – operano nel traffico attraverso un organismo economico virtualmente predestinato all'insolvenza e alimentato surrettiziamente dal credito accordato da loro stessi o da taluni soggetti privilegiati, ai quali i soci abbiano concesso garanzie personali.

L'anti-giuridicità della condotta può ravvisarsi nell'esercizio abusivo dell'autonomia contrattuale, in fase costitutiva; durante la vita della società, potrà configurarsi invece un illecito utilizzo del potere di voto in assemblea o della capacità di influenza extra-istituzionale, da parte dei soci, per lo più in concorso con una concomitante violazione dei doveri d'ufficio da parte degli amministratori.

Può darsi infatti che l'assemblea, convocata per far constatare l'intollerabile inadeguatezza dei mezzi propri della società, deliberi nel senso della non ricapitalizzazione e della prosecuzione dell'attività; ovvero che, in spregio alle esigenze finanziarie dell'impresa sociale, deliberi la

conseguire l'oggetto sociale, può desumersi il principio che l'ammonante complessivo dei conferimenti dei soci non può essere determinato al di fuori di qualsiasi relazione con l'attività programmata o effettivamente svolta: di qui il divieto, in primo luogo a carico dei soci, di avviare o proseguire l'iniziativa imprenditoriale collettiva, in caso di manifesta insufficienza degli apporti di capitale rispetto alle dimensioni e agli obiettivi della medesima (sul punto vedi più diffusamente *infra* § III.VI.III.).

distribuzione della parte disponibile delle riserve. Ma può darsi anche che l'illecita prosecuzione dell'attività sociale abbia luogo tacitamente, o che il rimborso dei prestiti sostitutivi ai soci avvenga sulla base di semplici contatti confidenziali con gli amministratori: in queste ipotesi, più che la circostanza evanescente dell'omesso esercizio del diritto di voto, verrà in rilievo l'illegittima influenza dei soci di comando sui comportamenti dell'organo gestorio, aventi ripercussioni pregiudizievoli nei confronti dei terzi¹⁵⁶.

Neppure il requisito dell'ingiustizia del danno appare dubbio: nel caso di ripartizione fra i soci di mezzi propri della società, sia pure non soggetti al vincolo di destinazione del capitale, si configura una lesione della garanzia patrimoniale attuale che i beni sociali offrono ai creditori; negli altri casi (omessa dotazione o adeguamento del capitale indispensabile; riappropriazione di beni e valori in uso alla società) si ha piuttosto una generica lesione del credito, poiché la soddisfazione delle pretese creditorie è posta sin dall'inizio in pericolo da un'incapienza del patrimonio sociale, scientemente provocata e dissimulata dai soci o da taluni di essi¹⁵⁷.

La società sottocapitalizzata fonda in definitiva la propria capacità di ottenere credito e, per questa via, di operare nella realtà economica sulla garanzia patrimoniale offerta dalle

¹⁵⁶ Sulle variegata ipotesi di responsabilità dei soci per mancata messa in liquidazione (o mancato idoneo risanamento) dell'impresa v. PORTALE, *cit.*, 90 ss., il quale analizza attentamente l'utilizzo della tecnica della responsabilità da atto illecito per violazione di una norma di protezione o per lesione contraria ai buoni costumi.

¹⁵⁷ Resta estranea infatti al nostro sistema, nonostante qualche presa di posizione di segno diverso nella giurisprudenza di legittimità (v. p. es. Cass. 4 maggio 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745 ss, con nota di DI MAIO, in relazione a un'ipotesi di lesione dell'autonomia contrattuale), la configurabilità di un diritto all'integrità del patrimonio; cfr. CASTRONUOVO, *Le frontiere mobili del danno ingiusto*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1989, 549 ss.

persone interessate alle sue sorti, più che sulla propria: non diversamente da quanto accade nella società con soci a responsabilità illimitata¹⁵⁸, ma con l'aggravante rappresentata dalla obliterazione del principio di *par condicio creditorum*.

Le principali obiezioni all'impiego della tecnica qui brevemente illustrata non riguardano questioni di principio, ma le difficoltà pratiche legate alle caratteristiche operative del relativo congegno: ai creditori incombe l'onere di provare l'elemento soggettivo dell'illecito, nonché il nesso di causalità tra sottocapitalizzazione e danno; onere che può essere alleviato soltanto dal ricorso giudiziale alle fonti di prova presuntiva, le quali peraltro finiscono col costituire vere e proprie "anticamere della responsabilità oggettiva"¹⁵⁹.

Si può osservare però che, in concreto, quelle stesse ragioni di debolezza rappresentano altrettanti punti di forza del rimedio della responsabilità civile, del quale evidenziano la straordinaria duttilità. Nell'applicazione alla peculiare fattispecie esaminata, l'istituto conserva appieno tale prerogativa, che si apprezza soprattutto in sede di selezione normativa dei danni risarcibili e dei soggetti attivamente e passivamente legittimati alla pretesa indennitaria.

Proprio grazie all'indagine (anche presuntiva, ma agganciata a parametri di normalità) sulla colpevolezza e sul rapporto causale, l'interprete sarà posto in grado verosimilmente di stabilire: a quali soci sia ragionevolmente imputabile la responsabilità da sottocapitalizzazione; in quanti vi era in essi (o poteva esigersi da essi) consapevolezza del danno ai creditori – distinguendosi all'uopo tra azionisti di comando e di minoranza, ma anche eventualmente fra soci fondatori e cessionari successivi di una partecipazione, o tra soci imprenditori e soci investitori; se la condotta anti-giuridica dei soci colpevoli costituisca una causa adeguata della perdita

¹⁵⁸ DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, 259.

¹⁵⁹ PORTALE, *cit.*, 93.

patita da creditori sociali, alla luce delle possibili concause incolpevoli di insolvenza dell'ente sociale; quali fra i creditori sociali (e in quale misura) possono vantare una pretesa risarcitoria nei confronti dei soci, per non avere inteso accettare o condividere il rischio dell'incapienza patrimoniale della società, tenuto conto delle generali prescrizioni limitative dettate con riguardo al consenso dell'avente diritto e al concorso di colpa del danneggiato.

Del resto, la stessa tecnica della responsabilità patrimoniale da superamento, nella sua più raffinata versione ispirata alla considerazione dello scopo della norma, viene impiegata attraverso la disapplicazione mirata (e parziale) del disposto dell'art. 2325 (sul punto vedasi più diffusamente *supra* § III.I.II.).

III.V. LE POTENZIALITÀ APPLICATIVE DELLE TEORIE DI REPRESSIONE DELL'ILLECITO.

III.V.I. L'ABUSO DEL PATRIMONIO SOCIALE O DELLA POSIZIONE DI SOCIO.

Per dare maggiore concretezza all'analisi degli strumenti di repressione sin qui affrontati, pare ora opportuna una breve elencazione delle principali fattispecie ove potrebbe risultare ragionevole l'impiego di una delle tecniche repressive sopra analizzate.

Frequente nella prassi si pone, in questo contesto, la fattispecie di abuso del patrimonio sociale attraverso una sistematica e impropria utilizzazione dello stesso e/o la confusione tra il patrimonio sociale e personale dell'agente imprenditoriale.

Emblematico in giurisprudenza si segnala il caso Pallucci c. Faccenda¹⁶⁰.

¹⁶⁰ V. App. Roma, 19 febbraio 1981, in *Riv. Dir. Comm.*, 1981, II, 145. Sul tale pronuncia v. anche GALGANO, *L'imprenditore Faccenda non*

Il sig. Faccenda svolgeva la propria attività di costruttore nella veste giuridica formale non di imprenditore individuale ma di socio di alcune società di capitali costituite in occasione della conclusione di ciascun affare. In questo modo, il Faccenda aveva per lungo tempo ottenuto la frammentazione e la diversificazione dei rischi economici connessi allo svolgimento della propria attività: allorché l'esito di un singolo affare si era rivelato infelice, l'imprenditore aveva salvaguardato dal dissesto il proprio patrimonio, limitandosi a chiedere il fallimento della società che di quel singolo affare si stava occupando.

Nel caso di specie i giudici romani hanno ravvisato nel socio la figura dell'imprenditore (art. 2082 cod. civ.) in proprio per aver esercitato, con le necessarie caratteristiche di abitualità e professionalità, un'attività imprenditoriale, sia attraverso numerose società, che a lato delle medesime, in modo da ridurre le stesse a meri schermi di copertura della sua personale attività imprenditoriale. I giudici in particolare hanno rilevato:

- il rilascio da parte del Faccenda di molteplici fideiussioni in proprio e quale amministratore unico di una società di cui egli stesso era socio;
- il rilascio di un assegno sul proprio conto personale a saldo di un debito di un'altra società di cui era socio la convivente del Faccenda;
- la più generale confusione tra il patrimonio personale del Faccenda e il patrimonio di alcune società dichiarate fallite.

Ciò può nel complesso ragionevolmente essere interpretato come fattore sintomatico del dominio del Faccenda sui meccanismi finanziari delle società medesime e, dunque, dell'esercizio di un'attività imprenditoriale come *dominus* di numerose società a responsabilità limitata, ingenerando nei

fallisce? (a proposito delle società di capitali usate come "schermi di copertura"), in *Giust. Civ.*, 1983, I, 3069. V. anche, MONTALENTI, *Persona giuridica*, cit., 46.

terzi la ragionevole identificazione nella sua persona quale debitore effettivo dei rapporti sociali.

Fattispecie simili, nella prassi, sono diffuse e usuali, specialmente in contesti imprenditoriali contenuti, ove la figura gestoria coincide con la composizione della compagine sociale. Ebbene tale sovrapposizione, se esercitata in forme incompatibili con i modelli di funzionamento della società di capitali, integra spesso ipotesi di abuso o, comunque, di lesione di altri interessi, qualora naturalmente ne ricorrano i presupposti.

La fattispecie in esame si presta, quindi, all'utilizzo dei congegni estensivi della responsabilità anche in relazione alla natura plurioffensiva delle proprie possibili conseguenze.

Ed invero la soluzione dei giudici romani altro non fa se non prendere atto dell'effettiva essenza del modello organizzativo adottato in concreto dal Faccenda, individuare il corrispettivo modello legale ed applicarlo al caso di specie.

Ciò non esclude, peraltro, che in ipotesi simili possano altresì, ricorrendone i presupposti, rintracciarsi profili di responsabilità aquiliana in capo ai soggetti che abbiano leso interessi di terzi meritevoli di tutela.

III.V.II. I VERSAMENTI FUORI CAPITALE.

Nella prassi societaria accade sovente che i soci versino in favore della società cui appartengono, all'atto della sua costituzione o nel corso della vita sociale, somme di denaro. L'obiettivo è quello di incrementare il patrimonio sociale senza dar luogo a un corrispondente aumento del capitale nominale.

Appare qui opportuno limitare l'indagine alla fattispecie in cui lo statuto associativo preveda una clausola in forza della quale i soci abbiano l'obbligo versare alla società quanto occorrente per il conseguimento dell'oggetto sociale e/o per il ripanamento di eventuali perdite.

Ad opinione di larga parte della dottrina e della giurisprudenza¹⁶¹, una clausola di tal genere deve reputarsi incompatibile con i connotati essenziali delle società di capitali e segnatamente con il principio – che indubbiamente costituisce caratteristica tipologica di queste società – secondo il quale la responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali è limitata al conferimento eseguito in sede di costituzione delle società o di successivo aumento di capitale¹⁶².

Tale rilievo, unitamente alla constatazione che la condizione dei soci nei confronti della società finisce con l'essere per molti aspetti identica a quella che contraddistingue i soci di società di persone, inducono a ritenere che la presenza, nello statuto di una società che si caratterizza tipologicamente per la limitazione della responsabilità dei soci al solo conferimento, di una clausola che sancisce invece una illimitata responsabilità di costoro – sia pure solamente interna – costituisca una palese anomalia che finisce indubitabilmente con l'inquinare il modello associativo formalmente adottato all'atto di costituzione dell'ente collettivo.

¹⁶¹ Per una sintesi delle prospettive dottrinali e giurisprudenziali sul punto si veda, CENNI, *I versamenti fuori capitale*, cit., 1173.

¹⁶² In questo senso si veda GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli "obiter dicta" della Cassazione)*, in *Contratto e impresa*, 2, 1987, 370: "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, c. 2, a "conferire, in parti uguali fra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale".

Anche in questi casi, quindi, qualora ne ricorrano gli elementi, si ritiene potrebbe essere invocata da parte dei terzi creditori l'applicazione cogente del modello organizzativo coerente.

In realtà, a tale prospettazione potrebbe obiettarsi il rilievo che nulla impedisce ai soci di finanziare sistematicamente l'attività sociale con versamenti spontanei o di garantire personalmente le obbligazioni contratte dalla società, ad esempio assumendo fideiussioni in favore dei creditori, e che, pertanto, detta clausola dovrebbe reputarsi valida.

Tuttavia ciò che impedisce di assimilare tali eventualità alla clausola in discorso è la circostanza che con l'adozione di tale clausola, invece, l'illimitata esposizione di costoro a versamenti ulteriori viene istituzionalizzata, divenendo tratto tipico di quel modello associativo, configurandone di fatto uno diverso da quello adottato dalle parti alla costituzione dell'ente collettivo.

Posto quindi che una pattuizione quale quella in discorso è incompatibile con i tratti tipici delle società di capitali, la soluzione non potrà essere altra se non quella dell'applicazione cogente del modello coerente (verosimilmente da S.r.l. a S.n.c.).

III.V.III. INADEGUATEZZA DELLA CAPITALIZZAZIONE.

Si torna a fare accenno da ultimo a una potenziale applicativa dei modelli repressivi molto diffusa nella prassi.

Trattasi della “sottocapitalizzazione materiale qualificata”, che ricorre allorché i soci costituiscono *ab initio* o mantengono anche successivamente in vita una società dotata di capitale manifestamente insufficiente rispetto al suo oggetto¹⁶³.

¹⁶³ Si ha invece sottocapitalizzazione formale o nominale quando la società è munita dei mezzi necessari al perseguimento dell'oggetto sociale, ma non in virtù del conferimento di mezzi propri, bensì

La sussistenza nel nostro ordinamento del divieto di sottocapitalizzazione è oggetto di forti divergenze teoriche e giurisprudenziali¹⁶⁴.

Il più illustre Autore che ha contribuito all'elaborazione della teoria della necessaria coerenza tra capitale sociale e consistenza dell'attività economica è senz'altro Giuseppe Portale¹⁶⁵.

Nel suo più recente contributo¹⁶⁶, l'Autore ha riesaminato le basi del problema e, a conclusione di un'accurata analisi storico-comparatistica della funzione del capitale sociale nella società per azioni e di una puntuale ricognizione delle tendenze degli altri ordinamenti europei, è approdato a una soluzione positiva, sulla base dei seguenti argomenti.

Dall'art. 2327¹⁶⁷, letto in combinato disposto con l'art. 2484, n. 2 che contempla quale causa legale di scioglimento della società la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, può desumersi il principio che l'ammontare complessivo dei conferimenti dei soci non può essere determinato al di fuori di qualsiasi relazione con l'attività

attraverso la concessione alla stessa di finanziamenti da parte dei soci; ovvero è dotata di un capitale molto ridotto e di riserve del tutto sproporzionate a quell'importo. È la ricostruzione offerta da GUERRERA, *Illecito e responsabilità*, cit., 413.

¹⁶⁴ Per una ricostruzione delle prospettive teorico giurisprudenziali sul tema si vedano NICCOLINI, *Il capitale sociale minimo*, 1981 e TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, 1981.

¹⁶⁵ La prima formulazione della tesi – e anche la più radicale – che implica un controllo giudiziale positivo sull'adeguatezza del capitale sociale è stata elaborata dal PORTALE, in *Capitale sociale e conferimenti*, in *Riv. soc.*, 1970, 69. È doveroso ricordare che si tratta di una prospettazione criticata dalla dottrina prevalente: cfr. NICCOLINI, cit., 6 e TANTINI, cit., 10.

¹⁶⁶ Si veda, in particolare, PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate*, in *Riv. soc.*, 1991, 87.

¹⁶⁷ L'articolo, rubricato "Ammontare minimo del capitale", recita: "La società per azioni deve costituirsi con un capitale non inferiore a centoventimila euro".

programmata o effettivamente svolta: di qui il divieto, in primo luogo a carico dei soci, di avviare o proseguire l'iniziativa imprenditoriale collettiva in caso di manifesta insufficienza degli apporti di capitale rispetto alle dimensioni e agli obiettivi della medesima¹⁶⁸.

Nella prospettiva offerta dall'Autore, il precetto di adeguatezza dovrebbe investire l'intero arco temporale dell'iniziativa: sia in fase di costituzione della società, ove esso è rivolto ai soci come contraenti (in tal caso, unico referente determinativo del capitale parrebbe essere quello generico della tipologia di attività indicata dall'oggetto sociale¹⁶⁹); sia nella concreta evoluzione e nell'effettivo sviluppo economico dell'attività d'impresa. In tal caso, il persistere della sottocapitalizzazione solleverebbe una responsabilità sia dei soci, quali titolari di diritti corporativi e di poteri di co-determinazione, sia degli amministratori, ai quali incombe, allorché si sia verificata una causa di scioglimento (cfr. artt. 2484 e ss. c.c.), il divieto di intraprendere nuove operazioni e l'obbligo di convocare tempestivamente l'assemblea per le deliberazioni relative alla liquidazione¹⁷⁰.

¹⁶⁸ A parere di chi scrive, costituisce indice della sussistenza di tale principio anche un ulteriore referente legislativo. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 2446 c.c., sulla base del quale la riduzione del capitale impone all'assemblea l'adozione di "opportuni provvedimenti": ciò denota con una certa chiarezza il profilo funzionalistico del capitale sociale che sarebbe senz'altro tradito in caso di manifesta sottocapitalizzazione.

¹⁶⁹ E il giudizio sulla sua osservanza dovrebbe essere effettuato preventivamente dal giudice del registro in sede di omologazione dell'atto costitutivo.

¹⁷⁰ GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica*, cit., 371, riporta una sentenza del Tribunale di Venezia del 6 agosto 1982, ove è stato dichiarato fallito un socio di una S.r.l. con capitale sociale di 20 milioni e un giro d'affari di oltre 300 milioni.

La fattispecie descritta presenta una configurazione alquanto articolata, poiché la successiva mancanza dei mezzi patrimoniali indispensabili al conseguimento dell'oggetto sociale può derivare da fatti inerenti all'esercizio dell'impresa o da atti decisionali che implicano il passaggio da una situazione di sottocapitalizzazione formale o nominale, a una situazione di sottocapitalizzazione materiale (cfr. *supra* nota n. 61).

Come già osservato, la fattispecie presenta i requisiti caratterizzanti l'atto illecito. Tuttavia, anche ammettendo di desumere sistematicamente dal nostro ordinamento la sussistenza del principio di adeguatezza della capitalizzazione, sarebbe difficile sciogliere il dilemma riguardante la tecnica sanzionatoria da utilizzare per trasferire nella sfera dei soci le perdite che rischiano di restare a carico dei creditori sociali: responsabilità aquiliana da condotta colpevole o disapplicazione del beneficio della responsabilità limitata (art. 2325 c.c.)?

Sulla base delle caratteristiche operative del primo congegno i creditori sarebbero onerati dell'onere di prova dell'elemento soggettivo dell'illecito, nonché del nesso di causalità tra sottocapitalizzazione e danno.

D'altra parte, potrebbe supporre la disapplicazione mirata (e parziale) del disposto dell'art. 2325 c.c., in relazione alla peculiarità dei casi concreti, proprio al fine di rendere compatibile la responsabilizzazione diretta del socio con fondamentali esigenze d'equità, nonché con l'immanenza positiva del principio di autonomia patrimoniale dell'ente collettivo.

Tuttavia, si ritiene che anche in tali ipotesi potrebbe essere invocata l'applicazione del modello coerente, qualora l'istituzionalizzata volontà abusiva di mantenere la manifesta

In tale fattispecie, il socio aveva contribuito con il proprio patrimonio personale all'esercizio dell'impresa (ad es., rilasciando cambiali in proprio).

inadeguatezza tra capitale sociale e attività economica denoti, con un certo grado di probabilità, la sottesa intenzione di avvalersi di un modello associativo solo per trarre profitto dal regime di limitazione di responsabilità.

Si potrebbe invero sostenere che la sottocapitalizzazione, scontrandosi funzionalmente con la logica di autonomia patrimoniale e consistenza soggettiva che dovrebbe comunque connotare dati modelli associativi, indurrebbe a ritenere sussistenti gli elementi per invocare l'applicazione cogente del modello associativo coerente. Deve essere ancora una volta ricordato, infatti, che la società sottocapitalizzata fonda la propria capacità di ottenere credito e, per questa via, di operare nel mercato sulla garanzia patrimoniale offerta dalle persone interessate alla sua esistenza, più che sulla propria: non diversamente, cioè, da quello che accade nelle società con soci a responsabilità illimitata.

