

Controlli - Bilancio  
Modificazioni dello statuto  
S.r.l. - Gruppi di società

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

*Liber amicorum Gian Franco Campobasso*

*Estratto*

3

Diretto da  
P. Abbadessa e G.B. Portale

**UTET**  
GIURIDICA



LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI NELLA S.R.L.

di

VINCENZO MELI



## LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI NELLA S.R.L.

SOMMARIO: 1. *L'ambito di applicazione dell'art. 2476, comma 7º, c.c.* – 2. *Indifferenza rispetto alle opzioni organizzative.* – 3. *Applicabilità della norma alle ingerenze extraistituzionali. L'amministratore di fatto.* – 4. *Segue. Il compimento occasionale di atti di gestione.* – 5. *Segue. L'influenza sull'amministrazione.* – 6. *L'applicabilità della norma alla s.p.a.* – 7. *Responsabilità dei soci e responsabilità da esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.* – 8. *Il requisito della «intenzionalità».* – 9. *Funzione oggettiva e soggettiva della «intenzionalità».* – 10. *La natura giuridica della responsabilità del socio.* – 11. *Conclusioni.*

### 1. *L'ambito di applicazione dell'art. 2476, comma 7º, c.c.*

L'art. 2476 c.c., dopo aver illustrato la disciplina della responsabilità degli amministratori di s.r.l., dispone al settimo comma che «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».

La norma, che presenta una delle novità più interessanti della riforma della s.r.l., ha subito dato luogo a problemi interpretativi, che investono sia la determinazione del suo ambito di applicazione, sia i presupposti per il prodursi della responsabilità in essa configurata. La c.d. *Relazione Vietti* al d.lg. n. 6/2003 accenna solamente al primo profilo, rinviando integralmente all'interprete per ciò che riguarda la precisazione del secondo. In essa si legge: «Importante è infine la disposizione del penultimo comma dell'art. 2476, ove si afferma la responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che intenzionalmente hanno contribuito al compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. 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. Sarà naturalmente compito soprattutto dell'interprete individuare, con riferimento alle specifiche circostanze del caso concreto, le caratteristiche che dovrà assumere il comportamento del socio per comportare l'assunzione della responsabilità prevista dalla disposizione».

La responsabilità del socio di s.r.l. viene così collocata in due possibili contesti.

Da un lato, la *Relazione* richiama le «caratteristiche del tipo societario in questione»; essa sembra così collegare l'istituto direttamente alle innovazioni che hanno investito la s.r.l. sotto l'aspetto della ripartizione delle competenze gestorie tra soci e amministratori. È subito il caso di rilevare che la disposizione, sotto questo profilo, può interessare solo le ipotesi in cui i soci non siano tutti amministratori. In tal caso, infatti, troverebbe diretta applicazione ad essi l'ordinario regime di responsabilità degli amministratori<sup>1</sup>.

D'altro lato, la *Relazione* sembra configurare la responsabilità dei soci anche come rimedio per una situazione di fatto, statisticamente frequente nelle s.r.l. (la «concreta realtà»), per cui, al di là della ripartizione formale delle competenze, l'effettivo potere di amministrare risiede in uno o più soci, i quali così lo esercitano al riparo da ogni responsabilità.

Richiamando un ormai classico lavoro sulla s.r.l.<sup>2</sup>, si può dunque dire che, nella lettura datane dalla *Relazione*, la disposizione parteciperebbe della doppia natura di regola che contribuisce a connotare il tipo normativo della s.r.l. e di rimedio a quelle manifestazioni che ne hanno costantemente caratterizzato il tipo empirico.

La dottrina che si è per prima occupata della disposizione in discorso si è in effetti avviata sui due percorsi sopra indicati, ma se è stata considerata scontata la dipendenza della responsabilità in questione dalle modificazioni che hanno interessato l'organizzazione corporativa della nuova s.r.l., più discussa risulta la sua applicazione ad ipotesi innominate di ingerenza di fatto dei soci nell'amministrazione<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Opinione, questa, pacifica in dottrina. Per tutti, v. AMBROSINI, in *Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1603.

<sup>2</sup> ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato* Galgano, VII, Padova, 1985, 26 ss.

<sup>3</sup> Per la doppia valenza della norma, v. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 286, 303 s.; PERRINO, *La rilevanza del socio nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 817; PROTO, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Fallimento*, 2003, 1142; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 333 e ID., *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *AGE*, 2003, 302 ss.; SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 5, 9; ABRIANI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Diritto delle società. Manuale breve*<sup>2</sup>, Milano, 2005, 318; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle*

Sotto il primo aspetto, è opinione costante tra gli autori che hanno affrontato la costruzione sistematica della nuova s.r.l. che l'ampio spazio lasciato dal legislatore all'autonomia privata in tema di organizzazione delle funzioni amministrative segni un'attenuazione della specializzazione delle competenze, pur nel permanere di un assetto di tipo corporativo<sup>4</sup>; è, infatti, possibile non solo sottrarre agli amministratori la competenza esclusiva a gestire la società, che invece permane per gli amministratori delle s.p.a., ma addirittura trasferire interamente le competenze gestorie ai soci in quanto tali, trasformando gli amministratori in meri esecutori<sup>5</sup>. Come è stato riassuntivamente sostenuto, la nuova disciplina segnerebbe così il cambiamento di ruolo della collettività dei soci nella s.r.l., suscettibile di divenire «un vero e proprio organo sovrano come avviene in Germania e in Spagna, con potere di istruzione nei confronti degli amministratori»<sup>6</sup>.

*società*<sup>2</sup>, Bologna, 2004, 286 s.; CAPO, *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 516; S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1066; PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative* a cura di Farina-Ibba-Racugno-Serra, Milano, 2004, 272. Per un'applicazione della norma limitata al contesto della istituzionale condivisione delle competenze gestorie, v. AMBROSINI (nt. 1); PARRELLA, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli-Santoro, III, Torino, 2003, 133; RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 697. Più dubbiosa la posizione di CAGNASSO, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, II, Bologna, 2004, 1891, il quale si limita a rilevare che «la gravità delle conseguenze potrebbe indurre ad una particolare cautela nell'estensione della regola» «anche nel caso in cui i soci abbiano “di fatto”, al di fuori delle ipotesi previste dal legislatore (...), deciso o autorizzato atti di gestione».

<sup>4</sup> Così SPADA, *L'amministrazione nella società a responsabilità limitata dopo la riforma organica del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società* a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, 13 e *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, Relazione al Convegno «Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario», Padova-Abano Terme, 5/7-6-2003, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 496. s.; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 92 s. Per una ricognizione delle possibili forme di coinvolgimento dei soci (non amministratori) nell'amministratore, v. VIGO, *La partecipazione dei soci all'amministrazione della s.r.l.*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina* a cura di Genovese, Torino, 2004, 47 ss.

<sup>5</sup> SCOGNAMIGLIO, *La nuova s.r.l. e i gruppi di società*, in *Le grandi opzioni del diritto e del processo societario* a cura di G. Cian, Padova, 2004, 337. Nello stesso senso, v. anche LIBONATI, *Diritto commerciale*, Milano, 2005, 473; PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, II, *Le società*, Bologna, 2005, 230; NUZZO, in *Società di capitali. Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1623.

<sup>6</sup> ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 76, il quale, tuttavia, non manca di accompagnare a tale affermazione un'espressione di cautela, in dipendenza della novità delle soluzioni studiate.

La responsabilità dei soci che hanno «deciso o autorizzato» atti dannosi sarebbe appunto diretta a controbilanciare l'acquisita flessibilità organizzativa<sup>7</sup>.

## 2. Indifferenza rispetto alle opzioni organizzative.

La summenzionata ricostruzione dell'istituto esigerebbe, coerentemente, che la responsabilità *ex art.* 2476, comma 7° , c.c. operasse solamente nel caso in cui al corpo sociale vengano attribuite, dall'atto costitutivo, per iniziativa degli amministratori o richiesta di almeno un terzo dei soci, competenze gestorie *ulteriori* rispetto a quelle riservategli in via esclusiva dall'art. 2479, comma 2° , c.c. Può però, in via interpretativa, sostenersi tale tesi restrittiva? Al di là della circostanza che essa è priva di qualunque appiglio letterale, si possono esprimere dubbi sull'idoneità dell'istituto in esame a svolgere una funzione servente rispetto ad una determinata configurazione organizzativa. Anzi, proprio l'insufficienza del regime di responsabilità dei soci vale a ridimensionare gli stessi presupposti della costruzione, riducendo, in termini reali, se non formali, la distanza del modello organizzativo della s.r.l. da quello della s.p.a.