BIBLIOGRAFIA

- A.A. V.V., *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza*, in *Giur. Comm.*, 1980, I, 816, 795, 812, 785.
- ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1974.
- ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve.*, Milano, 2008, 323, ss.
- ANDREANI, *Regresso (azione di)*, in *Enc. Dir. XXXIX*, 1988, 704 ss.
- ANDRIOLI, nota a Cass. 8 aprile 1968, n. 1055, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1487.
- ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano, 1959, 242 ss.
- ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, 981 ss.
- ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 995 ss.
- ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 170 ss.
- ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, 94.
- BARTALINI, *La responsabilità dei soci e degli amministratori*, in *Le nuove s.r.l.*, opera diretta da Sarale, Bologna, 2008, 620 ss.
- BENNANI, *Aspetti della responsabilità dei sindaci*, in *Arch. Resp. Civ.*, 1965, 919.
- BIGIAVI, *Imprenditore occulto*, Padova, 1954, 140.
- BIGIAVI, *Responsabilità limitata del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180.
- BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, 1992, 175.
- BORGIOI, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1978, 1069 ss.

- BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, 36.
- BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975, 199 ss.
- BUSNELLI, *Danno e responsabilità civile*, 2003, 330.
- BUSNELLI, *Obbligazioni soggettivamente compesse*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 329 ss.
- CAGNASSO, *Gli organi delegati della società per azioni*, 1976, Torino.
- CASELLA, *Azione di responsabilità dei sindaci di società per azioni*, in *Temi*, 1959, 4654 ss.
- CASTRONUOVO, *Le frontiere mobili del danno ingiusto*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1989, 549 ss.
- CENNI, *I versamenti fuori capitale dei soci e la tutela dei creditori sociali*, in *Contratto e impresa*, 1995, 1173 ss.
- COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, Milano, 1997, 115.
- D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Torino, 1959, 241 ss.
- DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, 259.
- DI MAIO, nota a Cass. 4 maggio 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745 ss.
- DI NANNI, *Il dovere di vigilanza degli amministratori di s.p.a.*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1988, II, 392.
- DI SABATO, *Sui rapporti fra la responsabilità degli amministratori di spa e quella dei direttori generali*, in *Leg. Giust.*, 1984, 450 ss.
- DISTASO, *Superamento della personalità giuridica nei casi di abuso della stessa e ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. It.*, 1970, IV, 158 ss.
- FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 64.
- FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 315

- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990, 175 ss
- GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali. Artt. 2325-2341*, in *Commentario del cod. civ. Schlesinger*, Milano, 1996, 340, n. 60.
- GALGANO, *Il diritto privato tra codice e costituzione*, 1998, 100.
- GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969.
- GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. Dir. civ.*, 1965, I, 586.
- GALGANO, *Il costo della persona giuridica*, in *Ric. Soc.*, 1968, 1 ss.
- GALGANO, *L'imprenditore Faccenda non fallisce? (a proposito delle società di capitali usate come "schermi di copertura")*, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 3069.
- GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, 1987, 325 ss.
- GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Messina, 1991, 379.
- GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 72.
- GIUIDOTTI, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, 2007, 64 ss.
- HART, *Definition and Theory in Jurisprudence*, trad it. in Id., *Contributi all'analisi del diritto* (a cura di Vittorio Frosoni), Milano, 1964, 60 ss.
- INZITARI, *La 'vulnerabile' persona giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, 679.
- MAIORCA, voce "Vicende giuridiche", in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1975, 804 ss.
- MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa – Portale, 3, Torino, 2007, 667 ss.

- MONTALENTI, *L'abuso della personalità giuridica*, in *Diritto privato*, 1997, III, Padova, 1998, 276.
- NICCOLINI, *Il capitale sociale minimo*, 1981.
- NIGRO, *Procedure concorsuali e tecniche di ampliamento della responsabilità*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1983, 447.
- KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it., Milano, 1952, 98 ss.
- KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, Paris, 1914, 224.
- PAVONE LA ROSA, *Personalità giuridica e tecniche interpretative*, in *Studi in memoria di Orazio Condorelli*, vol. III, Milano, 1974, 965.
- PAVONE LA ROSA, *La teoria dell' "imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 603.
- PELLIZZI, *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota formula*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 481 ss.
- PELLIZZI, *Personalità giuridica e infrazione valutarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 492.
- PELLIZZI, voce "*Exceptio doli (diritto civile)*", in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1960, 1075 ss.
- PINTORE, *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*, in *Quaderni fiorentini. Itinerari moderni della persona giuridica*, Milano, 1983, tomo II, 721.
- PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti*, in *Riv. soc.*, 1970, 69.
- PREITE, *Il diritto delle società*, in Oliveri-Oresti-Vella (a cura di), Bologna, 2006, 290.
- QUATRARO, *La responsabilità dei sindaci*, in *Dir. Fall.*, 1987, I, 96.
- RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 331 ss.

- RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 524.
- ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, 87.
- ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 1063.
- SALAFIA, *L'autorizzazione assembleare ad atti di gestione dell'impresa*, in *Società*, 2008, 423.
- SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968.
- SCALFI, *I c.d. rapporti interni nelle società con un solo socio e la successione dell'unico azionista*, in *Riv. Dir., Comm.*, 1950, II, 56 ss.
- SCOTTI CAMUZZI, *Osservazioni in tema di responsabilità dell'unico azionista*, in *Jus*, 1977, 169.
- SENA, *Il voto nell'assemblea della società per azioni*, Milano, 1961, 404 ss.
- SILVETTI, CAVALLI MARULLI, *Le società per azioni*, III, 1996, 750 ss.
- TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, 1981.
- TONELLO, *L'abuso della persona giuridica*, Torino, 1998, 235.
- TORRENTE, voce "Eccezione di dolo", in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 218 ss.
- VIGO, *La partecipazione dei soci all'amministrazione della s.r.l.*, in Genovese (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2004, 54 ss.
- ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori": luci ed ombre della disposizione dell'art. 2476, c. 7, c.c.*, in *Riv. Soc.*, 2009, 498 ss.

IV. Capitolo III
**LA DOTTRINA DEL “LEVANTAMIENTO DEL VELO”
NELL’ORDINAMENTO SPAGNOLO**

IV.I. Premessa – IV.II. La dottrina spagnola – IV.II.I. Panoramica – IV.III. Il levantamiento del velo nella giurisprudenza spagnola – IV.III.I. Dalla “doctrina de tercero” al “levantamiento del velo” – IV.III.II. La formulazione della dottrina: la sentenza del 28 maggio 1984 – IV.IV. Il fondamento del levantamiento del velo – IV.IV.I. Il conflitto tra il valore della giustizia e il principio di sicurezza giuridica – IV.IV.II. Il concetto e la funzione dell’equità – IV.IV.III. La frode alla legge come fondamento della dottrina del levantamiento del velo – IV.IV.IV. La violazione del principio di buona fede come fondamento della dottrina del levantamiento del velo – IV.IV.V. L’abuso del diritto come fondamento della dottrina del levantamiento del velo - IV.IV.VI. Critiche dottrinali al levantamiento del velo.

IV.I. PREMESSA.

Lo studio dell’esperienza spagnola sui nostri temi trasmette una sensazione: che il problema dell’alterità soggettiva e l’individuazione delle tecniche volte a reprimerne gli abusi sia stato posto e risolto, in Spagna, dalla giurisprudenza prima che dalla dottrina.

Non è un caso, quindi, che la maggior parte dei contributi dottrinali sul tema abbiano trovato fonte di ispirazione e impulso nei periodi immediatamente successivi a pronunce giurisprudenziali avveniristiche ed innovative.

L’impressione è che – ma la si prenda come mero giudizio di fatto e non già di valore – gli snodi problematici posti dalla sistematica della persona giuridica e dal suo abuso, siano stati messi da parte in nome della vocazione giustizialista della

giurisprudenza spagnola e che solo successivamente siano stati ripresi dai teorici del diritto delle persone giuridiche.

Queste considerazioni fondano le premesse concettuali per un discorso che verrà ripreso nella conclusione di questo lavoro: Italia e Spagna, seppur in seno a culture del diritto continentale simili, offrono esperienze interessanti dal punto di vista comparatistico.

Si è visto che in Italia le maglie intessute dalle complesse ricostruzioni dottrinali sul tema della persona giuridica hanno gettato i presupposti per un irrigidimento della giurisprudenza, che in tema di abuso della persona giuridica non solo è quantitativamente modesta ma sembra irretita da aporie sistematiche che obnubilano il senso giustizialista in nome dell'ordine sistematico.

In Spagna, viceversa, i Giudici sembrano decisamente più disinibiti e portatori di un senso di equità sostanziale poco avvezzo ad articolate ricostruzioni sistematiche legittimanti le stesse pronunce.

Due prospettive quindi molto diverse nel solco delle quali non si staglia un flusso osmotico tra dottrina e giurisprudenza: i messaggi lanciati da un lato dai teorici e, dall'altro, da chi la giustizia la fa nelle aule dei Tribunali, si infrangono nel muro che li divide. E questo – ma, si precisa, è forse solo una impressione – è l'elemento comunque che presentano ordinamento spagnolo e ordinamento italiano.

Ci si rende conto che simili asserzioni andrebbero argomentate e, soprattutto, dimostrate.

Ebbene, si ritiene che all'uopo possa essere utile – prima dell'analisi dei fondamenti del nostro problema – illustrare una breve panoramica dei principali contributi dottrinali che si sono sviluppati in Spagna in tema di persona giuridica e delle tecniche repressive del suo abuso.

IV.II. LA DOTTRINA SPAGNOLA

IV.II.I. PANORAMICA

L'interesse della dottrina e della giurisprudenza spagnola per il tema della persona giuridica affonda le proprie radici nel primo dopoguerra.

Come si avrà modo di vedere nel prossimo paragrafo, si tratta di sforzi intellettivi stimolati dalla giurisprudenza della c.d. dottrina del tercero, ovvero quella dottrina (*rectius* indirizzo giurisprudenziale che ha determinato una prima corrente di pensiero sul tema della persona giuridica) che nasce per dare risposta all'interrogativo se il socio possa considerarsi terzo rispetto alle relazioni contrattuali intessute dalle società dagli stessi amministrate e/o gestite.

Questo interrogativo, naturalmente, si ricollega eziologicamente alle preoccupazioni sorte in relazione ai possibili usi 'anomali' della persona giuridica: ovvero l'utilizzo di questa quale scudo utile a salvaguardare le posizioni di coloro che l'avevano originata.

Precursore di tali preoccupazioni e principale punto di riferimento della dottrina spagnola che si è sviluppata sul tema è indiscutibilmente il maestro DE CASTRO che nel 1949 pubblicò un saggio dal titolo "*La sociedad anònima y la deformaciòn del concepto de persona jurídica*"¹⁷¹.

DE CASTRO può ritenersi uno dei principali studiosi del tema della persona giuridica e la citata monografia rappresenta ancora oggi la pietra miliare per gli studiosi che vogliono addentrarsi in questa complessa materia¹⁷².

Un passaggio importante per lo studio del *levantamiento del velo* è rappresentato dalla traduzione, da parte di PUIG

¹⁷¹ DE CASTRO, *La sociedad anònima y la deformaciòn del concepto de la persona jurídica*, in *Anuario de derecho civil*, 1949, 1397 ss.

¹⁷² DE CASTRO, *La persona jurídica*, 1949.

BRUTAU, dell'opera di SERICK, *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles*¹⁷³ che, proiettando sul terreno dottrinale spagnolo l'esperienza corporatistica nordamericana, ne ha determinato un impulso e uno sviluppo significativo¹⁷⁴.

Merita poi di essere ricordato lo studio di DE LA CAMERA¹⁷⁵, con la collaborazione di DE LA PRADA, pubblicato nel 1973 sulla *Revista de derecho Notarial*, dal nome *Sociedades comerciales*. Tale saggio si sofferma nell'analisi delle responsabilità personali dell'imprenditore individuale e analizza alcune ipotesi di superamento della responsabilità nelle società anonime che non ottemperino alle prescrizioni legali che ne disciplinano le forme costitutive¹⁷⁶.

Fatta esclusione per i pregevoli contributi dottrinali citati, che – comunque – affondano le proprie radici nella citata *doctrina del terceros* di origine giurisprudenziale, non si rintracciano altri contributi di sistematica e dogmatica pura sulla persona giuridica.

¹⁷³ SERICK, *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles*, traduzione di PUIG BRUTAU, Barcellona, 1959.

¹⁷⁴ SERICK segnala come i giudici nordamericani abbiano sempre adottato misure volte a coinvolgere personalmente i patrimoni dei soggetti che abusano della persona giuridica. L'Autore sottolinea come ciò sia avvenuto sempre in casi eccezionali, anche perché diversamente si sarebbe sacrificata una grande conquista nei negozi della vita moderna, che spesso consistono nella limitazione della responsabilità al patrimonio della persona giuridica. Ciò non toglie che in alcuni casi si debba superare il velo della persona giuridica perché, in difetto, si verrebbe a risultati ingiusti. Per una ricostruzione del pensiero di SERICK, seppur in breve, si legga OBANDO PÈREZ, *Una vision dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica*, in *Rev. Inst. Jud. Fed.*, 2008, 159.

¹⁷⁵ DE LA CAMERA (in collaborazione con DE LA PRADA), *Sociedades comerciales*, in *Revista de derecho notarial*, 1973, 7 ss.

¹⁷⁶ Su questo tema specifico si può consultare anche SOTO BISQUERT, *La sociedad unipersonal*, in *Anales de la Accademia Matritense del Notariato*, tomo XXIX, 147 ss.

Tutti gli studi successivi che si sono sviluppati sul tema, sono proliferati successivamente a qualche importante pronuncia giurisprudenziale.

Come si dirà diffusamente, in particolare, l'esperienza spagnola ha conosciuto una svolta importantissima compiuta dal Tribunale Supremo nella metà degli anni '80, che introdusse – si badi, di fatto – la c.d. teorica del *levantamiento del velo*, ovvero quella tecnica, in base alla quale al ricorrere di dati presupposti è data facoltà al giudice di non considerare la società quale alterità soggettiva e far ricadere direttamente sui soggetti che hanno abusato del suo 'velo' le responsabilità per danni cagionati a terzi.

IV.III.

IL LEVANTAMIENTO DEL VELO NELLA GIURISPRUDENZA SPAGNOLA

IV.III.I. DALLA “DOCTRINA DE TERCEROS” AL “LEVANTAMIENTO DEL VELO”.

Come già osservato, il lato più interessante dell'esperienza spagnola sui nostri temi è senza dubbio quello derivante dall'esperienza giurisprudenziale.

L'ammissione della possibilità di *levantar el velo* è comunque ammissione recente, giacchè inizialmente il Tribunale Supremo non parlava di levantamiento del velo ma di “*doctrina de terceros*”.

La *doctrina de tercero* rappresenta senza dubbio l'antecedente della dottrina del levantamiento del velo e, pertanto, si ritiene di dedicare ad essa una breve digressione.

Non dissimilmente a quanto avviene nel nostro ordinamento, in termini generali, terzo è colui che non ha preso parte a un determinato atto o contratto. Naturalmente, però, la posizione del terzo rispetto agli effetti dell'atto o del contratto nel quale non è intervenuto può essere molto diversa. Come noto, se si

tratta di contratti destinati a produrre effetti meramente obbligatori, la regola generale è che il contratto non può dispiegare effetti nei confronti di chi non è ivi intervenuto (art. 1257 cod. civ.). Al contrario, se l'atto o il contratto genera un diritto reale, l'opponibilità ai terzi è ontologica.

Inizialmente il Tribunale Supremo si pose il quesito se la società concepita come persona giuridica potesse essere considerata terzo rispetto agli atti, ai diritti o alle situazioni facenti formalmente ad essa capo ma, di fatto, acquisiti e comunque generati dai soci¹⁷⁷. Allo stesso modo, peraltro, ci si chiedeva se il socio potesse considerarsi come *tercero*. La relativa autonomia del gruppo dinnanzi ai suoi membri, portava implicitamente con sé la possibilità che i soci trattassero la società come se da essa fossero completamente estranei.

Una delle prime sentenze in cui il Tribunale Supremo affrontò questi temi risale al 7 giugno 1927¹⁷⁸. Nella fattispecie, i giudici negarono la condizione di *tercero* a una pretesa società familiare costituita *ad hoc* per non adempiere ad una obbligazione pecuniaria personale dei soci, assunta prima della costituzione della società e trasferita in capo a quest'ultima all'atto costitutivo. Il Tribunale affermò “*que no puede intentar la formación de una sociedad para crear una figura de tercero y ampararse en las inmunidades de la ley, quien no puede alegar ignorancia acerca de los motivos y fundamentos del acto que pretende desconocer. Que los acreedores particulares de cada uno de los socios tienen derecho a pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social por lo que la sociedad no se halla en relación a los bienes aportados por aqueél y embargados por un acreedor en el concepto de tercero*”.

La stessa posizione fu mantenuta dal Supremo Tribunale nella sentenza dell'8 ottobre 1929, in cui venne negata la

¹⁷⁷ DE LA CAMARA, *op. cit.*, 253.

¹⁷⁸ ID., 289, *ivi* commentata.

qualità di terzo ad un socio, sulla base dell'accertamento della natura simulata e contraria alla buona fede dell'accordo associativo: *“No està demostrada la existencia en esta litis de la sociedad C.M.C. y compañía, como persona distinta de lo ejecutado, por estimar que es un contrato simulado el de constitución en sociedad y que falta, por ello, la distinción jurídico procesal entre ambas partes contendientes, distinción que ha sido negada por la Abocacia del Estado; por dicha razón, es obvio, que la entidad accora no es tercera a los efectos del procedimiento y, en consecuencia carene de la acción que ejercita, y falta también la buena fe exigida por el artículo 464 c.c., para que exista a favor de dicha sociedad accora ed dominio que pretende ostentar y que sirve de base a su demandada”*¹⁷⁹.

Commentando questa sentenza, PUIG BRUTAU osservò come l'argomentazione alla base della decisione (la società non può essere considerata terzo perché il contratto posto alla base della sua costituzione è simulato e contrario a buona fede) fosse incongruente: se la società non esistesse, segnalava l'Autore, sarebbe chiaro che non si potrebbe parlare di terzi né, a maggior ragione, della loro buona o cattiva fede.

L'Autore arrivò a sostenere quindi che l'argomentazione più adeguata per giungere alle medesime conclusioni avrebbe dovuto far leva sul concetto di frode alla legge: la costituzione della società era preordinata dai soci alla sottrazione degli stessi da un coinvolgimento del loro patrimonio nei debiti sociali.

La *doctrina de terceros* si ripeteva in un altro caso, risolto con la sentenza del Tribunale Supremo del 26 gennaio 1952¹⁸⁰, riguardate il tema della locazione di immobili urbani.

¹⁷⁹ In PUIG BRUTAU, *cit.*, 343.

¹⁸⁰ In *RJ*, 1952, 473. In questo caso i due proprietari di una casa costuirono una società alla quale vendettero l'immobile. Prima della

Nel suo quarto considerando il Tribunale Supremo affermava: “ ... *es claramente desestimable, porque, aun cuando no haya sido demandada la sociedad integrada exclusivamente por los demandados, como de una parte la accion se ejercitaba por el inquilino contra los arrendadores del local como tales y de otra la sociedad se haya exclusivamente integrada por los dos hermanos, propietarios pro indiviso de la finca aportada por ellos a la sociedad, no cabe eludir la responsabilidad contraida por virtud de la sencia primitiva que condenò a estos a reponer al demandante en los locales resultantes de las obras sobre la base de que esta non afecta a la sociedad, ya que, formada esta exclusivamente por ambos propietarios, ningun mayor perjuicio se sigue a la entidad por ellos integrada por el cumplimiento del fallo dictado contra ella, y que de lo contrario bastaria con formar los propietarios afectados por el fallo una sociedad entre ambos a espaldas del inquilino para evitar el obligado cumplimiento de la reserva de locales decretada en la sentencia, lo que ni moral ni juridicamente puede admitirse*”.

Nella pronuncia, ove si staglia l'identità di interessi tra i due soci unici e la società, deve essere segnalato come ci si serva del concetto di frode alla legge per l'applicazione di quello che successivamente sarebbe stata chiamata dottrina del *levantamiento del velo*¹⁸¹.

costituzione della società intimarono lo sfratto all'inquilino sulla base della necessità di realizzare opere nell'immobile. Successivamente, al termine delle stesse, sostennero di non essere tenuti ad osservare l'obbligo per il quale, terminate le opere, il precedente conduttore ha diritto – qualora non sia decorsa la durata prevista per la locazione – di riprendere possesso dell'immobile, in quanto vi era frattanto stato un mutamento di proprietà. Il giudice dichiarò ancora sussistente il contratto di locazione tra il locatario e il locatore (fittiziamente nuovo), con condanna al ripristino del rapporto di locazione.