Il problema è che se oggi — rispetto al passato, in cui la disciplina della s.p.a. forniva, dove esplicitamente, dove implicitamente (sia pure in termini spesso controversi), un modello di raffronto — l'interprete è lasciato ben più libero di ricostruire i caratteri tipologici della s.r.l.<sup>8</sup>, è però anche vero che i principi organizzativi comuni agli enti associativi di tipo capitalistico non possono essere elusi nella costruzione della «nuova» s.r.l. Se il legislatore non ne ha tenuto sufficientemente conto nel dettare la disciplina, né vi ha espressamente derogato, essi finiscono col costringere qualunque nuovo disegno entro le misure della vecchia cornice. Il risultato è che, pur in assenza di un richiamo diretto alla disciplina delle s.p.a., non si sfuggirà alle conseguenze della comune afferenza sistematica, appunto, al medesimo modello di organizzazione corporativa<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> In tal senso, v. ancora ZANARONE (nt. 6), 76; SPADA, *L'amministrazione* (nt. 4), 14.

<sup>8</sup> Sugli interrogativi relativi all'utilizzazione del diritto delle s.p.a. come fonte di integrazione della nuova disciplina della s.r.l., v. RIVOLTA (nt. 3), 683 ss. Per comprendere la dimensione dei dubbi che ciò induce nell'interprete, circa la stessa configurabilità di un «tipo» s.r.l., v. SPADA, *Classi* (nt. 4), 489. Opportunamente M. STELLA RICHTER jr., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 14 s., mette in guardia dalla tentazione di continuare a valutare la s.r.l. alla luce del riferimento alla s.p.a., così da individuare la presenza di «lacune» dello statuto legale della s.r.l.

<sup>9</sup> Sulle caratteristiche di tale modello, per profondità di analisi e di prospettiva storica non può che rinviarsi a SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 95, 104 ss.

È agevole così rilevare che, sotto l'aspetto della ripartizione di competenze in materia di gestione, anche dopo la riforma la differenziazione tra s.r.l. e s.p.a. (*rectius*: il discostamento della s.r.l. dal «tipo» di ente corporativo capitalistico) si rivela in qualche modo incompiuta<sup>10</sup>.

È un rapido sguardo al rapporto tra art. 2476 (nel suo complesso) e art. 2479 (ma anche 2468, comma 3°, a seconda dell'interpretazione che se ne voglia dare)<sup>11</sup> a depotenziare notevolmente la portata delle innovazioni legislative in tema di titolarità della gestione che sarebbero prospettate nella seconda norma<sup>12</sup>.

Il principio con cui il legislatore non sembra aver fatto i conti è che non vi può essere spostamento di competenze gestorie senza spostamento della correlativa responsabilità e può rilevarsi che, così come la nuova disciplina è stata costruita, il sistema della responsabilità di chi gestisce resta del tutto indifferente alle diverse configurazioni che potrebbe assumere la distribuzione delle competenze tra amministratori e soci. Quali che siano le opzioni sul punto, infatti, gli amministratori resteranno responsabili per i danni che derivino dall'esercizio della funzione amministrativa. Manca, infatti, una norma che *sposti* la responsabilità sui soci, allorché ad essi sia attribuita la competenza a decidere sul compimento di atti gestione.