¹⁸¹ DE ANGEL YAGUEZ, *op. cit.*, 214.

In questo contesto interessante è anche la sentenza del 22 giugno 1956¹⁸² ove il Tribunale affermava, ancora una volta, che la società non avrebbe potuto considerarsi terza rispetto ai soci, per le obbligazioni contratte prima della sua costituzione. Si sosteneva, in particolare, non solo che *“es censurable el movimiento de aportacion, como dice el recurrente, sino que lo es también la constitucion de la sociedad por los propios y unicos aportantes sin intervencion de personas extranas, pues in ello lo que influye es el proposito de crear ese tercero, con pretendila irresponsabilidad para eludir obligaciones validamente contraidas anteriorementepor los socios sobre los misos bienes aportados que, de aceptarse asi derrumbaria la seguridad de la contratacion por el sencillo artificio de consituir una razon social con aportacion de bienes que los propios aportantes de manera voluntaria y libre habrian comprometido en el cumplimiento de obligaciones que contrajeron, y que ocultaron al constituir la sociedad, lo que pugna con los mas elementales principios de la moral y del derecho por lo cual procede asimismo la desestimacion de este motivo”*.

Il Tribunale inoltre rilevava che *“... los efectos del contrato de opcion habian de alcazar y obligar a quien con concosimiento de su existencia y. Por tanto, sin poder ampararse en los principios de buena fe y proteccion al tercero hubiera adquirido dichos bienes por el titulo de*

¹⁸² RJ, 1956, 2719. I proprietari di un mulino concessero un diritto di opzione a favore di una comunità di sacerdoti e, prima della scadenza della stessa, costituirono la società Molino de Echarri de Garzain, alla quale vendettero il mulino, onde sottrarsi all'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto di opzione concesso. Il giudice di primo grado respinse la domanda ma in secondo grado la domanda della comunità di sacerdoti, volta ad accertare la sussistenza del diritto di opzione, fu accolta, proprio in base alla considerazione che la società era stata costituita *ad hoc* per sottrarsi all'adempimento di un obbligo.

aportacion social, pues lo contrario seria amparar el dolo y la mala fe, pero ello no quiere decir que la sentencia se base en el supuesto dolo, mala fe o fraude determinantes de la nulidad o rescision en la constitucion de la sociedad demandada, que ni se pidió en la demanda ni se ha debatido”.

L’ultima sentenza nella quale ricorre la *doctrina de tercero*, è quella del 21 febbraio 1969¹⁸³.

In questo caso il Tribunale Supremo affermava che *“no es exacto que la sentencia recurrida hiciera tal manifestacion sino que lo proclamado en ella era que ICASA no puede ser coniderada como tercero civil desde el momento que se ha demostrado que esa persona juridica tuvo, en el momento de adquirir el inmueble, conocimiento de la opcion concedida a los actores y que si bien es cierto ue tal sociedad tiene una personalidad juridica distinta de sus socios, nunca en ella puede ampararse un fraude de ley para dejar de cumplir los contratos validamente celebrados, por todo lo cual no puede conderarse como un tercero frente al contrato litigioso y al adquirir el edificio --- se subrogò en la s obligaciones del contrato litigioso”.*

DE LA CAMARA¹⁸⁴, osservò come il ricorso alla frode alla legge operato dal Tribunale non sarebbe stato necessario perché sarebbe bastato accertare l’identità sostanziale del gruppo personificato con la persona del concedente.

¹⁸³ RJ, 1969, 967. In questo caso, in particolare, don Cipriano concesse un diritto di opzione d’acquisto. Più avanti costituì con alcuni soci fittizi, la società Immobiliaria Centro Aragonesa vendendo a quest’ultima l’immobile. Anche in questo caso il Giudice riconobbe il diritto all’esercizio dell’opzione sebbene la proprietà fosse fittiziamente passata ad un altro soggetto.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, 260.

IV.III.II. LA FORMULAZIONE DELLA DOTTRINA: LA SENTENZA DEL 28 MAGGIO 1984

La *doctrina del levantamiento* del velo è stata formulata per la prima volta dal Tribunale Supremo negli anni ottanta. In particolare la prima sentenza in cui si allude alla possibilità di “*investigar el fondo real de la persona juridica sin detenerse en la forma*” risale all’8 gennaio 1980¹⁸⁵.

Oggetto della controversia posta all’attenzione dei giudici era la validità di un contratto di locazione stipulato tra due società i cui consigli di amministrazione erano costituiti, in gran parte, dagli stessi soci. Si sosteneva, in particolare, la nullità del contratto di locazione sulla base della mancanza di un reale processo di offerta e accettazione.

Il Tribunale Supremo, nel secondo considerando della sentenza, affermava “*que no bastaria, en el estado actual de la realizacion del derecho, para rechazar el motivo, apelar a consideraciones de tecnica juridica en torno a la distinta y propia personalidad de los entes juridicos y sentar en su consecuencia, puesto que son dos personas distintas la comunidad demandada y la sociedad anonima recurrente, que existen dos voluntades y pueden operar el concurso de las mismas para la perfeccion del contrato; y no bastaria porque es correctamente admisible la posibilidad de investigar el fondo real de la situacion, sin detenerse ante la forma juridica de la persona, para en atencion a los individuos reales que la constituyen y a su posicion, pronunciar sobre los intereses en juego y su proteccion, de acuerdo con los principios que regular la conducta contractual*”.

L’importanza di questa sentenza si manifesta sotto due aspetti. In primo luogo vengono formulati i postulati base che condurranno nel giro di pochi anni alla elaborazione della

¹⁸⁵ RJ, 1980, 21.

tecnica del *levantamiento del velo*. Riguardo a ciò, basti osservare affermazioni quali “*posibilidad de investigar el fondo real*”, senza “*detenerse ante la forma jurídica de la persona*” e contemplando gli “*individuos reales que la constituyen y a su posición*”.

In secondo luogo, deve sottolinearsi la singolarità del caso di specie, nella quale il Tribunale Supremo giungeva alla “*penetración*” nella “*interioridad*” della persona giuridica, non già per accertare l’esistenza di interessi identici tra la società e i suoi soci, ma “*para sostener la afirmación de que entre sociedad y accionistas existía una genuina contradicción o dualidad de intereses, frente a lo que la recurrente sostenga*”¹⁸⁶.

A parte il citato precedente, la formulazione della teoria del *levantamiento del velo* è da attribuirsi alla sentenza del 28 maggio 1984¹⁸⁷.

¹⁸⁶ BOLDO RODA, *op. cit.*, 217.

¹⁸⁷ RJ, 1984, 2800. L’importanza di questa sentenza è stata rilevata da tutta la dottrina. V. EMBID IRUJO, *Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y en el español*, RCDI, num. 599, 51 “*Tal vez la primera sentencia importante en la materia, que procedió a “levantar el velo” de la personal jurídica de una sociedad anónima municipal, sin que ello condujese a hacer responsable al Ayuntamiento de las deudas de la sociedad. Sobre la base de esta sentencia, entre otros criterios, el Tribunal Supremo ha aplicado la técnica del levantamiento del velo a otras sociedades anónimas por lo general de capital privado*”. V. anche MARTI SANCHEZ, *Naturaleza y impugnación de los acuerdos de las Juntas Generales de las sociedades anónimas municipales*, in *Poder Judicial*, n. 26, 1992, 187 “*La sala 1° en sentencia de 28 de mayo de 1984, ante una sociedad anónima municipal de agua y de alcantarillado considera necesario aplicar “la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley concede personalidad jurídica propia, con el fin de evitar, que al socaire de esa ficción o forma legal ... se puedan perjudicar ... intereses ... o bien sea utilizada como camino de fraude” pues con la sociedad anónima que nos ocupa “no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por el*

In breve il caso.

La domanda giudiziale aveva ad oggetto il risarcimento dei danni prodotti da alcune infiltrazioni di acqua derivanti da una rottura nella rete di fornitura di acqua del municipio di Palma de Maiorca; tale servizio municipale era stato affidato alla società anonima costituita esclusivamente con tale scopo (la “*empresa municipal de aguas y alcantarillo*” - EMAYA). Le infiltrazioni e i pregiudizi ebbero luogo nel giugno del 1977. L’impresa proprietaria degli appartamenti danneggiati dalle infiltrazioni (Uto Iberica, SA), previo esperimento di un reclamo amministrativo obbligatorio il 17 aprile 1978, promosse azione risarcitoria *ex art.* 1902 cod. civ., nei confronti del Comune di Palma. Successivamente, ma prima che il Comune di Palma fondasse una eccezione sulla mancanza di legittimazione passiva sulla base della considerazione che EMAYA aveva personalità giuridica propria, Uto Iberica fece la stessa domanda nei confronti di EMAYA.

Il giudice di prima grado respinse entrambe le domande. In sede d’appello, invece, con la sentenza del 14 dicembre 1981, venne confermata l’assoluzione del Comune, ma fu accolta la domanda contro EMAYA, una volta respinta l’eccezione di prescrizione sollevata da quest’ultima (in particolare EMAYA sosteneva che il reclamo amministrativo contro il Comune non fosse idoneo a interrompere la prescrizione, posto che lo stesso avrebbe dovuto essere esperito altresì nei confronti di tale società).

*derecho privado de modo instrumental: se trata del uso o procedimiento en el que la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creacion de un ente filial puro y simple ... en realidad ... de la pertenencia a la administracion”. V. anche RUIZ FERREIRO, *El levantamiento del velo de las sociedades. Comentario a dos recientes sentencias del tribunal supremo*, in *Derecho de sociedades*, Madrid, 1992, 447 ss.*

È singolare come il giudice di gravame si servì della teoria del *levantamiento del velo* solamente per rigettare l'eccezione di prescrizione sollevata da EMAYA, sostenendo come il reclamo amministrativo promosso nei confronti del Comune fosse altresì idoneo ad interrompere la prescrizione della domanda successivamente avanzata nei confronti della società: *“Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución, se ha decidido prucencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad, y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legale (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6°.4 c.c.) admitiéndose la posibilidad de que los jeces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7°.2.cc), lo cual no significa – ya en el supuesto del recurso – que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en la sociedad anónima sujeta al derecho privado, sino solo constatar, a los efectos del tercero de buena fe, cual sea la auténtica y constitutiva personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal (o institucional) y negocia, a los efectos de la determinación de su responsabilidad ex contractu o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, “quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes” y menos “cuando el controllo social efectivo esta en manos de*

una sola persona, sea directamente o a treaves de los testaferros o de otra sociedad, segun la doctrina patria. (...) Que tambien en el ambito del derecho administrativo, cuando se habla de los “entes publicos” o de gestion, a los que se reviste de una forma juridica perteneciente al derecho privado (sociedades anonimas, por ejemplo), segun se senala por autorizada doctrina, no se hace sino utilizar una tecnica ofrecida por ese derecho de modo instrumental del uso de un procedimiento en el que la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creacion de un ente filial puro y simple, extramente regida por el derecho privado, pero en realidad – internamente – de la pertenencia de la adimistracion, tal como en el caso del recurso ocurre y se declara pro la sentencia de instancia, en el que, segun el contrato, el ayuntamiento es organo de la socidead municipal y el alcade su presidente del consejo, es decir con el poder, siquiera compardido, de gestion de la entidad, circunstancia mas que sufficiente para no considerar tersero o extrano al aiuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada y, consequntemente, bastante para llegar a la misma conclusion que la sentencia impugnada, es decir, que la intepelacion hecha al municipio vale para la sociedad como organo integrante de esta y que est ani puede ni debe pretender escapar de sus efectos, determinados en el articulo 1973 del codigo civil, por consiguiente violado”.

Leggendo il riportato considerando, si evince agevolmente come in questa sentenza il Tribunale avesse riscontrato una identità di interessi tra quelli del Comune – quale socio fondatore di EMAYA – e di quest’ultima società. E proprio tale identità lo aveva indotto a sviscerare la realtà soggiacente alla costituzione della società.

Senza dubbio, tuttavia, la cosa più singolare che emerge dall’analisi della sentenza è il fatto che ivi il superamento dell’alterità soggettiva avviene solo ai fini del giudizio sulla

prescrizione, senza una successiva condanna solidale del Comune al risarcimento dei danni.

Tale incoerenza è rilevata anche in uno storico commento a questa sentenza di Pantaleon Prieto¹⁸⁸.

L'Autore ha sostenuto che al medesimo risultato si sarebbe potuti pervenire sulla base di alcune argomentazioni basate sulla *ratio* fondante l'istituto della prescrizione. L'Autore ricordava, in primo luogo, che l'istituto della prescrizione sorse per la tutela dell'affidamento del soggetto obbligato a che il diritto non sarebbe stato esercitato. E in questo caso, posto che, in ragione dell'identità del soggetto (ovvero, sempre il Comune di Palma), del reclamo il soggetto obbligato sarebbe comunque venuto a conoscenza – direttamente o indirettamente – non avrebbe potuto in ogni caso essere considerato decorso il termine prescrizionale.

A rafforzare tale prospettiva, peraltro, l'Autore ricordava come, in relazione a una società anonima, solo gli amministratori fossero legittimati a pagare i debiti sociali e, quindi, è a questi soggetti (nel caso di specie, appunto, il Comune) che avrebbe dovuto essere presentato il reclamo amministrativo.

*

Il paragrafo della sentenza che si è ritenuto di riportare, che si ripeterà sempre negli anni successivi in tutte le sentenze che avrebbero aderito alla *doctrina del levantamiento del velo*, fa riferimento a tutte le istituzioni dell'ordinamento spagnolo poste alla base della dottrina stessa.

Occorre ricordare, però, come tale riferimento sia generico e non sviluppi o giustifichi le scelte applicative e sistematiche nell'utilizzo di ciascun istituto.

Pare evidente come il riferimento in 'blocco' a tali figure sollevi alcune perplessità, posto che ciascuna figura giuridica utilizzata (giustizia, sicurezza giuridica, l'equità, la frode alla

¹⁸⁸ PANTALEON PRIETO, *Commentario a la sentencia de 28 de mayo de 1984*, CCJC, 1984, 1711.

legge, l'abuso del diritto) ha dei presupposti applicativi differenti. In sostanza siffatto modo di operare, tipicamente dettato da vocazioni giustizialiste, pone dei problemi sistematici rilevanti¹⁸⁹.

Nei prossimi paragrafi si compierà una breve analisi di ciascun istituto utilizzato nella dottrina, cercando di rintracciare di essi l'identità, il valore sistematico e l'interferenza con gli altri istituti.

IV.IV. IL FONDAMENTO DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

IV.IV.I. IL CONFLITTO TRA IL VALORE DELLA GIUSTIZIA E IL PRINCIPIO DI SICUREZZA GIUDICA¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Sono tantissime le sentenze che fanno riferimento a tutti gli istituti citati "in blocco". A titolo di esempio si può citare la sentenza del 24 giugno 2004 nel quale una società mutuataria aveva diviso delle riserve di capitale tra i soci con pregiudizio del mutuante. In questo caso il Tribunale Supremo, richiamando insieme tutti gli istituti, giungeva a condannare i soci personalmente a risarcire il mutuo "*Se puede adfirmar routundamente que se dan los requisitos indispensables para aplicar la tecnica del levantamiento del velo, que se utiliza para averiguar el sustrato real de la personalidad jurídica tratando de superar una manipulacion financiera para que triunfe la realidad en el derecho y en la justicia, y con la finalidad de evitar el abuso del derecho, la mala fe o el fraude y cuya base legal se encuentra en los articulos 6.4, 7.1 e2 del codigo civil*" (la sentenza è tratta ANGEL YAGUEZ, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 7 ed., 2008)

¹⁹⁰ RECASENS SICHES, *Tratato Generale de Filosofia del derecho*, 1959, 220, che sul tema sicurezza-giustizia così si esprime: "*Efectivamente, si bien la justicia (y los demás valores jurídicos supremos) representan el criterio axiologico que debe inspirar al derecho, y si bien no quedará justificado sino en la medida en que cumula las exigencias de tales valores, sin embargo el derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. La presunta de*

Pare opportuno iniziare l'analisi di tali tematiche partendo dal considerando della sentenza che alle stesse fa riferimento: *“En el conflicto entre seguridad y justicia, valores hoy consagrados en la constitucion (art. 1.1 y 9.3) se ha decidido prudencialmente y segùn los casos y circunstancias por la via de la equidad y con acogimiento al principio de buena fe aplicar la practica de levantar el velo”*.

Stando alla literalità del citato passo, sembrerebbe che il Tribunale Supremo, nel giudizio assiologico comparativo tra il principio di giustizia e il principio di certezza del diritto, accordi maggior peso al primo, per lo meno in fattispecie in cui a ciò sia indotto dall'osservanza dei principi di equità e di buona fede, sulla base del fatto che la realizzazione della certezza del diritto per i cittadini presuppone, in ogni caso, il compimento della giustizia sostanziale¹⁹¹.

po que y para que hacen derecho los hombres no la encontramos contestada en la estructura de la diea de justicia, ni en el seguito de egregios valores que la acmpanan como presupuestos por ella, sino en un valor subordinado – la seguirdad – correspondiente a una perentoria necesidad humana. Se puede explicar sea funcion de seguridad que en el derecho encarna, por via de comparacion con la funcion de seguridad que la tecnica desempeña en otro orden de cosad. El ombre primitivo se siente aterrado ante el espectaculo de la naturaleza; presencia un consunto de hechos en tumultuosa sucesion, cuyo secreto ignora; y esto le obliga a vivir extravasado, pendiente del contorno, en constante alerta, poseido de un miedo panico. Y siente una necesidad de dominar la naturaleza de saber a que atenerse respecto de ella. Al impulso de esta necesidad elabora la tecnica (propriamente como tal, o come magia) para crearse un margen de holgura o de relativa seguirdad en el cosmos”.

¹⁹¹ CORTS GRAU, *Curso de derecho natural*, Madrid, 1970, 291, afferma che *“el derecho surge, no solo para servir a la justicia, sino para eliminar la inseguridad, para saber a que atenernos. Esta fijeza de normas es una de las necesidades perentorias del ombre en todos los ordenes, hasta el punto de que preferimos una mala situacion clara a una situacion dudosa, en la vida juridica impota ello*

Il tema del giudizio assiologico tra i due diritti fondamentali contrapposti è senza dubbio uno dei cardini problematici più grandi cui è subordinata la risoluzione giudiziaria di controversie ove potrebbe trovare applicazione la teoria del *levantamiento del velo*. E proprio in questo terreno si insediano le critiche più efficaci all'applicazione di questa dottrina, posto che non sarebbe facilmente giustificabile, sul piano sistematico, la scelta di accordare prevalenza al valore di giustizia sostanziale¹⁹².

In particolare i critici della teorica in commento sottolineano come possano essere più gravi i danni derivanti dall'inosservanza delle conseguenze poste dal diritto positivo a determinate fattispecie in virtù del senso di equità sostanziale che i danni derivanti dall'applicazione delle conseguenze stesse, sebbene nel caso concreto possa poi essere tradito il senso di giustizia sostanziale¹⁹³.

A tali posizioni si affiancano poi prospettazioni intermedie, che ritengono sia opportuno un circostanziato e completo esame di ciascuna singola fattispecie per giungere ad un risultato che, a seconda dei casi, faccia prevalere uno dei due valori¹⁹⁴.

La soluzione del problema non è dunque facile ma, in ogni caso, passa attraverso l'approfondimento del valore che a ciascun principio è accordato nell'ordinamento spagnolo.

doblemente, porque la norma o la pretension, o la sancion no consiste en meros juicis, sino que implica determinadas practicas”.

¹⁹² BOLDO RODA, *op. cit.*, 224.

¹⁹³ BOLDO RODA, *op. cit.*, 225; si veda inoltre EMBID IRUJO, *Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y en el español*, *op. cit.*, 41, che afferma, con riferimento ai gruppi di società che “*parece conveniente no renunciar en el derecho de grupos a la seguridad juridica derivada de la regulacion legislativa en favor de la hipotetica justicia material conseguida con el protagonismo jurisprudencial aludido*”.

¹⁹⁴ PUIG BRUTAU, *op. cit.*, 273.

Con riferimento al valore della giustizia, in particolare, la costituzione spagnola del 1978 afferma: “*Espana se consituye en un estado social y democratico de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamento juridico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

In tale disposizione, che assume quale punto di partenza l’insieme degli esseri umani che si dotano attraverso la costituzione di un sistema di convivenza politica, si staglia con una certa nitidezza la connessione tra il potere politico dello Stato e l’ordinamento giuridico, rispetto al quale si propugnano una serie di valori: è proprio lo Stato che propugna i valori superiori dell’ordinamento¹⁹⁵, che devono ispirare lo sviluppo dell’intero ordinamento giuridico.