I termini della questione non sono certo mutati per effetto dell'art. 2476, comma 7°, c.c. Questo *aggiunge* alla responsabilità degli amministratori per atti dannosi verso la società, i soci o i terzi (non è questa la sede per discutere della configurabilità, nel silenzio delle norme, di una responsabilità verso i creditori sociali) la responsabilità di quei soci che ne «hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento», ma non sostituisce questa alla prima, né, com'è configurata, lo potrebbe<sup>13</sup>. A parte la differenza del requi-

<sup>10</sup> GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004, 73, vede permanere come elemento di comunanza la procedimentalizzazione del contributo che il titolare della singola quota sociale fornisce alla formazione della volontà collettiva, anche se ritiene che, per un verso, tale fenomeno presenti contorni sfocati ed ambigui, a causa della derogabilità del metodo assembleare e della mutevolezza del criterio di ripartizione delle competenze organiche e, per un altro, che esso sia soggetto ad una disciplina — seppure limitata al campo delle decisioni di natura gestoria — chiaramente improntata a principi di «trasparenza» e di «responsabilizzazione personale».

<sup>11</sup> Collega, in particolare, la responsabilità dei soci alla previsione di cui a questa norma PICCIAU (nt. 3), 246.

<sup>12</sup> A tale proposito, la Relazione afferma: «Considerando la struttura fondamentale personalistica del tipo societario, la regola di principio è che spetta al contratto sociale determinare quali materie siano di (...) competenza (dei soci) e che, d'altra parte, qualsiasi materia può essere sottoposta alla loro valutazione quando richiesto dagli amministratori o da un numero qualificato dei soci (...). In sostanza spetta al contratto sociale distribuire le competenze tra soci ed amministratori».

<sup>13</sup> Come sembra, invece, ritenere NUZZO (nt. 5), 1623 s.

sito soggettivo richiesto, che rende la responsabilità dei soci di più difficile azionamento di quella degli amministratori (anche se sul punto, assai controverso, si dovrà tornare), le due responsabilità sono infungibili perché differenti nei presupposti. La seconda, infatti, è collegata al compimento degli atti dannosi, mentre la prima riguarda l'impulso che può precedere tale compimento<sup>14</sup>. E, come si avrà modo di vedere più avanti, l'eventuale assunzione *diretta* dell'amministrazione da parte dei soci esula del tutto dal quadro delle relazioni tra responsabilità delineato nell'art. 2476 c.c.<sup>15</sup>.

È persino superfluo notare che non può neppure rilevare l'art. 2476, comma 1°, c.c., secondo cui non è responsabile l'amministratore che sia esente da colpa, dato che la norma non consente di escludere ogni responsabilità degli amministratori per gli atti di gestione, scaricandola eventualmente su soggetti «istigatori» (nella specie, i soci), ma consente di distinguere tra di essi coloro ai quali il compimento di tali atti sia effettivamente imputabile.

Ne deriva che nel sistema descritto con la disciplina della nuova s.r.l. la responsabilità dei soci resta accessoria a quella degli amministratori e da tale relazione non si può prescindere. La seconda sussiste indipendentemente dalla prima, ma la prima non è configurabile senza la seconda<sup>16</sup>.

Gli amministratori non possono pertanto sottrarsi alla responsabilità per gli atti dannosi compiuti, quale che sia la distribuzione di competenze adottata, sostenendo di avere agito su impulso o autorizzazione dei soci<sup>17</sup>; non possono sottrarsi a quella nei confronti dei singoli soci o terzi, e questo è più che ovvio, ma neppure a quella verso la società, atteso che adesso questa può essere fatta valere anche dal singolo socio (art. 2476, comma 3°, c.c.), il quale vanta un diritto incompressibile in tal senso<sup>18</sup>, il cui esercizio non può certo essere impedito per il fatto che l'atto dannoso sia stato deciso o autorizzato

<sup>14</sup> Questa distinzione appare ben chiara nell'art. 2479, che al n. 5 parla di «decisione di compiere operazioni», con ciò ribadendo che i soci decidono gli atti di gestione, ma essi sono intitolati comunque agli amministratori.

<sup>15</sup> Si badi, la distinzione non è di tipo naturalistico, né attiene al diverso potere di rappresentare la società, allorché l'atto di gestione comporti l'attivazione di tale potere, ma è esclusivamente giuridica, e riguarda l'imputazione della scelta. Solo cogliendo tale differenza è possibile fondare una distinzione tra decisione degli atti di gestione e loro esecuzione (o compimento) che rilevi anche quando tutto si risolva in scelte interne (ad esempio, attinenti all'organizzazione del lavoro nell'impresa sociale o alla scelta di effettuare un investimento piuttosto che un altro).

<sup>16</sup> Può dunque escludersi — almeno sulla base dell'art. 2476 — una responsabilità dei soci dipendente da decisioni *self-executing*, pur se produttive di danni, ammesso che simili decisioni siano configurabili.

<sup>17</sup> In senso conforme, CAGNASSO (nt. 3), 1892.

<sup>18</sup> Per tutti, AMBROSINI (nt. 1), 1600, il quale ritiene anche che il socio che ha avviato l'azione non possa rinunciarvi o transigerla.

dalla maggioranza<sup>19</sup>. Ciò fa emergere una distanza tra la nostra s.r.l. e la GmbH tedesca. In quel sistema, al *Weisungsrecht* dei soci corrisponde una *Folgepflicht* degli amministratori (§ 37, *Abs. 1 GmbH-Gesetz*), il cui adempimento sottrae questi ultimi alla responsabilità verso la società (non verso l'esterno, com'è ovvio) (arg. *ex* § 43, *Abs. 3 GmbH-Gesetz*)<sup>20</sup>. Nel nostro caso, invece, l'impossibilità di sottrarsi alle eventuali azioni di responsabilità, da qualunque parte provengano, vale a far escludere che gli amministratori siano obbligati ad eseguire le decisioni dei soci o a conformarsi alle autorizzazioni, pur richieste, quando ciò possa esporli a tali azioni<sup>21</sup>. Si potrà al più ritenere che incomba sugli amministratori l'onere di motivare le ragioni per cui essi ritengono di non dovere eseguire una decisione dei soci o di dover rinunciare a compiere un atto per il quale pure avevano chiesto ed ottenuto l'autorizzazione, e ciò al fine di garantirli contro le azioni della maggioranza per mancata ottemperanza alle istruzioni da questa impartite. Nella sostanza, anche in assenza di una norma come l'art. 2380 *bis* c.c.<sup>22</sup>, finiscono col riproporsi, a termini pressoché invariati, questioni già dibattute in vigenza del vecchio art. 2364, il cui n. 4 (ora modificato e divenuto n. 5), è opportuno ricordarlo, prevedeva che l'assemblea ordinaria, oltre ad esercitare le competenze direttamente attribuitele dalla legge «delibera(ss)e sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori (...)». Come si vede, tale disposizione si distingueva dal nuovo art. 2479 c.c. solo perché non

<sup>19</sup> In senso diverso, v. G. SCOGNAMIGLIO (nt. 5), 338.

<sup>20</sup> V. LUTTER *u.* HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz. Kommentar*<sup>16</sup>, Köln, 2004, 640 ss., 821. Si badi che, per poter escludere tale responsabilità le *Weisungen* devono essere espresse attraverso una deliberazione assembleare, non bastando che esse siano indirizzate agli amministratori dal socio di maggioranza.

<sup>21</sup> IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 14 s., si chiede se, laddove sia effettuato uno spostamento di competenze dagli amministratori ai soci, i primi siano obbligati ad eseguire le decisioni dei secondi, attesa la permanenza in capo ad essi della funzione amministrativa. Il problema, come spiego nel testo, non è di astratta titolarità del potere, bensì di sua correlazione con la responsabilità che può scaturirne, e nessuna apprezzabile differenza, sotto questo profilo, può registrarsi tra competenze legali dei soci e competenze ad essi trasferite per statuto, iniziativa degli amministratori o decisione di almeno un terzo dei soci stessi.

<sup>22</sup> Assenza alla quale attribuiscono speciale rilievo, tra l'altro, ZANARONE (nt. 6), 76; G. SCOGNAMIGLIO (nt. 5), 337; NUZZO (nt. 5), 1623. L'esclusività delle competenze gestorie, pur nell'inesistenza di una norma specifica in tale senso, è imposta dai principi; ed è proprio sulla base dei principi, ad esempio, che, a fronte della legge istitutiva della piccola società cooperativa (l. n. 266/1997), che si limitava a prevedere che lo statuto sociale potesse attribuire l'amministrazione all'assemblea, senza nulla dire sugli effetti di tale trasferimento di competenze, in dottrina si è ritenuto inevitabile l'applicazione ai componenti dell'assemblea amministratrice della disciplina propria della responsabilità degli amministratori [così ABBADESSA, *L'assemblea amministratrice nelle piccole cooperative (prime impressioni)*, in *Riv. soc.*, 1999, 205].