In relazione ai valori citati nell’*incipit* della costituzione spagnola (libertà, giustizia, eguaglianza e pluralismo politico) si pongono alcune questioni problematiche, ancorché vi sia unanimità nel ritenere¹⁹⁶ che questi valori abbiano valore normativo e immediatamente precettivo.

In primo luogo, occorre chiedersi se a tali valori possa essere accordata la stessa importanza.

E’ evidente che per poter fondare una risposta argomentata a tale interrogativo occorrerebbe essere in possesso di elementi sistematici completi che non si ritiene di possedere.

A tal proposito, tuttavia, si può segnalare come taluno abbia ritenuto che il descritto sistema assiologico si incentri precipuamente nei valori di libertà e uguaglianza¹⁹⁷, mentre altri abbiano ritenuto che tutti i citati valori abbiano la medesima importanza e siano tra loro complementari¹⁹⁸.

¹⁹⁵ HERNANDEZ GIL, *La constitucion y su intorno*, in *Obras Completas*, tomo VII, Madrid, 1988.

¹⁹⁶ FARCIA DE ENTERRIA, *La conseituzion como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, 1988, 50. Contra v. HERNANDEZ GIL, *op. cit.*

¹⁹⁷ PECES BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, 1986, 139.

¹⁹⁸ FERNANDEZ SEGADO, *op. cit.*, 91.

Taluno, infine, ritiene che esista una relazione di complementarità tra i valori di modo che, in astratto, cada uno possa essere superiore all'altro in relazione alle peculiarità del caso specifico¹⁹⁹.

Per quanto riguarda nello specifico il valore giustizia, questo è stato ritenuto da una parte della dottrina un valore superiore²⁰⁰, in relazione al fatto che i confini dello stesso si estendono grazie alla sua natura ausiliare rispetto al valore di uguaglianza.

È evidente che la libertà e l'uguaglianza fanno parte del contenuto e del fine del valore giustizia, e che, quindi, la giustizia non solo ha un valore in sé ma rappresenta anche la misura degli altri valori sociali e giuridici, in grado anche di conformare il comportamento sociale²⁰¹.

Dal punto di vista del diritto positivo, il valore giustizia è contenuto nell'art. 24 della Costituzione spagnola: "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y de los tribunales*".

La giurisprudenza spagnola ha aderito a quest'ultima prospettiva. E del resto, è evidente che solo una tale prospettiva legittimerebbe il ricorso al valore supremo della giustizia quale cardine della teorica del *levantamiento del velo*. Tuttavia, come già si è accennato, il valore della giustizia deve porsi sistematicamente in un punto ove non si contrapponga al principio di sicurezza giuridica. Vediamo quindi i confini di quest'ultimo principio delineati nell'ordinamento spagnolo.

Anche tale valore trova riconoscimento nella carta costituzionale spagnola. L'art. 9.3 Cost. recita, infatti: "*La constitucion garantiza el principio de legalidad, la jerarquia normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad*

¹⁹⁹ LUCAS VERDU, *Commentario al art. 1, in comentarios a las leyes politicas*, tomo 1, Madrid, 1983, 63.

²⁰⁰ PECES BARBA, *op. cit.*, 141.

²⁰¹ FERNANDEZ SEGADO, *op. cit.*, 94.

de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Come asserito dal Tribunale Consituzionale spagnolo, non si tratta di una enumerazione anarchica e disordinata di principi, posto che gli stessi non costituiscono compartimenti stagni ma ognuno di essi prende valore in funzione degli altri ed in quanto serve a promuovere i valori superiori dell'ordinamento giuridico richiamati dal citato art. 1.1.²⁰².

Preordinata alla determinazione della rilevanza sistematica del concetto di sicurezza giuridica è la determinazione della sua definizione. Alla domanda: cos'è la sicurezza giuridica?²⁰³, taluno ha risposto partendo dal concetto generico di sicurezza: se la sicurezza è la certezza di quello che succederà, la sicurezza giuridica sarebbe la certezza di

²⁰² STC 27/81, de 20 de julio, in *RTC*, 1981, 27.

²⁰³ Non è normale incontrare nella giurisprudenza esempi definitivi della sicurezza giuridica, il cui concetto, forse per la sua difficoltà si suole sempre dare per chiaro. Una eccezione è costituita dalla sentenza del tribunale Costituzionale del 20 luglio 1981 che afferma: *“Los principios constitucionales invocados por recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.3. de la Constitución – legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad – no son compartimentos estancos, sino que, al contrari, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático del derecho. En especial, lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, y retroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulado expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”.*

quello che succederà o deve succedere nel mondo del diritto²⁰⁴.

La sicurezza giuridica è stata definita come il principio dello stato di diritto che chiunque conosca con certezza i suoi diritti e le obbligazioni e possa prevedere le conseguenze dei suoi atti²⁰⁵.

²⁰⁴ V. sul punto GUSTAV RADBRUCH, *Introcucion a la Filosofia del derecho*, Madrid, 1974, 39, che dice: “entendemos por seguridad juridica, no la seguridad por medio del derecho, la seguridad que el derecho nos con fiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contrae l asesinado, el robo, etc. – pues esta va ya implicita en el concepto de la educacion a fin -, sino la seguridad del derecho mismo. La cual requiere a su vez, cuatro condiciones, a saber:

1) que el derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes

2) que este derecho estatuido sea, por su parte, un derecho seguio, es decir, un derecho basado en dechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante creiterios generales como el de la buena fe o el de las buenas costrumbes”

3) que estos hechos en que se basa el derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que esan praticable; para ello no hay mas ermedio que aceptar, aveces, coscientemente su tosquedad, come cuando, por ejemplo, se suplen los hechos vedaderamente buscados por ciertos sintomas exteriores, que es lo que se hace, al supeditar la capacidad de obrar, no al grado de madurez interior del individuo, sino a determinado limite de edad, que la ley fija por igual para todos;

4) finalmente, el derecho positivo – si se quiere garantizar la seguridad juridica – no debe hallarse ecpuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislacion incidental, que de todo genero de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley: los checks and balances frenos y contapresos – de la teoria de la division de poderes y la morodidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantia de la seguridad juridica.

La seguridad juridica reclma, pues, la vigencia del dereco positivo.

²⁰⁵ SANCHEZ AGESTA, *Sistema politico de la constitution espanola de 1978*, 1998, 76.

Secondo il Tribunale Costituzionale la sicurezza giuridica è la somma di valori quali certezza, legalità, gerarchia, pubblicità normativa e irretroattività del non favorevole e, quindi, “*es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad*”²⁰⁶.

Pertanto la consacrazione costituzionale del principio di sicurezza giuridica non può considerarsi come assoluta, bensì deve essere compaginata e incontrare i suoi limiti negli altri principi consacrati dalla costituzione e nella propria dinamica del diritto.

Come già osservato, tuttavia, nella sentenza del 28 maggio il Tribunale Supremo ha compiuto un giudizio di valore in un caso di conflitto tra giustizia e sicurezza giuridica, facendo prevalere la giustizia materiale. Tale prospettazione potrebbe essere condivisibile considerando che:

- l'ordinamento giuridico è uno strumento per la realizzazione dei fini che la costituzione enuncia come valori, tra i quali si incontra la giustizia.
- il valore della giustizia, come gli altri enunciati all'art. 1.1. ha un valore immediatamente precettivo
- i principi informatori dell'ordinamento, tra i quali si trova la sicurezza giuridica, prendono valore in quanto sono funzionali promuovere i valori dell'intero ordinamento giuridico;
- un limite al principio della sicurezza giuridica, in un caso concreto, può essere senza dubbio il valore giustizia.

Nell'ambito dell'applicazione giurisprudenziale della teoria del levantamiento del velo, in ogni caso, occorre ricordare come il valore giustizia difficilmente abbia fondato, autonomamente, elemento per fondare una condanna personale dei soci. Quasi sempre, infatti, il valore giustizia è stato ritenuto assiologicamente superiore a quello della

²⁰⁶ STC, 27/81 de 20 de julio, in *RTC*, 1981, 27.

sicurezza giuridica in ipotesi in cui le condotte dei soci avessero natura fraudolenta, abusiva o comunque contraria a buona fede.

In particolare, la prevalenza al valore giustizia è accordata, nell'applicazione giurisprudenziale, in casi comprovati di condotte non "ortodosse" dei soci. Emblematica in proposito è la sentenza del Tribunale Supremo del 24 novembre 1997²⁰⁷ ove, nel caso di una società uni personale si affermava che *"la posibilidad de que una sola persona fisica sea titular de la totalidad de las acciones de una sociedad es algo legalmente permitido, y se carece de otros elementos probatorios realmente acreditativos de las actividades y situacion real de la sociedad y de los propositos del administrador demandado; por lo que, ante prueba tan escasa, la solucion del caso habrá de inclinarse por el principio de seguridad juridica, manteniendo la desestimacion de la demanda respecto al suosodicho demandado"*.

Queste riflessioni aprono il passo a un'altra questione intimamente correlata alle precedenti: può il giudice optare, per via dell'equità, per una soluzione che infranga le regole legali che limitano la responsabilità dei soci o in generale la indipendenza della società rispetto ai soci?

Si entra quindi nel tema del valore dell'equità nell'ordinamento spagnolo e della giustizia come fonte del diritto.

IV.IV.II. IL CONCETTO E LA FUNZIONE DELL'EQUITÀ

La prima positivizzazione del concetto di equità nell'ordinamento spagnolo risale al 1974 con la riforma del primo titolo del codice civile. L'art. 3.2. Cod. Civ. recita: *"La equidad habrá de ponderarse en la aplicacion de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales solo*

²⁰⁷ ANGEL YAGUEZ, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona juridica en la jurisprudencia*, cit., 629 ss.

podran descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

Sebbene positivizzato, il concetto di equità rimane un concetto vago, dai confini non precisati e soggetto a numerosi tentativi definitivi²⁰⁸.

La dottrina spagnola ha individuato almeno quattro concetti di equità²⁰⁹:

- 1) equità come giustizia naturale o diritto naturale in rapporto al diritto positivo;
- 2) equità come manifestazione dell’ugualgianza o giustizia fondata sull’uguaglianza;
- 3) equità come moderazione della norma generale applicata ai casi concreti;
- 4) equità come modo di risolvere i litigi al margine delle norme giuridiche, applicando in luogo di queste criteri quali la moralità, la ragionevolezza, etc.

I primi due significati rilevano nell’ambito della filosofia politica mentre i secondi sono quelli adottati nella prospettiva del titolo preliminare: è pertanto a questi che si dovrà far riferimento, nell’analisi del concetto di equità quale cardine

²⁰⁸ Il concetto di equità è qualificato come evanescente da TORRALBA SORIANO, *Comentarios al dodigo civil y a las compilaciones forales*, tomo I, vol. 1, Madrid, 1992, 533. Nello stesso senso PASTOR RIDRUEJO, *El titulo preliminar del codigo civil*, vol, I. parte general, Madrid, 1977, 187, pone in rilievo la “vaguedad de sus limites” e ricorda in proposito GENY, secondo il quale la nozione è incerta, difficile da distinguere dall’idea di giustizia. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Baccelona, 151, afferma: “*La palabra equidad expresa una oposicion al derecho existente en nombre de un derecho superior, como reflejo de una lucha entre los interese humanos ya consolidados y otros nuevos interese que surgen como resultado de una transformacion economica y que pugnan por ser reconocidos*”.

²⁰⁹ È la ripartizione fatta da HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, *Commentario alCodigo Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, 26.

istituzionale nell'applicazione della teoria del *levantamiento del velo*.

Tradizionalmente, la dottrina spagnola accorda all'equità, tre funzioni distinte²¹⁰: equità quale elemento costitutivo del diritto positivo (costituendo l'elemento che accorda flessibilità alla norma quando il legislatore si rimette a questa perché si possa meglio adattare al caso di specie); equità come elemento di interpretazione della legge (ovvero correzione della sua eccessiva generalità); equità come elemento di integrazione della norma ai fini dell'individuazione e dell'applicazione, in assenza di disposizione di legge, del principio giuridico che meglio si attaglia alle contingenze fattuali.

Sulla base del dato normativo, si può ritenere che il legislatore spagnolo abbia accordato generalmente all'equità solamente la funzione interpretativa, posto che – salvo casi determinati dallo stesso legislatore – non può esistere il giudizio basato sull'equità²¹¹.

²¹⁰ BOLDO RODA, *op. cit.*, 235.

²¹¹ Nell'Exposicion de motivos de la ley de bases para la modificacion del Titulo Preliminar si legge: “*A modo de elemento tendente a lograr una aplicacion de las normas sensibles a las particularidades de los casos ha de condiderarse el valor reconocido a la euidad. Esta no aparece invocada como fuente de derecho, le incombe el contendilo mas modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con otros. Consequentemente una solucion de equidad no es susceptible de imponerse o superponerse a la resultante dae la utilizacion consunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales, sin embargo, podrian recibir la veneficiosa influencia de la equidad. Queda exceptuada la hipotesis de que la ley permita expresamente fundar las resoluciones solo en la equidad; mas para ello se requie la existencia de una norma, concretamente atributiva de tal valor a la equidad bien distinto de que en terminos generales le viene reconocido con alcance unicamente interpretativo y cooperador*”.

Secondo taluno, nel processo ermeneutico, l'equità avrà la funzione di identificare aspetti della fattispecie concreta che non risultino adeguatamente disciplinati dalla fattispecie astratta, contribuendo a mettere in rilievo i possibili contenuti precettivi della norma che, altrimenti, resterebbero oscuri. L'equità, in sostanza, aiuterebbe a superare i dubbi, e a far assumere al Giudice una soluzione più adeguata alle circostanze del caso²¹².

Secondo taluno²¹³, peraltro, l'equità non dovrebbe essere considerata un criterio interpretativo distinto ed indipendente da quelli contenuti nel paragrafo 1 dell'art. 3, bensì un criterio più generale applicabile in occasione di ogni procedimento sussuntivo.

La citata ricostruzione dottrinale operata dalla dottrina spagnola, è chiaro che determinerebbe l'impossibilità di avvalersi dell'equità quale punto di ancoraggio sistematico sulla base del quale fondare la teoria del *levantamiento del velo*.

Ma tuttavia la giurisprudenza – e, si badi, non solo nella stessa storica sentenza del 28 maggio – si è comunque servita del concetto di equità autolegittimando decisioni fondate proprio su questo concetto.

Sebbene in ogni caso, si ritiene che il principio '*aequitas in dubio praevallet*' possa trovare applicazione, per mezzo dei principi generali del diritto, in ogni ipotesi in cui difettino risposte della prassi o della legge, l'esame della giurisprudenza spagnola mostra come in alcune occasioni proprio l'equità abbia costituito il pilastro motivazionale di sentenze che assumevano come obiettivo la realizzazione della giustizia sostanziale.

²¹² TORRALBA SORIANO, *op. cit.* 191.

²¹³ HIERRO SANCHEZ PESCADOR, *op. cit.*, 27. Che afferma peraltro che l'equità non è un procedimento per correggere leggi imperfette bensì la maniera corretta di interpretare tutte le leggi in tutti i casi.

Torralba Soriano, sul punto, afferma che *“la equidad ha sido el expediente que ha permitido a los tribunales realizar una labor creadora a traves de soluciones que no solo no estaban previstas ni siquiera intuitas por el legislador, sino que incluso se han elaborado en supuestos en que no se habia autorizado legalmente al recurso a la equidad. La equidad ha salvado, cuando las exigencias del caso lo imponian, a los tribunales de una excesiva vinculacion a la ley. A traves de ella se han trascendido la ley tratando sempre de perseguir la justicia. Puede decidirse que ello es peligroso y arriesgado; per no puede olvidarse que la vida del derecho tiene esas exigencias y esas servidumbres. La seguridad juridica es un valor pero no el unico”*²¹⁴.

Ebbene il Tribunale Supremo ha costruito, tramite il ricorso all’equità, dottrine giurisprudenziali di carattere progressista in casi in cui effettivamente l’applicazione dei precetti legali avrebbe portato a soluzioni ingiuste²¹⁵.

Occorre poi precisare che l’utilizzo di tale principio nella dottrina del *levantamiento del velo* si è sempre accompagnato al ricorso ad altri istituti, quali l’abuso del diritto, la violazione del principio di buona fede e la frode alla legge.

IV.IV.III. LA FRODE ALLA LEGGE COME FONDAMENTO DELLA DOTTRINA DEL *LEVANTAMIENTO DEL VELO*.

La frode alla legge è disciplinata dall’art. 6.4. Cod. Civ., all’interno del capitolo III del titolo preliminare del codice civile, denominato *“eficacia general de las normas juridicas”*, unitamente all’istituto dell’abuso del diritto.

L’art. 6.4, che fu introdotto insieme ai concetti di equità (art. 3.2), buona fede (art. 7.1) e abuso del diritto (art. 7.2), recita: *“Se consideraran ejecutados en fraude de ley actos*

²¹⁴ TORRALBA SORIANO, *op. cit.*, 187.

²¹⁵ È il caso del riconoscimento del danno morale o dell’accessione invertita: si veda BOLDO RODA, *op. cit.*, 244.

realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento juridico o contrario a el”.

Perché ricorra una frode alla legge non pare sia necessario, sebbene la legge usi il plurale, che vengano compiuti numerosi atti. A parere della dottrina, infatti, l’espressione legale deve intendersi in senso generico²¹⁶.

Normalmente la frode si realizza attraverso un negozio giuridico²¹⁷ e così, peraltro, il tenore letterale della norma sembra esigere (si parla, infatti, di *actos*).

L’atto fraudolento non si pone di per sé contro una determinata disposizione normativa, anzi. L’essenza della frode è rappresentata dalla contrarietà recondita dell’atto ad una o più disposizioni normative per il mezzo di una apparente conformità ad altre o alle stesse disposizioni. Non è quindi necessario che l’atto realizzato sia di per sé proibito dall’ordinamento o ad esso contrario: ciò che rileva è la contrarietà della fattispecie complessivamente considerata, alla luce del risultato perseguito, all’ordinamento giuridico²¹⁸.

Oggetto della frode è rappresentato da una qualsiasi norma dell’ordinamento, ovvero anche un principio generale.

²¹⁶ GITRAMA, *op. cit.*, 132 il quale peraltro rileva come possa accadere che, talvolta, nessuno degli atti combinati, di per sé, abbia natura fraudolenta desumendosi, quest’ultima, dall’analisi complessiva della fattispecie.

²¹⁷ AMOROS GUARDIOLA, *op. cit.*, 344 “*La actuacion fraudolenta es habitualmente una actuacion negocial. Esa posibilidad de fraude, o de contravencion oblicua de la norma defraudada se desarrolla en el ejercicio de la autonomia de la libertad individual para establecer una relacion juriica y regular voluntariamente su contenido. Asi lo entiende buena parte de la doctina. Incluso los autores han vinulado esta realidad a una concreta figura del negozio juridico, el negozio en fraude de ley, estudiado como categoria independiente*”.

²¹⁸ CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, 852.

Per valutare la sussistenza in concreto della frode alla legge, la dottrina spagnola ha elaborato una serie di passaggi, volti all'individuazione dello stato di non contraddittorietà, da un lato, della *ratio* della norma frodata e, dall'altro, della norma di copertura²¹⁹:

- a. confronto tra la specifica norma di copertura e la possibile norma frodata;
- b. comparazione tra gli apparati legali cui appartiene ciascuna norma;
- c. comparazione di ambo gli apparati, separatamente o congiuntamente, con il ramo del diritto al quale appartengono;
- d. determinazione di un termine di paragone tra i risultati dei tre punti precedenti e l'ordinamento generale.

La valutazione comparativa così descritta, può condurre a risultati differenti.

Si potrà ad esempio giungere a stabilire che le norme siano compatibili perché lo sono anche gli interessi e i diritti protetti da entrambe, sebbene si riferiscano a presupposti di fatto identici o simili: in questo caso, dovrà ritenersi insussistente la frode alla legge.

Diversa invece l'ipotesi in cui le norme non risultino compatibili perché non lo sono gli interessi e i diritti protetti dalle stesse, seppure si versi nelle medesime circostanze fattuali. In questo caso, potrà integrarsi una ipotesi di frode.

La descritta prospettiva rende evidente come sia necessaria un'adeguata interpretazione delle norme in gioco, per poter capire se la norma che 'ripara' l'atto (*rectius* legittima apparentemente l'atto) abbia quale finalità la protezione di interessi tutelati dall'ordinamento e violati con l'atto di frode²²⁰.

²¹⁹ IRUZUBIETA FERNANDEZ, *op. cit.*, 70.

²²⁰ CAFFERENA LAPORTA, *cit.*, 150. Osserva AMOROS GUARDIOLA, *op. cit.*, 345 "...si el acto parece protegido por una disposicion vigente, como es posible que al mismo tiempo degraude o incumpla otra

Occorre tuttavia ricordare come la dottrina spagnola si sia altresì posta alcuni interrogativi ulteriori, nella valutazione della fattispecie fraudolenta.