prevedeva che potessero essere i soci stessi ad avocare alla compagine sociale l'esercizio di competenze gestorie<sup>23</sup>. Conservano, dunque, intatto il loro valore le osservazioni formulate in dottrina con riferimento a quel contesto, e cioè che «è fuor di dubbio che un'eventuale clausola statutaria diretta a riservare all'assemblea un'area più o meno ampia di intervento nella gestione sociale non può in nessun caso tradursi nella demolizione del sistema di garanzie imperniato sulla responsabilità personale degli amministratori ed insuscettibile di transitare in capo ai soci» e che «Per evitare tale risultato non è affatto necessario giungere ad interpretazioni sostanzialmente vanificatrici dell'art. 2364, n. 4, c.c., essendo all'uopo sufficiente riconoscere agli amministratori il potere-dovere di rifiutare l'esecuzione delle delibere assembleari che risultino eventualmente lesive di quegli interessi di cui essi sono resi garanti mediante l'imposizione di particolari forme di responsabilità (penale, verso i creditori)»<sup>24</sup>. Il che, come può ben comprendersi, riduce, appunto, in modo notevole l'effettiva libertà di ripartizione di competenze gestorie tra amministratori e soci e rende di ben modesto momento la portata asseritamente riequilibrante della norma sulla responsabilità dei soci<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Come rileva anche ZANARONE (nt. 6).

<sup>24</sup> ABBADESSA, *L'assemblea: Competenza*, in *Trattato Colombo-Portale*, 3\*, Torino, 1994, 36 s. Con riferimento al nuovo art. 2364, n. 5, v., nello stesso senso, BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. Dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 8 s.

<sup>25</sup> Il problema è ben colto da VIGO (nt. 4), 55 s., il quale prova a sottrarsi alla conclusione che gli amministratori possano rifiutarsi di eseguire le delibere dei soci, proponendo che l'art. 2476, comma 7°, sia interpretato restrittivamente, limitandolo ai casi in cui vi sia tanto una deliberazione dei soci, quanto una degli amministratori, ed escludendone perciò l'applicazione allorché la competenza su una certa materia sia attribuita esclusivamente ai soci. In questo secondo caso, la responsabilità degli amministratori sarebbe esclusa, e i soci dovrebbero invece rispondere come gli amministratori. L'interpretazione sarebbe rafforzata dalla circostanza che la norma non prevede la responsabilità dei soci che non hanno autorizzato o deliberato il compimento di atti amministrativi, anche se da questa omissione deriva un danno per la società, i soci o i terzi. Sarebbe grave, osserva l'A., se delle omissioni pregiudizievoli non rispondessero né gli amministratori (che non possono supplire all'inerzia dei soci nelle materie riservate), né i soci (letteralmente responsabili solo per i comportamenti atti, solidalmente con gli amministratori). Tale interpretazione, pur accattivante, mi sembra, in verità un po' forzata. In particolare: a) non si vede come possa fondarsi nell'art. 2476, comma 7°, una tale diretta responsabilità dei soci per l'amministrazione, se non abrogando il requisito della «intenzionalità»; b) non si vede in che cosa si distinguerebbe il socio non amministratore dal socio amministratore *tout court* (e, allora, è meglio sostenere che la vera e propria assunzione di funzioni amministrative da parte dei soci si presta ad una vera e propria riqualificazione di fatto della loro posizione; in tal modo, certo, si potrebbe applicare ai soci la disciplina della responsabilità degli amministratori, ma questa non sarebbe una interpretazione restrittiva dell'art. 2476, comma 7°, bensì l'applicazione di una diversa disciplina); c) si dovrebbe ipotizzare che i soci possano anche autonomamente eseguire le deliberazioni di loro competenza (soluzione sempre negata dalla dottrina), ma con ciò si tornerebbe al punto a); d) appare apodittica la conclusione che di un danno da omissione non risponderebbe nessuno, in quanto essa già presuppone il pieno