Ci si è posto in primo luogo il quesito della necessità della componente soggettiva nel compimento dell'atto fraudolento da parte del suo autore.

In effetti, nella pratica, pare difficile pensare che esista una frode alla legge priva del requisito soggettivo. Tuttavia in dottrina la necessità di tale elemento è controversa.

Prima della riforma del titolo preliminare che ha formulato la norma come riportata sopra, la dottrina riteneva che l'elemento soggettivo non fosse necessario, per una serie di motivi: in primo luogo, l'unicità della finalità del compimento dell'atto fraudolento che, unita alla oggettiva necessità ordinamentale di repressione dell'atto, determinava la necessità di repressione dell'atto in sé, non già dell'intenzione maligna; la difficoltà, sul piano probatorio, di dimostrare l'intenzione fraudolenta²²¹.

Con la riforma del titolo preliminare, tuttavia, il dato letterale si ritiene deponga a favore della necessità del requisito soggettivo (la norma parla di atti realizzati "al amparo", "que perseguan" un risultato proibito dall'ordinamento giuridico e la norma che si dovrebbe "eludir"). Tuttavia taluno continua a sostenere l'oggettività, sulla base della semplice considerazione che la finalità della dottrina della frode è la difesa dell'applicazione corretta delle norme²²².

igualmente vigente? ... para que aquella proteccion juridica se de, no basta con seguir formalmente el esquema legal (negozio tipico). Para llegar a esa conclusion protectora, es preciso un examen mas profundo del acto en cuestion: de su finalidad, proposito o causa. Recordemos con caracter general que el sistema espanol es eminentemente causal. Los actos se protegen en tanto en cuanto tiendan o sirvan para conseguir un fin que el ordenamiento estima digno de tutela juridica".

²²¹ DE CASTRO, *Derecho civil de Espana, cit.*, 611.

²²² CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, 854.

In definitiva, e per sintetizzare il discorso che si va qui svolgendo, la soluzione a cui è approdata la dottrina spagnola, prevede la realizzazione del seguente schema perché sia integrata la fattispecie di frode alla legge²²³.

L'azione A realizzata dal soggetto S nelle circostanze X è fraudolenta se: esiste una norma che permetta a S di usare la regola che gli conferisce potere per produrre il risultato R per il tramite dell'azione A nella circostanza X; quale conseguenza di R, si produce un certo stato di cose E che, in accordo con il bilanciamento tra i principi che giustificano il permesso anteriore e altri principi del sistema, presuppone un danno ingiustificato e beneficio indebito, in assenza di una norma che proibisca la produzione di R, sebbene possa esserci una regola diretta a evitare E.

Pare, in definitiva accolta la teoria della insussistenza del requisito soggettivo dell'autore dell'atto.

Identificati i presupposti di applicazione della disciplina della frode alla legge, occorre procedere con l'analisi degli effetti che in forza della disciplina stessa si ripercuotono sull'atto fraudolento.

La sanzione che si ritiene dovrà adottarsi per il tramite di una pronuncia giudiziale, su istanza di chi si consideri pregiudicato dall'atto fraudolento²²⁴, è la negazione dell'efficacia del compimento dell'atto e l'applicazione della sanzione corrispondente alla norma elusa.

*

Come già osservato, l'istituto della frode alla legge è posto alla base della dottrina del *levantamiento del velo*.

In proposito, un brocardo che si ripete in ogni pronuncia sul tema, e tratto dalla sentenza del 28 maggio 1984, afferma: “... *la práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedad, a las que la ley concede personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa*

²²³ ID., 867 ss.

²²⁴ AMOROS GUARDIOLA, *op. cit.*, 351.

ficcion o forma legale se puedan perjudicar ya interesse publico o privados como camino de fraude ...”

Un simile considerando, apodittico e giustizialista, pone una serie di interrogativi.

Occorre in prima battuta chiedersi se ricorra il presupposto oggettivo dell'applicazione della repressione degli atti in forza della loro natura fraudolenta, nelle ipotesi di abuso della persona giuridica.

Se una risposta univoca non risulta facile, posto che un atto può avere natura giuridica complessa, con riferimento ai nostri temi, taluno ha ritenuto sussista un atto in frode alla legge nell'ipotesi di costituzione di società apparenti o fittizie (ovvero, costituite con un 'socio di paglia') per sottrarsi alla responsabilità illimitata dell'imprenditore individuale²²⁵.

La varietà delle sentenze del Tribunale Supremo con riferimento al *levantamiento del velo*, pone in luce una moltitudine di norme giuridiche, che, in relazione al caso specifico, sono suscettibili di frode: la prescrizione, el traspasso inconsentido, el derechos de retracto, etc.

Tuttavia, con riferimento alla 'norma di copertura', non vi è dubbio che il riferimento sia sempre all'art. 35 cod. civ., che postula la responsabilità illimitata di chiunque contragga un obbligazione nei confronti di altri.

Per citare alcuni casi giurisprudenziali in tema di applicazione del *levantamiento del velo*, si può ricordare la sentenza del Tribunale Supremo del 3 novembre 2004, in cui veniva condannato un socio che, considerando la società come mero strumento, aveva agito nel mercato dando l'apparenza di essere un imprenditore individuale (attraverso la prestazione di garanzie personali, l'assunzione di obbligazioni in proprio, la rappresentanza in giudizio), e aveva fatto valere la limitazione di responsabilità alla società non appena un fornitore aveva agito nei suoi confronti per

²²⁵ ID., 337.

conseguire un credito. Nel caso in esame, il Tribunale Supremo condannava il socio personalmente, in applicazione della teoria del *levantamiento del velo*, a pagare il fornitore, in forza della natura fraudolenta delle proprie condotte, palesemente lesive del principio di buona fede²²⁶.

In un caso risolto dal Tribunale Supremo con sentenza del 14 marzo 2000, i soci avevano deliberato la vendita di beni sociali ai propri figli, nonostante la società versasse in una pesante situazione debitoria. Ancora una volta il Supremo, decideva per l'applicazione della teoria del *levantamiento del velo* “*figura jurisprudencial que considera imposible la separacion de personas y patrimonios, si la estructura formal de la persona juridica se utiliza con una finalidad fraudolenta y de forma desajustada respecto de lo que constituye la justificacion de la figura de la persona juridica permitiendo a los Tribunales descartada para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, prescindiendo de la radical separacion entre la persona juridica y los miembros componentes, entendiendose que existe abuso cuando aquella se utiliza para burlar la Ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilicitos y, en general, para defraudar*”²²⁷

In termini analoghi, si può citare il caso di cui alla sentenza del Tribunale Supremo del 19 maggio 2003, avente ad oggetto la responsabilità personale dei soci che, ai fini di sottrarsi dai propri oneri debitori, avevano fondato una società cui avevano venduto beni aziendali a prezzi

²²⁶ ANGEL YAGUEZ, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona juridica en la jurisprudencia*, cit, 479. Fattispecie simili si rintracciano nelle sentenze del 18 maggio 1998, 20 maggio 1998 e 26 aprile 2000, tutte in ANGEL YAGUEZ, cit., 490, 495, 503.

²²⁷ Fattispecie sostanzialmente analoga quella della sentenza del Tribunale Supremo dell'11 giugno 2002, ove i beni venivano venduti ad una società fondata ad hoc per il compimento dell'operazione di vendita.

notevolmente inferiori a quelli di mercato. Tale fattispecie, affermava il Supremo, *“hace derivar claramente la existencia de una ficcion fraudolenta, es decir, la ficcion de una person juridica para obtener un fin fradolento, como eludir la responsabilidad contractual o extra-contractual o aparentar insolvencia. Lo cual es precisamente el substrato factidco para la aplicacion de la doctrina del levantamiento del velo”*²²⁸.

Anche in questo caso venivano richiamati dal Tribunale gli istituti della frode alla legge e dell'abuso di diritto, ma venivano applicate esclusivamente le conseguenze previste dalla legge per le ipotesi di condotte fraudolente (inefficacia per il terzo dell'atto fraudolento). Norma frodata, quindi, veniva considerata l'art. 35 cod. civ., che postula, come già ricordato, la responsabilità illimitata di chiunque contragga un'obbligazione nei confronti di terzi.

La giurisprudenza del levantamiento del velo si è anche sviluppata con riferimento alla tematica dei gruppi di società. Nella sentenza del 27 ottobre 2004 un socio aveva creato

²²⁸ In ANGEL YAGUEZ, *cit.*, 790. Si devono poi citare casi di palese natura fraudolenta di condotte di soggetti che avevano costituito società con intenti volutamente fraudatori. Ad esempio nella sentenza del 19 dicembre 2000 il Tribunale Supremo accertò la natura fraudolenta di una società che non aveva nulla di vero: amministratori fittizi, soci fittizi, sede legale inesistente: *“Cuando en realidad estamos ante la absoluta inexistencia de tal sociedad, acaso le mas burda ficcion a la que nos hayamos enfrentado, pues ni siquiera se cubrian las minimas aparencias formales al no existir ni domicilio de la entidad, ni organo alguno real de representacion, tal y como con minuciosidad expresa el juez de instancia en su resolucion, abundando la confesion judicial de lso demandados en la ficcion creada al reconocerse la falta incluso de desembolso alguno en la aportacion social o la ausencia de prestacion economica en la compraventa que, eso si, realizada en lescritura publica, documenta la venta de las inexistentes participaciones”*.

diverse società poi collegate in un gruppo ponendo in ciascuna di queste soci fittizi, sebbene fosse lui l'unico vero imprenditore. Il Tribunale affermava che *“la sociedad pretendida tercera, es una creacion ficticia del unico utor de todas la sociedades del Grupo Uceda, es decir, Don Mariano Uceda Serrano, administrador de todas las sociedades deudoras hipotecantes, fiadoras y actorasy principal accionista de todas ellas, conjuntamente con sus familiares, con la finalidad de paprovecharse, interponiendo, con su creacion, un pretendido tercero cuando en realidad es el mismo; esta aportacion ni fuenotificada a los bancos ni estos consintieron la subrogacion en la posicion de Lemurias”*

Come si è visto, quindi, nelle ipotesi in cui si versi in fattispecie di condotta fraudolenta, potrà dunque trovare applicazione il principio della responsabilità patrimoniale universale del socio responsabile di cui all'art. 1911 cod. civ., ovvero la norma omologa al nostro art. 2740 cod. civ.

IV.IV.IV. LA VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE COME FONDAIMENTO DELLA DOTTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

La teorica del levantamiento del velo fa perno altresì sul concetto di buona fede quale strumento di repressione dell'abuso.

In relazione a tale concetto, si afferma: *“...se ha decidido prudenzialmente, y segùn los casos y circunstancias por aplicar por via de equidad y con acogimiento al principio de buena fe (art. 7.1. delCodigo Civil) la tesis y practica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades....”*²²⁹.

²²⁹ Trib. Supremo, sent. del 28 maggio 1984.

La dottrina spagnola si è sforzata di individuare un concetto unitario di buona fede²³⁰.

Sul punto si sono formati due poli di opinione: la concezione soggettiva e quella oggettiva.

Quest'ultima considera la buona fede come una regola che oggettivizza un comportamento che, per essere conforme a buona fede, deve aderire ai valori sociali ampiamente condivisi. Si tratta, in sostanza, della "*rectitud y honradez moral de una conducta*"²³¹.

La concezione soggettiva, invece, parte dalla definizione di buona fede in relazione con un fatto psicologico: la conoscenza o l'ignoranza di una persona rispetto a un modo di attuazione delle proprie condotte. Si identifica, quindi, nella "*honradez subjetiva de una persona*"²³².

In ogni caso la dottrina spagnola non è giunta alla formulazione di un concetto generico di buona fede, ma ha fornito solamente un'idea generale secondo la quale si descrive la buona fede come un comportamento leale²³³.

Sul piano fattuale e di induzione comportamentale, in linea generale la buona fede si pone come limite all'esercizio dei diritti. In questo senso, la sua osservanza determina i confini dell'esercizio del diritto soggettivo, circoscrivendone l'ambito di liceità.

Si tratta, quindi, di una regola di condotta²³⁴ "*que la conciencia social exige conforme a un imperativo ètico dado*"²³⁵.

²³⁰ GETE ALONSO CALERA, *Comentarios al código civil y a las compilaciones forales*, Madrid, 1992, 870 ss.

²³¹ MONTES, *Comentarios a las reformas del código civil*, vol. 1, Madrid, 1977, 362.

²³² V. MIQUEL GONZALES, *Comentario al código civil*, Madrid, 1992, 40.

²³³ GETE ALONSO, *op. cit.*, 876.

²³⁴ GETE ALONSO, *op. cit.*, 888. Appunta DIEZ PICAZO, in *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, 141 che "*El principio de buena fe comporta además una serie de limitaciones al ejercicio de*

L'ordinamento spagnolo non positivizza le conseguenze che si determinano in caso di inosservanza del principio di buona fede.

La migliore dottrina²³⁶ ritiene che le conseguenze sanzionatorie si sostanzino nell'insorgenza in capo all'autore della condotta non conforme a buona fede della responsabilità civile, in ipotesi di danno, ovvero nell'esercizio dell'*exceptio doli*²³⁷.

Tra gli indici di sussistenza di una condotta lesiva del principio di buona fede si possono ricordare: il porsi in rapporto di contrarietà con una precedente condotta²³⁸; il ritardo sleale all'adempimento dei un proprio obbligo; l'abuso della nullità per motivi meramente formali.

Ebbene tra tali indici, nel contesto dottrinario del *levantamiento del velo*, particolare interesse ha suscitato la c.d. "dottrina degli atti propri".

los derechos subjetivos. Es inadmisibile, todo ejercicio de un derecho subjetivo que contravega en cada parte esta obligada a adoptar respecto de la otra. La buena fe impide ejercitar abusivamente el propio derecho subjetivo. El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no solo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o funcion economica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino tambien cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, segun las reglas que la conciencia social impone en el trafico juridico. El derecho subjetivo, se dice, debe ejercitarse segun la confianza depositada en el titular por la otra parte y segun la consideracion que esta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculacion especial existente entre ellas. Los derechos subjetivos han de ejercitarse siempre de buena fe. Mas alla se la buena fe el acto de ejercicio es inadmisibile y se torna antijuridico".

²³⁵ DIEZ PICAZO e GULLON BALLESEOS, *Sistema de derecho civil*, I, Madrid, 1989, 456.

²³⁶ ID., 897.

²³⁷ GETE ALONSO, *op. cit.*, 896.

²³⁸ È la ricostruzione offerta da DIEZ PICAZO e GULLON BALLESEOS, *op. cit.*, 457.

Tale dottrina²³⁹, si basa sui seguenti presupposti:

1. che una persona abbia osservato, in una determinata fattispecie, una condotta giuridicamente rilevante ed efficace;
2. che successivamente il medesimo soggetto provi ad esercitare un diritto soggettivo o una facoltà, formulando una pretesa, creando una situazione litigiosa;
3. che tra la condotta anteriore e la pretesa posteriore esista una relazione di incompatibilità o contraddizione.

Calare tale impostazione sistematica nella teorica del *levantamiento del velo*, significa individuare quelle fattispecie ove il medesimo soggetto che abbia costituito la persona giuridica assuma dapprima condotte che osservino scrupolosamente l'alterità soggettiva della persona giuridica e, successivamente, condotte che si pongono in contrasto con la stessa²⁴⁰.

Dal punto di vista degli effetti, si dovrà sostenere l'inammissibilità della pretesione contraddittoria²⁴¹ che nel caso di specie si traduce nell'inopponibilità, per il socio, dell'esistenza della persona giuridica.

Esiste poi un'altra manifestazione della dottrina della buona fede nella teorica del *levantamiento del velo*, conosciuta con il nome *tu quoque*, e consistente nell'impossibilità di invocare le regole giuridiche da parte del soggetto che per primo non le osserva²⁴².

Si assuma ad esempio l'ipotesi in cui il socio unico o dominante, a spregio della disciplina sulle società di capitali,

²³⁹ DIEZ PICAZO, *La doctrina de los actos propio*, op. cit., 193.

²⁴⁰ Secondo DIEZ PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, op. cit., 229, “*la contradicción tiene que existir; un resultado disconforme con la buena fe, pero producilo sin contradicción podrá ser sancionado por otra vía (v. gr. Como abuso de dercho) pero no por esta. Sin embargo, la contradicción no tiene que ser rigurosamente lógica. Basta una incompatibilidad de conductas según el criterio imperante en la conciencia social*”.

²⁴¹ MIQUEL GONZALES, op. cit., 55.

²⁴² ID., 56.

confondenda costantemente il suo patrimonio con quello della società ovvero mantenendo quest'ultima in una situazione di sottocapitalizzazione, contravvenendo al principio di buona fede: ebbene in tali fattispecie non si ritiene sia corretto che il medesimo soggetto possa, in una seconda fase, invocare quella stessa normativa di fronte ai terzi, soprattutto quando da ciò derivi un risultato lesivo per gli stessi.

Si deve ricordare che lo stesso concetto di buona fede è stato spesso usato dal Tribunale Supremo proprio per escludere l'applicazione del levantamiento del velo. Nella sentenza del 20 luglio 2001²⁴³, oggetto della domanda era l'applicazione del levantamiento del velo in capo a soci gestori che avevano una società *“que el consentimiento de la situation por los socios o el conocimiento de la infracapitalizacion por el acreedor al momento de contratar con la sociedad no les autoriza para pedir luego le levantamiento del velo.y de otro porque la situacion de deficit patrimonial esta en vias de superacion efectiva, no es meras posibilidades, durante los dos anos posteriores y, conocida esa situation pasada y las dificultades financieras aun presentes por las entidades hoy recurrentes, estas aceptan contratar con la sociedad siendo plenamente conscientes del riesgo que corrian sus creditos por haber sido oportuna y lealmente advertidas desde la propia sociedad compra dora del material suministrado”*

In buona sostanza nella citata sentenza emerge chiaramente che i soggetti che erano a conoscenza della natura abusiva delle condotte dei soci, non potranno pretendere nulla dagli stessi. In questa prospettiva, quindi, è evidente che dovranno simultaneamente sussistere, da una parte, l'ignoranza della natura abusiva della fattispecie di colui che subisce il pregiudizio e, dall'altra parte, la volontà abusiva del socio, lesiva della buona fede.

²⁴³ ANGEL YAGUEZ, *cit.*, 874.

In un altro caso il levantamiento del velo è stato escluso perché non è giudizialmente emersa la violazione della buona fede. Nel caso di specie vi erano due società che avevano, con la medesima composizione sociale ed amministrativa, svolgevano attività simili (produzione e vendita degli stessi beni). Con la sentenza del 18 dicembre 2001 il Tribunale Supremo riteneva non ricorressero gli estremi per l'applicazione della teoria del levantamiento del velo, invocata da creditori di una delle due società, proprio perché non risultava dimostrata in giudizio la violazione della buona fede: *“La doctrina jurisprudencial citada en el motivo hace referencia a otras cuestiones, como la reunion en una sola mano de todas las acciones de una sociedad, o el supuesto de una sociedad que adquiere todas las acciones de otra. No existe la identidad de ambas sociedades, ni se ha podido acreditar, y el motivo y recurso tienen que deceder por ello”*.

La giurisprudenza, peraltro, è ferma nel ritenere che la violazione della buona fede non si possa desumere dalla *“mera coincidencia de socios de dos sociedades no puede suponer ni la confusion de la mismas, ni la esitmacion de existencia de abuso de derecho o de fraude, pues es preciso que se da una base factica adecuada para entender que la diferente personalidad juridica de las entidades se utiliza como apariencia con el fin de obtenern un resultado juridico contrario a derecho”*²⁴⁴.

IV.IV.V. L'ABUSO DEL DIRITTO COME FONDAMENTO DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

La figura dell'abuso del diritto viene positivizzata negli ordinamenti continentali solo dopo il codice napoleonico²⁴⁵

²⁴⁴ Tribunale Supremo, sentenza del 25 gennaio 2001, in ANGEL YAGUEZ, *cit.*, 889.

²⁴⁵ *Illecitos atipicos, cit.*, 33

ma essa era già emersa come creazione giurisprudenziale francese nella seconda metà del secolo XIX.

Tale istituto emerge, seppur indirettamente ed embrionalmente, nella giurisprudenza francese nella seconda metà dell'ottocento. In una sentenza della Corte di Colmar del 2 maggio 1855 si afferma che l'esercizio del diritto di proprietà deve assumere quale limite la soddisfazione di un interesse serio e legittimo²⁴⁶.

Già in questa sentenza si riscontra quello che costituisce il nucleo centrale della problematica dell'abuso: che l'uso delle facoltà che la titolarità di un diritto implica, non deve porsi in contrasto con il confine di legittimità previsto e positivizzato dal legislatore.

Nell'esperienza spagnola tale istituto è stato per la prima volta introdotto da un teorico del diritto, Jose Calvo Stelo, nella nota monografia *“La doctrina del abuso del derecho como limitacion del derecho subjetivo”*, del 1917. In giurisprudenza si trova una prima traccia dell'abuso del diritto in una sentenza del Tribunale Supremo del 14 febbraio 1944. Sul terreno legislativo, l'istituto fa il proprio ingresso con la riforma al titolo preliminare del codice civile nel maggio del 1974.

L'art. 7.2 del codice recita: *“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omision que, por la intencion de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los limites normales del ejercicio de un derecho, con dano para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnizacion y a la adopcion de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”*.

La moderna dottrina dell'abuso del diritto si basa sul fallimento della regola romana *“qui iure suo utitur neminem*

²⁴⁶ ID., cit., 35.

laedit”, secondo la quale l’atto realizzato nell’esercizio di un diritto, nell’ambito del potere accordato al suo titolare, è un’attuazione lecita e legittima sebbene come conseguenza di detto esercizio si possa provocare danno ad un’altra persona²⁴⁷.

È il fallimento di questo principio che ha indotto il legislatore spagnolo a positivizzare la figura dell’abuso che presuppone il riconoscimento, da un lato, di nuovi limiti di esercizio del diritto soggettivo e, dall’altro, una distinzione tra esercizio normale e anormale del diritto, essendo quest’ultimo oggetto di sanzione o repressione.

L’ambito di lecito esercizio di un diritto non è dato unicamente dal suo contenuto, bensì anche dalle modalità in concrete adottate nel suo esercizio.

In base a tale prospettiva, la dottrina si è dunque mossa per distinguere l’esercizio ‘normale’ dall’esercizio ‘anormale’ di un diritto. Proprio a quest’ultimo si il citato art. 7.2 cod. civ., definendolo come quello che “*sobrepase manifestamente los limites normale del ejercicio de un derecho*”.

La distinzione tra esercizio ‘normale’ e ‘anormale’ deve essere compiuta sulla base di tre elementi: l’intenzione dell’attore, l’oggetto dell’esercizio del diritto e le circostanze che accompagnano l’esercizio stesso.

In relazione al primo di tale elementi, occorre sottolineare come, specie prima della positivizzazione dell’istituto, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti non ne riconoscessero l’indispensabilità. Tale posizione era giustificata, in particolare, sulla base della difficoltà anche probatoria di far emergere con chiarezza quale fosse l’intenzione dell’agente²⁴⁸. Raccoglieva quindi i maggiori consensi la concezione oggettiva, in base alla quale era considerato elemento essenziale dell’abuso la semplice deviazione del fine economico-sociale del diritto (era considerato abusivo,

²⁴⁷ ID., 21.

²⁴⁸ GETE ALONSO, *op. cit.*, 904.

in buona sostanza, l'esercizio del diritto contrario all'interesse sociale).

Con la positivizzazione dell'istituto pare essere stata invece accolta una posizione intermedia che assume quali presupposti sia il concorrere di elementi soggettivi (l'intenzione di creare il danno) e che l'antisocialità della condotta, giacchè per considerare anomalo l'esercizio del diritto si deve tener conto sia dell'intenzione dell'autore che delle circostanze.

Problemi sorgono poi nel delineare la distinzione tra abuso del diritto ed esercizio antisociale dello stesso che, secondo alcuni²⁴⁹, costituisce un'endiadi e, secondo altri²⁵⁰, no, sebbene si riconosca che il trattamento sanzionatorio sia il medesimo. Chiarificatore in proposito risulta l'intervento del Tribunale Supremo del 23 maggio 1984, quando afferma che *“la mencion del ejercicio abusivo o antisocial del derecho ... exigen senalar que si bien se trata de conceptos distintos, cual acredita la mencion que en el articulo 7.2. se hace de una y de otro separandolos por la conjuncion “o” .. sus diferencias son tan sutiles, que puede afirmarse que carecen de trascendencia practica...”*.

Con riferimento ai requisiti della fattispecie, può preliminarmente ricordarsi quello, evidente, della sussistenza di un diritto soggettivo e, quindi, della sussistenza di una azione od omissione come richiesto dall'art. 7.2.²⁵¹. Qualcuno ha ritenuto che si possa parlare, più che di abuso di diritto, di abuso di facoltà²⁵².

L'azione o l'omissione devono *“sobrepasar” manifestamente los límites normales del ejercicio de un*

²⁴⁹ In questo senso, DIEZ PICAZO, SERRANO ALONSO, HERRERO DE MINON.

²⁵⁰ ESPIN, GONZALEZ BOTTELLA, RIVERO HERNANDEZ.

²⁵¹ GETE ALONSO, *op. cit.*, 909.

²⁵² DE ANGEL YAGUEZ, *Comentarios*, *op. cit.*, 67.

derecho”. Nell’individuazione di tali limiti dovrà aversi riguardo ai costumi e le concezioni di ciascuna epoca²⁵³.

Il superamento di limiti potrà avvenire per intenzione dell’autore (cioè l’intenzione di danneggiare o pregiudicare²⁵⁴); per l’oggetto dell’azione (la parola in questione ha diverse accezioni, sebbene si consideri che probabilmente il legilstore ha utilizzato la parola nel senso di risultato dalla parte in conseguenza del suo intento pratico di realizzare l’azione o l’omissione²⁵⁵); per le circostanze in cui si realizzi. Esiste una corrente di pensiero che considera che queste condotte si intendono riferite, unitamente al requisito della limitazione nell’esercizio, a quelle circostanze che ruotano o accompagnano lo stesso in relazione alle persone, al tempo, al luogo e all’occasione nella quale si produce

²⁵³ RIVERO en LACRUZ-RIVERO, *Elementos...*, *op. cit.*, 124.

²⁵⁴ GETE ALONSO, *op. cit.*, 910. E’ importante ricordare che esiste una parte di giurisprudenza che esiga l’elemento soggettivo e, in assenza dello stesso, esclude la natura abusiva della condotta. In una sentenza del 6 giugno 2003 si discuteva della natura abusiva dell’ipotesi in cui un soggetto deteneva 499 azioni su 500 di una società anonima. Nel caso in esame il Tribunale Supremo, stante l’assenza di prova di volontà abusiva del soggetto detenore della quasi totalità delle quote, ha escluso l’applicabilità dell’istituto dell’abuso di diritto, affermando: “*No basta cque una persona sea titular de la casi totalidad de las participaciones o acciones de una sociedad mercantil, sino que es preciso un elemento fraudolento e intencional que justifique el levantamiento del velo, puesto que por el mero hecho de ser titular de la casi totalidad de una sociedad no implica que se haya de saltar sobre la fomra social y acudir a la persona física que es propietaria de laa participaciones sociales; lo contrario implicaria la destrucción de nuestro sistema societario de responsabilidad limitatda, por tanto y en el presente caso para poder establecer esa responsabilidad directa de la titularidad de la empresa debia haberse demostrado que Dona Rosario utilizò la fomra societaria como un mecanismo so subterfucio con el fin de eludir su propia responsabilidad personal*”.

²⁵⁵ GITRAMA, *La correccion del automatismo juridico*, *op. cit.*, 155.

l'azione o l'omissione dalle quali può dedursi che quell'atto è omissivo. Per qualcun altro si deve intendere per circostanze qualcosa di più ampio: *“la apreciacion de la opinion social, la manera de sentir que, aun estando fuero del sistema, condiciona los comportamientos”*²⁵⁶.

Non si può poi dimenticare come dottrina e giurisprudenza assolutamente prevalenti ritengano indispensabile la sussistenza di un danno²⁵⁷. Invero tale danno può essere anche solo morale²⁵⁸ e può pregiudicare sia un interesse individuale che un interesse sociale²⁵⁹.

Il tenore letterale della disposizione individua come soggetti che subiscono i danni solo i terzi e, in proposito, alcuni autori si domandano se l'espressione terzi non possa riferirsi a chiunque²⁶⁰.

*

Sotto il profilo delle conseguenze cui è soggetto l'atto abusivo, il codice civile spagnolo afferma che *“darà lugar a la correspondiente indemnizacion y a la adopcion de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”*.

²⁵⁶ ROCA JUAN, *Commentario, op. cit.*, 393.

²⁵⁷ In senso contrario si veda DIEZ PICAZO e GULLON, *Sistema, op. cit.*, 464 non è così, e argomentano sulla base di un'interpretazione letterale della norma: *“el art. 7.2 contiene dos incisos cuya distincion es conveniente resaltar. El primero declara que “la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”. En el segundo, el abuso del derecho que produce dano a tersero genera una obligacion de indemnizar y legitima para solicitar las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso. Parece asi que el dano a terzero, en el nuevo Titulo Preliminar no es requisito esencial de la figura del abuso, sino de un supuesto especifico del mismo abuso”*.

²⁵⁸ CASTAN VASQUEZ, *op. cit.*, 522.

²⁵⁹ GETE ALONSO, *op. cit.*, 922.

²⁶⁰ GITRAMA, *op. cit.*, 157.

Il legislatore spagnolo non si è limitato, quindi, ad assicurare l'indennizzo del pregiudizio, bensì ha voluto assicurare anche l'inibitoria dell'abuso perdurante²⁶¹.

Legittimati a sollecitare l'esistenza dell'abuso sono la persona (fisica o giuridica) concreta della quale l'interesse è stato lesionato.

Tuttavia non emerge chiaramente dal tenore letterale della norma il tipo di invalidità di cui sarebbe inficiato l'atto abusivo. Taluno ne ha sostenuto la nullità. Nullità che, in ogni caso, non dovrebbe pregiudicare i diritti dei terzi in buona fede²⁶².

In ogni caso, ciò che si determina è l'inammissibilità di quelle modalità di esercizio del diritto e, quindi, l'inammissibilità e l'inefficacia dell'atto abusivo.

Quando il danno proviene dalla conclusione di un negozio, l'inefficacia si traduce nell'ammissione di legittimazione attiva per sollecitare la dichiarazione di nullità del negozio.

L'indennizzo sarà proporzionale al danno²⁶³ e la prova incombe sull'attore e valgono i principi generali del diritto dei danni. È necessario provare l'esistenza dell'abuso, la realtà del danno e la relazione eziologica tra uno e l'altro.

Possono poi essere adottate misure giudiziali volte a ristabilire la situazione pregressa o a realizzare una condotta determinata.

*

Problemi ulteriori si pongono con riferimento alla distinzione tra l'abuso del diritto e altre figure simili (frode alla legge, abuso del diritto e esercizio del diritto contrario alla buona fede).

La delimitazione tra le figure non è mai stata molto chiara. Non solo esse sono sistematicamente collocate nello stesso punto "efficacia generale de las normas juridicas" del

²⁶¹ GETE ALONSO, *op. cit.*, 926.

²⁶² RIVERO, *Elementos...*, *op. cit.*, 127.

²⁶³ CASTAN VAZQUEZ, *op. cit.*, 525.

capitolo III del titolo preliminare, ma la stessa giurisprudenza si serve spesso delle stesse in forma cumulativa. Tutte e tre le figure hanno l'obiettivo comune di correggere l'automatismo giuridico del diritto positivo, accordando maggiore flessibilità alla funzione giudiziale, evitando che le attitudini ermeneutiche rigide comportino risultati fattuali ingiusti.

Tuttavia si può provare ad operare una distinzione perché i presupposti e gli effetti di tali istituti non sono coincidenti e sebbene la funzione degli stessi sia la medesima.

In relazione al discorso che si va svolgendo deve citarsi un sentenza del Tribunale Supremo, precedente alla riforma del titolo preliminare, del 3 aprile 1968 (RJ, 1968, 1965). “(...) a) *la del abuso del derecho, que introducida por nuestra jurisprudencia al amaro del artículo 1902, como una manifestacion de culpa extracontractual, tiene a impedir que en ejercicio de un derecho se produzcan danos o perjuicios a un tercero, bien deliberadamente, utilizando aquellos derechos con una finalidad antijurídica, o por ejercitarse de una forma incivil y desconsiderada, descpreocupandose de un resultado danoso cque ude y debioò evitarse; b) la de la buena fe, que siguiendo un principio general en nuestro sistema jurídico, recogido en varios artículos del código civil, y especialmente pare el campo contractual en el artículo 1258, consistente en el respeto a las normas de conducta colectiva que son propias de toda conducta honrada y leal y van implícitamente exigidas en cada caso como necesarias para el normal y feliz término de todo negocio jurídico; c) la del respeto a las normas imperativas, que deben prevalecer contra cualquier conducta o maniobra encaminada a eludirlas, produciendo un fraude a la ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del código civil*”²⁶⁴.

²⁶⁴ La distinzione di prova ance nella sentenza del tribunale supremo del 12 maggio 1972 (RJ, 1972, 2307): “...que el artículo 9 de la LAU ha recogido no solo el principio del abuso del derecho, ya regulado

L'esercizio del diritto contrario a buona fede si lede la fiducia suscitata nell'altra parte mentre nell'abuso del diritto c'è una violazione dei valori contenuti entro i confini del diritto stesso: *“El abuso del derecho parece haber turgido del conflicto entre los derechos absolutos, definidos de modo individualista y criterios finalistas, moralizadores y socializadores. La buena fe se desarrolla para resolver los conflictos entre los valores de la honestidad, fidelidad, confianza legítima las reglas de ius strictum”*²⁶⁵.

Quanto alla distinzione tra l'abuso del diritto e la frode della legge, il rapporto sarebbe tra genere e specie. L'abuso del diritto sarebbe un concetto generico, mentre la frode alla legge si qualificherebbe come una forma concreta di commissione di un abuso del diritto.

In realtà, nell'applicazione giurisprudenziale, abuso del diritto e frode alla legge sono sovente considerate endiadi; la differenza tra tali istituti risulta quindi assolutamente sfuggevole e lo stesso Tribunale Supremo utilizza spesso i concetti indistintamente.

Si prenda l'esempio della sentenza del 13 luglio 2004²⁶⁶ avente ad oggetto il caso di un socio che aveva costituito una società personale, confondendo successivamente il proprio patrimonio con il patrimonio sociale, e poi, nella fase concorsuale, si era difeso affermando la propria immunità

en el anterior ordienamiento arrendatichi, cino que ha contemplado el sistema dando entrada en la misma a los prinipios de la buena fe y del fraude de ley, por lo que ya se considera a casa uno de ellos como institucion distinta, o se les estime como facetas diferentes de una misma institucion, es lo certo que la finalidad de todos ellos es identica, a saber, la de impedir que el texto literal de la ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realizacion de la justicia, o lo que es igual, que frente al contenido etico y al espiritu objetivo de la norma legal no prevalezcan las maniobrras tendentes a lograr un resultado opuesto al perseguido por ella...”.

²⁶⁵ MIQUEL GONZALES, *op. cit.*, 46 s.

²⁶⁶ ANGEL YAGUEZ, *cit.*, 797.

patrimoniale. Il Tribunale Supremo condannava personalmente il socio stesso così affermando: *“La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta, al considerar a modo de sintesis que no ha quedado acreditado que exista una utilizacion fraudolenta de la consitucion y reconocimiento de la personalidad juridica de la sociedad demandada que justifiq̄ue acudir a la doctrina del levantamiento del velo. El recurso planteado por la represantacion procesal de la entidad demandante se fundamenta, de acuerdo con las alegaciones foruladas en su escrito de interposicion del recurso, en el error en la valoracion de la prueba por no haberse tenido en cuenta la declaracion de rebeldia e incomparecencia a juicio del demandado, la inexistencia de la empresa bajo cuya aparencia se contratò con la demandante, ostentando el demandado en union de esposa la totalidad del capital social de la misma, eludiendo las responsabilidades personales y solidarias en cuanto a la empresa. (...). Pues bien, ese reconocimiento, por el cauce de la tradicional institucion de la “ficta conf̄fessio”, afecta no solo al control absoluto y personal de la sociedad que formalmente en su dia no hizo frente a la deuda contraida, sino que se escuda en la misma para eludir sus verdaderas responsabilidades personles – hecho sexsto de la demanda, al folio 6 de autos -, lo que puede incardinarse plenamente en la denominada teoria del vuelo que ha sido el substrado juridico de la demanda interpuesta”²⁶⁷.*

²⁶⁷ In senso analgo si veda la sentenza del 19 dicembre 2000, avente ad oggetto la natura abusiva della condotta di alcuni soci che avevano fondato una nuova società, che aveva continuato a svolgere l’attività svolta in precedenza, esclusivamente per sottrarsi agli obblighi della precedente. Orbene pur riconoscendo alla libertà di iniziativa imprenditoriale la natura di un diritto liberamente esercitabile, il Tribunale Supremo, ne definiva i limiti, letti con le lenti dell’isituto dell’abuso del diritto. In questo caso, peraltro, l’abuso è statao

IV.IV.VI. CRITICHE DOTTRINALI AL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Non può in questa sede tacersi che vi sono Autori che hanno mosso forte critiche alla teoria del levantamiento del velo²⁶⁸.

Alcuni²⁶⁹, in particolare, sostengono che la limitazione della responsabilità limitata conseguente alla personalità giuridica perfetta vada comunque rispettata perché il valore della certezza del diritto non potrebbe in alcun caso essere tradito, ancorchè si possa tradurre talora in violazioni del principio di giustizia sostanziale, perché le conseguenze di una applicazione, sebbene mirata, del *levantamiento del velo*, sul piano della politica economica del diritto sarebbero comunque più gravi di qualche episodica ingiustizia in determinate fattispecie.

Per PAZ-ARES²⁷⁰, strenuo sostenitore della teoria negatrice della persona giuridica, avendo la soggettività giuridica mero valore convenzionale, non sarebbe necessario l'espedito

utilizzato insieme all'istituto della frode alla legge: “*En el caso de autos se ha de aplicar el levantamiento del velo con todo rigor y fundamento, pues lo pretendido es crear una apariencia de una nueva sociedad que es una mera pantalla pues supone la continuacion de la anterior sociedad sifarzada con otro nombre y situada en otro lugar con la unica finalidad de evitar la responsabilidad que conlleva la existencia de una sociedad con perdidad y por tanto deudora de terceros sin estar liquidada como exige la ley...*”.

²⁶⁸ VINCENTE CHULIÀ, *Compendio critico de derecho mercantil*, Barcelona, 1993, 325 ss, offre una pregevole disamina dell principali argomentazioni offerte dai critici della teoria del *levantamiento del velo*.

²⁶⁹ AURIOLES, *La sociedad anonima unipersonal en la reciente jurisprudencia*, RDM, 1986, 185. BISBAL, *La sociedad anonima unipersonal*, in ROJO, *La reforma de la ley de sociedades anonimas*, Madrid, 1987.

²⁷⁰ *Sobre la infracapitalizazion...*, *op. cit.*, 1593.

concettuale del *levantamiento del velo*. In tal senso, PANTALEON²⁷¹ afferma che la dottrina si basa su una ipotesi erronea, ovvero che la persona giuridica è qualcosa di “reale”, come una soggettività che si pone nella società. In quest’ottica, quindi, il difetto fondamentale della dottrina è a suo giudizio molto chiaro: “*Ovidar que no hay velo alguno que levantar por el obvio otivo de que entre los miembros del grupo y los terceros no hay velo alguno ni natural ni juridico (hay, a lo màs velo “linguistico”). condierare la realidad (esto es la “no realidad” de la persona juridica) como una excepcion ficticia a lo real por razones de equidad*”.

Nello stesso senso si esprime GIRON TENA, secondo il quale “*frente a ese planteamiento la reduccion del concepto de persona juridica a una expresion para llamar unitariamente a una normativa, que sirve para tratar temas de legitimacion y de la responsabilidad de los hhumanos, niega toda necesidad de superacion de la personalidad, porque esta no es nada distinto a los hombres que estan en las relaciones juridicas en que considte la figura que les liga. La llamada superacion o desetimacion de la perona juridica no tiene razon de ser*”²⁷².

Non può poi dimenticarsi che la stessa incertezza sulla consistenza esatta dei presupposti applicativi della teoria costituisce un facile terreno di critica.²⁷³ Per “levantar” il

²⁷¹ PANTALEON PRIETO, *Commentario a la sentencia de 28 de mayo de 1984*, op. cit., 1713.

²⁷² GIRON TENA, *Derecho de sociedades*, cit., 162. Questo Autore assume posizioni analoghe a quelle di Tullio Ascarelli (v. supra capitolo I).