Ma se quanto detto vale ad escludere un legame tra le opzioni organizzative e la disciplina della responsabilità dei soci, il risultato è che l'art. 2476, comma 7° , c.c. appare svincolato da un contesto organizzativo determinato, e ad esso deve riconoscersi una generale applicabilità. Se, cioè, la disposizione che istituisce una responsabilità dei soci per le istruzioni impartite agli amministratori non ha alcun legame di dipendenza con la (presunta) modifica della struttura corporativa della s.r.l., essa diviene semplicemente una norma che, sia pure a determinate condizioni, crea un regime di responsabilità per l'intervento dei soci, in quanto tali, nella gestione sociale.

In sintesi:

- non esiste alcun legame tra modalità di organizzazione delle competenze sociali e responsabilità *ex art.* 2476, comma 7°; questa opera prescindendo da quella<sup>26</sup>;
- la vera novità introdotta nella disciplina legale della s.r.l. è la previsione di una responsabilità dei soci connessa a *qualunque* loro attività che induca al compimento di «atti» di gestione da parte degli amministratori, coinvolgendo una possibile responsabilità di questi.

### 3. Applicabilità della norma alle ingerenze extraistituzionali. L'amministratore di fatto.

Come si è detto, parte della dottrina ha ritenuto che la vera scommessa da giocarsi sull'art. 2476, comma 7° , c.c. sia quella della sua applicazione anche al campo delle ingerenze dei soci nella gestione della società che non si esprimano attraverso i normali canali decisionali, ma piuttosto in via del tutto informale e non istituzionalizzata, rappresentando l'espressione di un potere di eterodirezione di fatto dei soci, in presenza di amministratori deboli o compiacenti.

Orbene, l'ingerenza non autorizzata dei soci nell'amministrazione della società può sostanzialmente manifestarsi secondo tre modalità, la cui riconducibilità alla disciplina in discorso deve essere verificata:

- a) uno o più soci amministrano direttamente ed in modo continuativo e sistematico la società;
- b) uno o più soci compiono occasionalmente — e comunque in modo non continuativo né sistematico — atti di amministrazione;

spostamento della responsabilità oggetto della proposta; in realtà, il sistema non sembra consentire che per una *mala gestio*, omissiva o commissiva che sia, gli amministratori possano sottrarsi alla propria responsabilità, sostenendo di non poter supplire all'inerzia dei soci nelle materia a questi riservate.

<sup>26</sup> In tal senso, anche M. RESCIGNO, *Soci* (nt. 3), 302.

c) uno o più soci, pur non esponendosi direttamente attraverso il compimento, sistematico od occasionale che sia, di attività gestorie, orientano l'attività degli amministratori<sup>27</sup>.

La prima ipotesi riguarda la figura del c.d. amministratore di fatto.

Nei primi commenti all'art. 2476 c.c. se n'è in larga prevalenza negata l'applicabilità a tale figura<sup>28</sup>, ma non manca chi ha ritenuto, invece, che l'ambito coperto dall'art. 2476 c.c. sia abbastanza ampio da assorbirla, rendendo il ricorso ad essa ormai inutile<sup>29</sup>. Diversi argomenti valgono però a far escludere questa possibilità.

Com'è noto, il regime di responsabilità da applicare all'amministratore di fatto è stato oggetto di controversia in dottrina e giurisprudenza. L'opinione infine prevalse nell'una e nell'altra è quella per cui all'amministratore di fatto deve applicarsi lo stesso regime di responsabilità dell'amministratore vero e proprio<sup>30</sup>. Nulla, naturalmente, impedisce di rimettere in discussione

<sup>27</sup> Per un'analoga tripartizione, v. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, Milano, 1998, 1 s.

<sup>28</sup> Chiaramente in tal senso si esprimono PARRELLA (nt. 3); PROTO (nt. 3); IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata a cura di Santoro*, Milano, 2004, 190; LENER e TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *AGE*, 2003, 289; S. ROSSI (nt. 3), 1065; ABRIANI (nt. 3), 318; AMBROSINI (nt. 1); ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE (nt. 3).