²⁷³ Su questo punto sono d’accordo tutti gli autori critici a questa dottrina. Cfr. DE LA CAMARA, op. cit., 34; PANTALEON, op. cit., 1714, CAPILLA RONCERO, op. cit., 70. In particolare sottolineo quest’ultimo: “*se acaba hablando de que la justificacion de este proceder exceptional se sncuentra en la necesidad de impedir resultados inicuos e injustos, con lo cual se dejaria en manos de cada juzgador la decision de levantar o no el velo en cada supuesto*”.

velo la giurisprudenza si serve di istituti (quali l'equità, l'abuso del diritto, la frode alla legge e la buona fede), che hanno valori e nozioni "vagas y difusas"²⁷⁴.

Il citato PANTALEON²⁷⁵, critica il ricorso all'equità come fondamento del *levantamiento del velo* poiché "no es cierto que – por obvias razones de seguridad jurídica – el artículo 3.2. cc nos dice que la equidad habrá de atenderse en la aplicación de las normas si bien las resoluciones de los tribunales solo podrán descansar exclusivamente en ella cuando la ley esplicitamente lo permita? Creo que estas preguntas bastan para dejar patentes las debilidades intrínsecas al incorrecto planteamiento que el tribunal supremo ha tomado como base".

²⁷⁴ DE LA CAMARA, op. cit., 34.

²⁷⁵ Op. cit. 1714.

BIBLIOGRAFIA

- ANGEL YAGUEZ, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 7 ed., 2008.
- CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica funciones y disfunciones*, Madrid, 1984, 63 ss.
- CAPILLA RONCERO, *Comentario a la sentencia de 2 de diciembre de 1988*, in *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 1988, 1060.
- CORTS GRAU, *Curso de derecho natural*, Madrid, 1970, 291 ss.
- DE CASTRO, *La sociedad anònima y la deformaciòn del concepto de la persona jurídica*, in *Anuario de derecho civil*, 1949, 1397 ss.
- DE CASTRO, *Ofensiva contra el concepto de persona jurídica*, in *Anuario de derecho civil*, 1961, 943 ss.
- DE CASTRO, *Formaciòn y deformaciòn del concepto de persona jurídica (Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica)*, in *Centenario de la Ley del notariato*, Sec. tercera, vol. 1, Madrid, 1964, 85 ss.
- DE LA CAMERA (in collaborazione con DE LA PRADA), *Sociedades comerciales*, in *Revista de derecho notarial*, 1973, 7 ss.
- DE LOS MOZOS, *Derecho civil. Mètodo, sistemas y categorías jurídica*, Madrid, 1988.
- DIEZ PICAZO, in *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, 141.
- DIEZ PICAZO e GULLON BALLESEOS, *Sistema de derecho civil*, I, Madrid, 1989, 456.

- EMID IRUJO, *Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y español*, in *Revista critica de derecho inmobiliario*, 1990, 31 ss.
- EMID IRUJO, *Comentario a la sentencia de la sala primera del tribunal supremo de 2 abril de 1990*, in *La ley*, 1990, 6 ss.
- EMID IRUJO, *El levantamiento del velo una vez más, Comentario a la sentencia de 20 de junio de 1990*, in *La ley*, 1992, 64.
- FARCIA DE ENTERRIA, *La conseituzion como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, 1988, 50
- GETE ALONSO CALERA, *Comentarios al codigo civil y a las compilaciones forales*, Madrid, 1992, 870 ss.
- GUSTAV RADBRUCH, *Introcucion a la Filosofia del derecho*, Madrid, 1974, 39.
- HERNANDEZ GIL, *La constitucion y su intorno*, in *Obras Completas*, tomo VII, Madrid, 1988.
- LUCAS VERDU, *Commentario al art. 1*, in *Comentarios a las leyes politicas*, tomo 1, Madrid, 1983, 63.
- MIQUEL GONZALES, *Commentario al codigo civil*, Madrid, 1992, 40.
- MONTES, *Comentarios a las reforams del codigo civil*, vol. 1, Madrid, 1977, 362.
- OBANDO PÈREZ, *Una vision dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica*, in *Rev. Inst. Jud. Fed.*, 2008, 159.
- O'CALLAGHAN e PEDREIRA, *Introduccion al derecho y derecho civil patrimonial*, Vol. I, Madrid, 1993.
- PANTALEON PRIETO, *Commentario a la sentencia de la sala primera de 28 de mayo de 1984*, in *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 1984, 1707 ss.

- PASTOR RIDRUEJO, *El titulo preliminar del codigo civil*, vol. I, 1999.
- RECASENS SICHES, *Tratato Generale de Filosofia del derecho*, 1959, 220.
- RUIZ FERREIRO, *El levantamiento del velo de las sociedades. Comentario a dos recientes sentencias del tribunal supremo*, in *Derecho de sociedades*, Madrid, 1992, 447 ss.
- SANCHEZ AGESTA, *Sistema politico de la constitution espanola de 1978*, 1998, 76.
- SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, traduccion de PUIG BRUTAU, Barcellona, 1959.
- SERRANO GONZALEZ DE MURILLO y MERINO JARA, *El levantamiento del velo en el marco de la defraudacion tributaria*, in *Revista de derecho financiero y de hacienda publica*, 1994, 667 ss.
- SOTO BISQUERT, *La sociedad unipersonal*, in *Anales de la Accademia Matritense del Notariato*, tomo XXIX, 1980, 147 ss.
- TORRALBA SORIANO, *Comentarios al codigo civil y a las compilaciones forales*, tomo I, vol. 1, Madrid, 1992, 533.
- VASQUEZ MATEO, *Grupo de empresad y derecho individual del trabajo*, in *Documentacion laboral*, 1995, 117 ss.

V. Capitolo IV

L'ABUSO DELLA RESPONSABILITÀ LIMITATA E LA TUTELA DEL LAVORATORE. ASPETTI PROCESSUALISTICI.

*V.I. Premessa – V.II. Istanze lavoristiche meritevoli di tutela –
V.III. Aspetti processualistici. Cenni. – V.IV. Analisi di
alcune fattispecie concrete.*

V.I. PREMESSA

Per poter apprezzare e valutare i risultati della ricerca sostanziale sin qui condotta, pare necessario affrontare, senza pretesa di esaustività, alcuni aspetti legati, da un lato, alle fattispecie concrete ove le tecniche di repressione potrebbero in astratto trovare applicazione – con riferimento a posizioni che riguardino istanze di tutela presentate dai lavoratori – e, dall'altro, accennare alle problematiche di profilo processuale che potrebbero emergere in ipotetici contenziosi giudiziari aventi ad oggetto l'accertamento di un comportamento abusito posto in essere da uno o più soci di una s.r.l.

Si tratta di temi che – almeno con riferimento al nostro ordinamento – registrano pochi precedenti giurisprudenziali e sui quali, a quanto risulti, non vi sono specifici contributi di ricerca dottrinale, almeno con riferimento alla lente di lettura offerta dalla prospettiva giuslavoristica.

Ciò determina, è evidente, una difficoltà d'indagine ulteriore, con riferimento al tema del presente capitolo, in quanto alla difficoltà intrinseca che pone lo studio delle forme di tutela giudiziaria nelle ipotesi di “abuso” della persona giuridica, si sommano le difficoltà derivanti, da un lato, dalle esigenze di tutela che possono essere vissute nella prospettiva lavoristica e, dall'altro, le difficoltà, di carattere più strettamente processualistico, derivanti dai tentativi di composizione ed ordine positivo-sistematico tra regole processualistiche diverse in relazione ad elementi funzionali o territoriali. Si

tratta, più semplicemente, delle questioni interenti alla risoluzione di snodi problematici legati a procedimenti che sono disciplinati in maniera diversa: rito del lavoro e rito civilistico (e, ancora, “rito fallimentare”), sono tra loro molto diversi, con riferimento all’organo giudicante e alla sua individuazione, a forme ed atti processuali, a poteri del giudice, a poteri delle parti in causa.

Trattasi, in buona sostanza, dei problemi che si pongono nell’intreccio delle forme di tutela che potrebbero essere esperite per la repressione delle fattispecie abusive.

Nondimeno si deve altresì tener conto dell’interdisciplinarietà dei terreni di ricerca qui proposti: la fattispecie abusiva, nell’ottica applicativa, ovvero nella traduzione da fattispecie concreta meritevole di tutela a procedimento giudiziario, giuslavoristica e processuale, è suscettibile di studio solo se si tengano debitamente in considerazione le regole, sostanziali, di diritto civile, di diritto commerciale, di diritto fallimentare e di diritto del lavoro, nonché le regole, processuali, di diritto processuale (ordinario e del lavoro).

In questo contesto, peraltro, e con ciò si vogliono altresì introdurre alcune considerazioni conclusive, l’esperienza comparatistica che si è tentato di trasmettere nel capitolo precedente, non offre punti di ancoraggio per congetturare soluzioni nell’ottica appunto offerta da un altro ordinamento, in scenari di tutela giudiziale che abbiano ad oggetto iniziative promosse da prestatori di lavoro.

Anche la copiosa giurisprudenza che è proliferata in Spagna, infatti, di cui si è tentato di offrire uno spaccato, mai si è servita dell’istituto giurisprudenziale del levantamiento del velo, in contesti processuali aventi ad oggetto la tutela dei diritti del lavoro.

Non disconoscendo, tuttavia, i profili di interesse ed utilità che l’analisi comparatistica dell’ordinamento spagnolo offre, nell’ambito sostanziale, e concretantesi nell’auspicio che la

giurisprudenza apra un canale di comunicazione con la dottrina, avvedendosi dell'esistenza di elementi anche positivi per la costruzione di provvedimenti decisionali che possano affrontare e risolvere le problematiche poste da fattispecie abusive, si deve però prendere atto che, con riferimento ai temi (applicativi) di fattispecie abusive poste in chiave giuslavoristica, la stessa presenta minori profili di interesse, o – per meglio dire – assenza di precedenti giurisprudenziali.

Ciò non esime tuttavia colui che voglia addentrarsi nella prospettiva lavoristica della materia, ad operare un tentativo di offrire, ancorchè in termini generalissimi, le questioni problematiche che emergerebbero nell'atto di traduzione dalla sostanza alla procedura di fattispecie concrete che invochino tutela, e siano in effetti meritevoli di tutela, tenendo comunque conto di tutte le considerazioni ed esperienze, anche di carattere comparatistico, che si è tentato di approfondire.

V.II. ISTANZE LAVORISTICHE MERITEVOLI DI TUELA

Il discorso sin qui condotto ha mostrato che l'esigenza di individuare ed utilizzo di tecniche di repressione delle fattispecie abusive è normalmente generata, a sua volta, dall'esigenza di dare una risposta ad istanze di giustizia avvertite e promosse dai titolari di situazioni giuridiche lese e meritevoli di tutela.

Tali istanze corrispondono, in generale, a forme di tutela di posizioni creditorie dovute, almeno normalmente, all'incapienza del fondo della società nei confronti della quale il soggetto leso ha maturato il diritto.

Risulta quindi naturale pensare che l'esigenza di tradurre processualmente le tecniche di repressione della fattispecie abusiva sia correlata (e, in una certa misura, condizionata) alla lesione di un diritto che non riesca ad essere tutelato

nelle forme “canoniche” (ovvero prescindendo dall’accertamento giudiziale della condotta abusiva).

Potrebbe certo opinarsi a tale prospettazione quanto affermato al principio di questo lavoro, in relazione ai profili funzionalistici di questa ricerca: l’accertamento della condotta abusiva, può essere utile, se non per dare una risposta ad un’esigenza concreta, per indurre uno sviluppo imprenditoriale che, secondo modelli virtuosi, non tolleri alcuna possibilità di avvantaggiarsi indebitamente dei benefici accordati dal legislatore ad alcuni modelli societari.

Inoltre, si potrebbe sostenere che la condotta abusiva, indipendentemente dal fatto che abbia, in concreto ed eziologicamente, contribuito alla causazione di un danno, sia di per sé sufficiente a legittimare un soggetto alla promozione di un’azione giudiziaria nei confronti di un socio di s.r.l. che abusi della forma societaria.

Trattasi di riflessioni che, tradotte servendosi del vocabolario processualistico, varcano i confini concettuali dell’interesse ad agire che, in questo contesto, dovrebbe divenire l’elemento modulatore (unitamente all’insieme di criteri, sostanziali e processuali, volti all’individuazione del legittimato passivo) per la circoscrizione dei confini di legittimità dell’esercizio di una azione giudiziaria volta a soddisfare un interesse leso, attraverso il superamento della responsabilità limitata del socio.

In relazione quindi alla sussistenza di un interesse ad agire ed alla legittimazione passiva di un soggetto ad essere oggetto di *vocatio in ius*, potranno risolversi delicate questioni sulla possibilità o meno di esercitare una azione giudiziaria.

Su questo punto si tornerà più diffusamente nel prosieguo. In questa fase, pare sufficiente segnalare, nel contesto lavoristico, quali possano essere gli scenari in cui alcuni “fatti” si traducano in una esigenza di tutela per un prestatore di lavoro (ovvero, in un danno) e quindi determinino l’esigenza di invocare l’applicazione delle tecniche

repressive dei fenomeni abusivi, legittimando l'iniziativa giudiziale di un lavoratore volta a smascherarli.

La qualificazione di una fattispecie come meritevole di tutela, si ritiene, è subordinata all'analisi assiologica degli elementi della fattispecie: occorre in buona sostanza capire, preliminarmente, quali siano i valori tutelati sistematicamente nell'ordinamento giuslavoristico, per poter comprendere quali siano le situazione meritevoli di tutela.

Ragionando in termini generalissimi, si deve assumere quale punto di partenza del discorso che si va svolgendo, la circostanza che, come noto, oggetto del contratto di lavoro è lo scambio tra attività lavorativa e retribuzione.

In relazione a ciò e al complesso di relazioni accessorie che da tale punto di partenza di sviluppano, nello studio sistematico del diritto del lavoro, si desumono i valori che vengono ad essere tutelati nell'ambito della prestazione lavorativa: *in primis*, il posto di lavoro, in sé, quale contesto sociale ove non solo è possibile conseguire le risorse finanziarie per consentire a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa ma altresì un luogo ove poter prestare il proprio servizio e concorrere al progresso materiale e spirituale della società (lavoro inteso quale dovere civico: art. 4, c. 2, Cost.) ed accrescere il proprio bagaglio professionale, accrescendo il proprio patrimonio economicamente (se pur indirettamente) e moralmente.

Per un verso, quindi, il lavoro è un diritto tutelato positivamente, e tutelata è la stabilità dello stesso, seppur con discipline diverse a seconda dei contesti produttivi, al fine di poter contemperare le esigenze della produzione e di sviluppo economico con le esigenze di protezione sociale, cercando quindi di adempiere al precetto costituzionale di cui all'art. 41 Cost.

La tutela della stabilità, peraltro, si fa, nel contesto ordinamentale giuslavoristico, indefettibile nelle ipotesi in cui la rottura della relazione lavorativa da parte datoriale

avvenga per motivi di carattere discriminatorio o, almeno in alcune forme, nei confronti di donne gravide, con un bambino sino ad un anno d'età o che abbiano, nelle opportune forme, pubblicato il loro prossimo matrimonio.

Quanto al valore della professionalità il legislatore si è premurato di introdurre prescrizioni legali affinché il lavoratore sia chiamato a svolgere l'attività professionale per la quale è stato assunto (o altra equipollente) e non venga adibito a mansioni inferiori, manifestando in termini positivi, quindi, il valore non solo economico della professionalità. Valore che è stato poi ulteriormente definito nell'applicazione giurisprudenziale, la quale ultima ha determinato il concetto di "demansionamento", proscrivendolo, e ha coniato il concetto di *chances* lavorative che, a determinate condizioni e in determinati contesti, qualora deluse, possono comportare l'insorgenza di un diritto risarcitorio.

Come noto, poi, il legislatore ha introdotto una serie di norme perché l'ambiente di lavoro sia salubre, in attuazione del precetto costituzionale che assume la salute quale fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività (art. 32 Cost). Il corpo di norme in questione contempla quindi fattispecie di incidenti sul lavoro (gli infortuni) e di contrazione di patologie nell'ambito lavorativo, e a causa di questo (malattie professionali).

Ad ogni violazione dei valori appena accennati, che – si badi – non esauriscono gli innumerevoli in gioco nel rapporto di lavoro, corrisponde la lesione di un interesse giuridicamente protetto o dalla normativa legale, o dalla contrattazione collettiva, o dalla contrattazione individuale, o dall'applicazione giurisprudenziale.

In linea generale e per grandi capi si può quindi sostenere che, ad ogni violazione di un interesse giuridicamente tutelato nell'ambito della relazione lavorativa, corrisponda un danno patito del titolare dell'interesse protetto.

Ecco quindi come si possano iniziare ad individuare alcune voci di danno che possano insorgere nell'ambito del rapporto di lavoro²⁷⁶.

Non è questa la sede in cui risulti necessario spendere riflessioni sulle tipologie di danno, sui presupposti della loro insorgenza, sulle problematiche legate alla loro quantificazione, sui loro confini dettati anche dagli interventi giurisprudenziali, etc.

In questa sede pare sufficiente farne un breve elenco, semplicemente funzionalizzato a far emergere quelle istanze di tutela che permettano l'individuazione di fattispecie in cui potrebbe presentarsi, in capo al lavoratore, l'interesse ad agire, con gli strumenti sostanziali offerti dalle tecniche di repressione dell'abuso, nei confronti del socio di società a responsabilità limitata.

Pare in primo luogo evidente che il primo interesse tutelato cui corrisponde un evidente danno in caso di sua violazione è quello al corretto pagamento della retribuzione.

I prestatori di lavoro hanno diritto a percepire la retribuzione per l'attività che hanno svolto (art. 36 Cost. e 2094 cod. civ.). Nella prassi, è evidente, tale tipologia di danno insorge in contesti imprenditoriali che vivono situazioni di difficoltà finanziaria e, spesso, prossimi all'ingresso nelle fasi di liquidazione o in una delle procedure concorsuali.

Orbene in tali occasioni non solo vi è l'emergente danno derivante dalla mancata corresponsione della retribuzione dovuta²⁷⁷ ma può ipotizzarsi anche il danno dovuto alla perdita di prospettiva della stabilità del rapporto di lavoro,

²⁷⁶ Per una completa e pregevole analisi delle tipologie di danno nel rapporto di lavoro si veda SAPONE, *I danni nel rapporto di lavoro*, Milano, 2009.

²⁷⁷ È bene precisare comunque che vi è una disciplina che prevede la tutela delle ultime retribuzioni e del trattamento di fine rapporto di soggetti che non riescono a conseguirla da datori di lavoro insolventi. Ci si riferisce al fondo di garanzia istituito presso l'Inps.

rapporto sul quale magari il prestatore aveva investito – indotto più o meno correttamente da altri soggetti – rinunciando ad altre occasioni di lavoro o rinunciando a coltivare la ricerca di altre, per crescere professionalmente ed economicamente e comunque, in genere, per poter vivere meglio.

Tale perdita di valore, di occasioni, può essere classificata, in generale, con l'espressione *perdita di chances*, ovvero una voce di danno che, in talune letture e prospettive, sia dottrinali che giurisprudenziali, è autonoma²⁷⁸.

Senza pretesa di esaustività si può semplicemente ricordare in questa sede che la *chance* è, secondo la definizione invalsa nella giurisprudenza²⁷⁹, la concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene. La perdita dell'occasione favorevole viene equiparata alla sottrazione o distruzione di un bene presente nel patrimonio. Si parla, perciò, di danno emergente, di danno attuale.

Per la giurisprudenza non è sufficiente provare una situazione di compresenza di possibilità astratte, occorrendo dimostrare la sussistenza nella fattispecie concreta quanto meno di qualche elemento che comprovi una possibilità concreta, superando la situazione iniziale di sussistenza di probabilità statistico-astratte.

Tra i presupposti di tale danno si ascrive la irrimediabilità²⁸⁰.

²⁷⁸ Su tale figura di danno si veda BOCCHIOLA, *Perdita di chance e danno risarcibile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976, 97; D'ALESSANDRO, *La perdita di chances secondo la cassazione civile*, in *Cass. Pen.*, 2004, 295; PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance e danno risarcibile*, in *Foro it.*, 1986, I, 383.

²⁷⁹ *Ex plurimis*, Cass. Sez. III 28 gennaio 2005, n. 1752, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 1.

²⁸⁰ Cass. Sez. Lav. 18 gennaio 2006, n. 852, in *Lav. Giur.*, 2007, 672, con nota di FERRAU.

Attesi tali elementi costitutivi ciò che qui rileva è la possibilità che tale danno possa essere oggetto di rivendicazione.

Tra le voci di danno che possono insorgere nel contesto lavorativo, si deve poi ricordare quella derivante dalla lesione della professionalità del lavoratore, che, almeno solitamente, si verifica in fattispecie di demansionamento²⁸¹.

La condotta di demansionamento è una condotta plurioffensiva: tale condotta può ledere difatti sia diritti patrimoniali che non patrimoniali e questi ultimi possono consistere sia nella lesione del diritto del lavoratore all'integrità psico-fisica, sia nella lesione al diritto alla professionalità, all'immagine, alla vita di relazione. Questa circostanza ha indotto una parte della giurisprudenza a configurare, sul piano delle conseguenze dannose, una categoria onnicomprensiva, il c.d. danno alla professionalità.

Il danno professionale può consistere nell'impoverimento della capacità professionale acquisita e/o nella mancata acquisizione di una maggiore capacità, ovvero, ancora una volta, nella perdita di *chances*, ossia nella perdita di ulteriori possibilità di guadagno derivanti dai possibili sviluppi della carriera.

Vi è anche la componente non patrimoniale del danno e, in seno a tale questione, si pone, ancora oggi, molto acceso e dibattuto, il tema del rapporto tra danno esistenziale e danno morale.

Del danno esistenziale le Sezioni Unite della Cassazione hanno provveduto a dare una definizione: trattasi di ogni

²⁸¹ In tema di danno da demansionamento si veda ALBI, *Danno da demansionamento, responsabilità contrattuale e onere della prova*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2005, 1, 132; BONACCORSI, *I percorsi del danno non patrimoniale da demansionamento tra dottrina e giurisprudenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 4, 839; QUARANTA, *La dimensione equitativa della valutazione del danno da demansionamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, 1, 58.

pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare aredituale del soggetto, “*alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno*”²⁸².

La linea divisoria tra danno esistenziale e danno morale viene individuata nella natura non meramente emotiva ed interiore del pregiudizio – propria del danno morale – ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso.

È doveroso poi ricordare l'importante capitolo dei danni derivanti alla salute o da infortuni o da malattie professionali. Tali danni, che – almeno parzialmente – sono indennizzati dai sistemi previdenziali di Stato, possono dar luogo ad una responsabilità datoriale definita con l'espressione “danno differenziale”²⁸³ o, in alcune fattispecie, danni alla salute derivanti da condotte di mobbing²⁸⁴.

Orbene, tutte le citate voci di danno possono essere potenzialmente fatti valere, qualora ne ricorrano i presupposti, personalmente nei confronti del socio di s.r.l.

È evidente però che presupposto della loro azionabilità altro non è che il loro accertamento. L'attività di accertamento, è evidente, è attività che spetta processualmente all'organo deputato nel nostro sistema, ovvero il giudice del lavoro.

A ben vedere, peraltro – come più diffusamente si dirà nel prossimo paragrafo –, l'accertamento del danno altro non

²⁸² Cass. Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro It.*, 2006, I, 1353.

²⁸³ In tema di danno differenziale si veda, BARRACO, *Tutela Inail e danno biologico differenziale dopo il d.lgs. n. 38/2000*, in *Lav. Giur.* 2006, 581; D'AVOSSA, *Danno differenziale ed esonero da responsabilità civile del datore di lavoro per infortunio o malattia professionale: le questioni irrisolte*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, 79.

²⁸⁴ Sul punto si veda, per tutti, TOSI, *Mobbing e responsabilità datoriale*, in *Il danno alla persona del lavoratore*, Milano, 2007, 243.

determina che l'insorgenza di un diritto risarcitorio. Il lavoratore, quindi, in questo contesto, si pone come creditore di una somma quantificata dal giudice del lavoro che vada, anche se parzialmente, a risarcire il danno subito. Ma, in ogni caso, sempre di semplice credito si tratta.

Di queste ultime considerazioni ci si servirà per risolvere le questioni processualistiche che verranno poste nel prosieguo, nella valutazione della possibilità di esperire una azione direttamente nei confronti di un socio che ha posto in essere condotte abusive.

V.III. ASPETTI PROCESSUALISTICI. CENNI.

Come già accennato, i principali problemi che si pongono nell'analisi dell'incidenza processualistica dell'utilizzo delle tecniche repressive dell'abuso da parte di prestatori di lavoro passano attraverso l'analisi di questioni legate all'oggetto dell'azione, all'interesse ad agire, all'individuazione dei legittimati passivi, all'individuazione dell'autorità funzionalmente e territorialmente competente a decidere, al rapporto tra azioni esercitate nei confronti del socio personalmente e della società, separatamente e/o simultaneamente.

È dunque preliminare cercare di individuare con esattezza l'oggetto di tali ipotetici giudizi.

È bene precisare sin d'ora che, concettualmente, accertamento della condotta abusiva (ed eventuale danno da essa causato al lavoratore) e danno, diciamo così, "lavoristico" (ovvero una delle voci di danno *supra* accennate) subito dal lavoratore sono cose ben distinte e di ciò deve tenersi conto nell'analisi dei profili processualistici. Per chiarire ciò che si sta dicendo può essere utile ragionare per fattispecie astratte.

Qualora un lavoratore ritenesse di aver subito un danno ascrivibile a quelli sopra accennati (ad es. mancato

pagamento della retribuzione o danno da demansionamento), dovrà necessariamente promuovere un contenzioso volto al suo accertamento (fatta eccezione, naturalmente, per l'ipotesi in cui la sussistenza del diritto non sia messa in discussione come, ad esempio, il caso di riconoscimento del diritto). In tale contenzioso, sulla base delle chiavi di lettura normativa offerte dalla scienza giuslavoristica, potrà dunque accertarsi se è insorto un diritto risarcitorio del lavoratore. Tale giudizio, naturalmente, dovrà essere trattato come contenzioso lavoristico, e dovranno trovare dunque applicazione le specifiche disposizioni in tema di rito del lavoro di cui agli artt. 409 e segg. c.p.c.

Di tale danno, in linea di massima e salvo quanto specificato nel prosieguo, è responsabile il datore di lavoro, inteso quale società, restando peraltro impregiudicata la possibilità che la società stessa eserciti una azione di regresso nei confronti direttamente del responsabile (il quale ultimo potrebbe anche essere il socio stesso).

Questione concettualmente diversa è invece, sostanzialmente e processualmente, l'accertamento della condotta abusiva del socio che, agli effetti del lavoratore, potrà essere – ma non necessariamente sarà – origine di un pregiudizio (di carattere economico).

O, infatti, può ritenersi ascrivibile direttamente al socio una responsabilità per il danno subito dal lavoratore; o, se non ricorre tale ipotesi, l'azione volta all'accertamento del danno “lavoristico” e l'azione volta al danno subito per la condotta abusiva dovranno necessariamente percorrere percorsi sostanziali e processuali diversi (salvo quanto di seguito affermato in relazione alle possibilità di processo cumulato).

Nel primo caso (ovvero, nel caso di responsabilità diretta del socio per il danno “lavoristico” subito dal lavoratore), in linea di massima, ciò che può verificarsi in concreto è che il socio abbia tenuto una condotta alla quale, eziologicamente, si può ricollegare l'insorgenza del pregiudizio subito dal

lavoratore (ad es. è il socio stesso che ha posto in essere il demansionamento, oppure è a lui ascrivibile la responsabilità della malattia professionale insorta al prestare di lavoro).

Ebbene in questo caso, ferma comunque restando la possibilità della *vocatio in ius* del socio (ma si badi, non già in relazione alle proprie condotte abusive ma in relazione alle responsabilità dirette per l'insorgenza del danno), l'interesse (processualmente inteso) all'accertamento della natura abusiva della condotta del socio (che, *de facto*, corrisponde all'interesse ad aggredire il suo patrimonio personale: su tali aspetti v. più diffusamente *infra*) non si ritiene possa sussistere.

Se, infatti, indipendentemente dall'accertamento della condotta abusiva, il lavoratore ha l'occasione di coltivare – con gli strumenti classici del diritto – l'azione direttamente nei confronti del socio, non si ritiene possano essere integrati i presupposti di interesse ad agire (e anche in relazione a ciò v. *infra*) che legittimerebbero l'azione del lavoratore volta all'accertamento della condotta abusiva.

In queste ipotesi, nessun problema particolare sorge con riferimento all'interesse ad agire del lavoratore (senza dubbio presente), all'individuazione dei legittimati passivi (società e socio personalmente), all'individuazione dell'autorità giudiziaria funzionalmente e territorialmente competente (il giudice del lavoro), alla cumulabilità delle azioni di fronte a tale autorità (stante la *vis attractiva* del rito del lavoro positivizzata all'art. 40, c. 3, c.p.c.).

A ben vedere, però, in queste fattispecie la risoluzione delle spinose questioni processualistiche non si pone perché non si ritiene sia necessario né possibile, come sopra ricordato, promuovere il giudizio volto all'accertamento della condotta abusiva, stante appunto la carenza di interesse ad agire.

Si cercherà di spiegare e argomentare tale ultima affermazione.

L'interesse ad agire si sostanzia nel bisogno di tutela giurisdizionale che emerge dall'affermazione dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi del diritto.

Come noto, l'art. 100 del nostro codice di procedura civile non definisce l'interesse ad agire, ma si limita ad affermare che “*per proporre una domanda o per contraddire alla stessa, è necessario avervi interesse*”²⁸⁵. Si tratta di un interesse non nel senso economico, e tanto meno nel senso di quella generica convenienza che è implicita in ogni atto umano consapevole, per il solo fatto che lo si compie, bensì interesse nel significato specifico che questo termine assume quando lo si riferisce alla tutela giurisdizionale. “Interesse”, quindi, non già per quel bene che è riconosciuto e attribuito dal diritto sostanziale, del quale sta alla base, ma interesse per quell'ulteriore diverso bene (ossia la tutela giurisdizionale) che può conseguirsi attraverso l'attività giurisdizionale. Trattasi di quell'esigenza di tutela, insomma, che consegue alla violazione del diritto sostanziale o alla sua contestazione o vanto o alla circostanza che si tratti di un diritto ad una modificazione giuridica realizzabile soltanto ad opera del giudice²⁸⁶.

Orbene, in base ai citati caratteri dell'interesse si può sostenere che non possono essere esperite azioni volte all'accertamento della condotta abusiva del socio da parte di lavoratori che non abbiano, attualmente e concretamente, subito la lesione di un diritto: la mera sussistenza di una condotta abusiva, infatti, non pare poter – di per sé – legittimare un'azione giudiziaria volta a smascherarla, stante l'assenza dell'attualità dell'interesse che si manifesterebbe, eventualmente, solo in termini ipotetici e futuri.

²⁸⁵ Sull'argomento v. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955; MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento 2005.

²⁸⁶ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2007, 53 ss.

Del resto, e *a fortiori*, l'interesse ad agire per l'accertamento della condotta abusiva non può esservi laddove vi è già – come nelle ipotesi cui si è fatto cenno – la possibilità di esercitare l'azione direttamente nei confronti del socio.

L'interesse ad agire, peraltro, dovendo avere necessariamente carattere attuale, poichè solo in tal caso trascende il piano di una mera prospettazione soggettiva assurgendo a giuridica ed oggettiva consistenza, resta escluso quando il giudizio sia strumentale alla soluzione soltanto in via di massima o accademica di una questione di diritto in vista di situazioni future o meramente ipotetiche.

In assenza, quindi, di uno dei danni emergenti per il prestatore di lavoro (si badi, direttamente discendenti dalla condotta abusiva), difficilmente potrebbe ritenersi integrato il presupposto dell'interesse ad agire: se è pur vero, infatti, che sul piano pratico potrebbe emergere un interesse a smascherare la situazione abusiva per poter concorrere alla stabilità del rapporto derivante dalla robustezza della parte datoriale, tale semplice interesse si configura probabilmente quale mero interesse di fatto e non si ritiene possa essere sufficiente a legittimare l'azione giudiziaria, sebbene – come già accennato – non si disconosca che l'emersione delle fattispecie abusive, indipendentemente dal fatto che le stesse abbiano causato un danno, possa corrispondere ad un apprezzabile interesse sociale e di politica del diritto.

Le citate considerazioni mostrano in buona sostanza che l'interesse ad agire nei confronti del socio per accertare la sua condotta abusiva, sorgerà solo nelle fattispecie in cui tale azione si renda necessaria al soddisfacimento di un diritto risarcitorio (accertato giudizialmente) del lavoratore, e quindi sia necessaria una pronuncia giudiziale per soddisfare un diritto che altrimenti non riuscirebbe ad essere soddisfatto. In tale ottica, quindi, l'azione nei confronti del socio, cioè, assumerebbe carattere di residualità.

Si potrebbe però verificare anche un secondo gruppo di ipotesi, cui sopra si accennava, ovvero le ipotesi in cui pur non concorrendo alla causazione del danno “lavoristico”, il lavoratore subisce un danno direttamente derivante dalla condotta abusiva del socio.

Ad una prima analisi verrebbe spontaneo congetturare che ciò si verifichi sostanzialmente in due gruppi di ipotesi.

Si può pensare, in primo luogo, all’ipotesi in cui sia direttamente la condotta abusiva la causa del danno: il lavoratore ha maturato diritto al pagamento della retribuzione e non riesce ad ottenerla dalla società perché quest’ultima è “caduta in disgrazia” per la condotta abusiva del socio.

In secondo luogo, si può pensare alle ipotesi in cui la condotta abusiva sia “indirettamente” causativa di un danno (non lavoristico) al lavoratore. È l’ipotesi in cui il lavoratore, una volta accertato un proprio diritto risarcitorio “lavoristico” (ad esempio, risarcimento del danno da demansionamento o di un danno differenziale *non* causato dal socio), non riesce a conseguirlo perché la società non è solvibile e la non solvibilità dipende, appunto, dalla condotta abusiva del socio. A ben vedere, però, tali gruppi di ipotesi sono solo apparentemente diversi. In entrambi i casi, infatti, permane abbastanza limpida la distinzione concettuale tra azione lavoristica in senso stretto (accertamento del danno da demansionamento, del danno differenziale, ecc.) e azione per l’accertamento di una responsabilità personale del socio che, a causa delle sue condotte abusive, ha determinato l’impossibilità di soddisfazione del credito del lavoratore.

Ciò che si è detto sin ora mostra, quindi, che si sta trattando concettualmente comunque di due azioni distinte tra loro sostanzialmente e processualmente, sebbene connesse (e, in questa fase, tale espressione la si usa in senso atecnico), principalmente solo per il fatto che l’attore del procedimento giudiziale è lo stesso.

In tale contesto e sulla base di tali linee generali, possono quindi porsi nuovamente tutte le problematiche processuali sopra accennate.

In linea generale si deve considerare che legittimato passivo per l'accertamento del danno lavoristico dovrà essere comunque il datore di lavoro (la società) sebbene la questione potrebbe cambiare in ragione della tecnica repressiva che si intenda adottare.

Solo qualora si disconosca la sussistenza della società e si intraveda nel socio la figura dell'imprenditore individuale si potrebbe pensare ad un'unica azione nei confronti del socio, nella fattispecie riqualificato imprenditore individuale e, pertanto, effettivo datore di lavoro. Tuttavia le tecniche di tutela sopra esposte, eccezion fatta per l'applicazione cogente del modello organizzativo coerente, non disconoscono la sussistenza della società, che rimarrebbe comunque formalmente e sostanzialmente il titolare del rapporto di lavoro.

Per accertare la sussistenza del danno subito dal datore di lavoro, dovrà applicarsi in tutto e per tutto il rito lavoristico (artt. 409 e segg. c.p.c.).

Con riferimento all'azione che si volesse esercitare contro il socio personalmente, non si ritiene debba avere, in linea di massima, carattere di residualità rispetto all'azione esperibile contro il datore di lavoro formale (la società) e non si ritiene sia possibile esperirla solo nell'ipotesi in cui il lavoratore non riesca a soddisfare il proprio credito direttamente nei confronti della società.

Ciò perché socio e società possono considerarsi debitori solidali, sebbene la condotta abusiva del socio non sia, di per sé stessa, causativa del danno.

Tale orientamento sarebbe compatibile con la prospettiva sistematica offerta dalle tecniche repressive esposte: in ipotesi di condotta abusiva, il giudice dovrebbe disapplicare semplicemente una norma, ovvero quella che prevede che per

i debiti della società risponda solo la stessa con il proprio patrimonio. In buona sostanza, in tale ipotesi, il socio dovrebbe rispondere solidalmente con la società per i debiti da questa contratti, anche qualora gli stessi sorgano da un rapporto di lavoro.

Tale impostazione semplifica di molto, in effetti, tutti gli altri interrogativi processualistici che si pongono.

In primo luogo, in particolare, risulta evidente che l'azione contro il socio possa essere esercitata contestualmente all'azione volta all'accertamento del danno lavoristico.

Questo significa che, in relazione alla natura dell'azione proposta, competente a decidere della controversia dovrà ritenersi il giudice del lavoro.

In proposito, punto di partenza per la risoluzione di tale quesito, si ritiene, deve considerarsi l'art. 409 c.p.c., a norma del quale si osservano le disposizioni del capo relativo alle controversie individuali di lavoro, nelle ipotesi di "*rapporti di lavoro subordinato, anche se non inerenti all'esercizio di una impresa*".

Il concetto di "controversia di lavoro" invalso nella giurisprudenza è molto ampio.

Per la giurisprudenza deve qualificarsi come controversia individuale di lavoro non soltanto quella in cui si discuta dell'esistenza e degli effetti di un rapporto di lavoro subordinato, ma anche quella in cui gli interessi dei quali si chiede la tutela giudiziale siano sorti in dipendenza diretta del rapporto stesso²⁸⁷.

Interessante poi ricordare che secondo taluno sono ricomprese nel disposto dell'art. 409 c.p.c. anche le cause che presentino una relazione di semplice occasionalità con il rapporto di lavoro²⁸⁸ e che la controversia promossa dal

²⁸⁷ Cass. Lav., 23 gennaio 1976, n. 210, in *Giust. Civ.*, 1976, I, 349. Si veda anche DE ANGELIS, *Il processo del lavoro nella giurisprudenza e nella dottrina*, Padova, 1986, 13 ss.

²⁸⁸ Trib. Catania, 10 novembre 1981, in *Giust. Civ.*, 82, I, 777.

dipendente contro il fideiussore è assoggettata all'art. 409, in quanto il fideiussore ha la facoltà di sollevare tutte le eccezioni inerenti il rapporto di lavoro spettanti all'obbligato principale²⁸⁹.

In buona sostanza, quindi, non si può escludere che competente a decidere nel giudizio promosso contro il socio per l'accertamento della sua condotta abusiva sia il giudice del lavoro, o almeno sussista un concorso di competenza di questi con il giudice ordinario.

In tal senso, secondo parte di giurisprudenza, la competenza del giudice del lavoro concorre con quella del giudice ordinario allorchè il lavoratore faccia valere un risarcimento del danno aquiliano sorto in occasione del rapporto di lavoro²⁹⁰.

Con riferimento al problema della competenza territoriale, naturalmente, l'individuazione del giudice funzionalmente competente determinerà la sua individuazione territoriale.

Qualora fosse il giudice del lavoro, dovrebbe dunque essere il giudice nella cui circoscrizione è sorto il rapporto di lavoro, ovvero si trova l'azioneda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto (purchè la domanda, in caso di trasferimento dell'azioneda o della cessazione di essa o della sua dipendenza, sia proposta entro sei mesi dal trasferimento o dalla cessazione).

²⁸⁹ Cass. Sez. lav. 93/41047, in CARPI – TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 2008, 2177.

²⁹⁰ Trib. L'Aquila, 4 dicembre 1992, in Giust. Civ., 93, I, 787.

BIBLIOGRAFIA

- ALBI, *Danno da demansionamento, responsabilità contrattuale e onere della prova*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2005, 1, 132
- ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.
- BARRACO, *Tutela Inail e danno biologico differenziale dopo il d.lgs. n. 38/2000*, in *Lav. Giur.* 2006, 581
- BOCCHIOLA, *Perdita di chance e danno risarcibile*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1976, 97
- BONACCORSI, *i percorsi del danno non patrimoniale da demansionalmente tra dottrina e giurisprudenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 4, 839
- CARPI – TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 2008, 2177.
- D'ALESSANDRO, *La perdita di chances secondo la cassazione civile*, in *Cass. Pen.*, 2004, 295
- D'AVOSSA, *Danno differenziale ed esonero da responsabilità civile del datore di lavoro per infortunio o malattia professionale: le questioni irrisolte*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, 79
- DE ANGELIS, *Il processo del lavoro nella giurisprudenza e nella dottrina*, Padova, 1986, 13 ss
- FOGLIA, *Il processo del lavoro privato e pubblico di primo grado*, Milano, 2002, 229
- LEANZA, *Il processo del lavoro. Il giudizio di primo grado, le impugnazioni, l'esecuzione, i procedimenti speciali*, Milano, 2005, 110

- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2007, 53 ss
- MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento 2005
- QUARANTA, *La dimensione equitativa della valutazione del danno da demansionamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, 1, 58
- PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance e danno risarcibile*, in *Foro it.*, 1986, I, 383.
- SAPONE, *I danni nel rapporto di lavoro*, Milano, 2009.
- TOSI, *Mobbing e responsabilità datoriale*, in *Il danno alla persona del lavoratore*, Milano, 2007, 243