<sup>29</sup> In tal senso, M. RESCIGNO, *Eterogestione* (nt. 3). Mi pare che lo stesso A., [Soci (nt. 3), 301] abbia poi in qualche misura rimeditato sulla relazione tra l'art. 2476, comma 7° e la figura dell'amministratore di fatto, individuando taluni elementi che rendono a questo inapplicabile la norma.

<sup>30</sup> In precedenza, in giurisprudenza era prevalsa la tesi che faceva dipendere l'equiparazione agli amministratori, quanto a regime di responsabilità, dall'esistenza o meno di qualche forma di investitura, esplicita o implicita (in tal senso, si vedano Cass., 12-1-1984, n. 234, in *Foro it.*, 1984, I, 1619; Id., 19-12-1985, n. 6493, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 374; Id., 3-7-1998, n. 6519, in *Giust. civ.*, 1999, I, 151; App. Roma, 21-5-1991, *ivi*, I, 1805; App. Milano, 9-12-1994, in *Società*, 1995, 926, con nota di FATTORI). Per l'orientamento, infine prevalso, dell'applicabilità *tout court* della disciplina della responsabilità degli amministratori, v. Cass., 6-3-1999, n. 1925 e Id., 14-9-1999, n. 9795, entrambe in *Giur. comm.*, 2000, II, 167 e 168, con nota di ABRIANI; App. Milano, 29-9-2000, *ivi*, 2001, II, 562, con nota di MOZZARELLI. La dottrina è apparsa sul punto divisa. Per l'applicabilità diretta della disciplina della responsabilità degli amministratori, sia pure sulla base di argomenti notevolmente differenti, v. BORGIOLO, *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. comm.*, 1975, I, 593; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 259 s.; DI SABATO, *Manuale delle società*<sup>5</sup>, Torino, 1995, 508 s.; G. FERRI, *Le società*<sup>3</sup>, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1987, 677; GUERRERA, *Gestione «di fatto» e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 131, e in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, I, 1, Milano, 1999, 389 ss.; ABRIANI (nt. 27), 216 ss., al quale si rinvia (16 s.) per i riferimenti alla dottrina più risalente. Per un'impostazione critica, v. COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*<sup>4</sup>, I, 2, Padova, 1999, 411 s.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*<sup>5</sup>, Torino, 2002, 405, il quale aderiva all'impostazione giurisprudenziale che faceva dipendere l'applicazione delle norme in tema di responsabilità degli amministratori dall'esistenza di una qualche

tale conclusione. Se anche si può, intuitivamente, dubitare della congruità sistematica dell'applicazione all'amministratore di fatto — per di più nella sola s.r.l. — di un regime del tutto peculiare, differente (e sostanzialmente più favorevole, come si avrà modo di dimostrare) anche da ogni soluzione in precedenza ipotizzata<sup>31</sup>, non può trascurarsi che la riedificazione del tipo s.r.l. è un'attività appena avviata, i cui esiti sono tutti da determinare; in definitiva, sarebbe soluzione apodittica il far discendere l'inapplicabilità dell'art. 2476, comma 7°, c.c. al socio che amministri in via di fatto dalla circostanza che questa ipotesi è attualmente già coperta dalla titolarità del potere amministrativo<sup>32</sup>.

L'applicazione della norma in questione, in luogo dell'ordinario regime di responsabilità degli amministratori, è però destinata a scontrarsi con ostacoli di carattere logico-sistematico.

In primo luogo, vale quanto già ricordato in precedenza: la responsabilità *ex art. 2476*, comma 7°, c.c. è collegata alla «decisione» (o «autorizzazione») di atti dannosi, non al loro diretto compimento, in uno schema che presuppone l'alterità delle due funzioni. Ciò che caratterizza l'amministrazione di fatto, così come tale figura è emersa in giurisprudenza, non è la «decisione» di compiere gli atti di gestione (e tanto meno di autorizzarli), bensì il loro diretto compimento, cioè l'assunzione piena delle funzioni amministrative.

In secondo luogo, la responsabilità dell'amministratore di fatto non è per nulla accessoria a quella degli amministratori in carica e può prescindere anche da un'astratta configurabilità di questa (si pensi all'ipotesi in cui, divenuto incapace o deceduto l'amministratore unico, le relative funzioni vengano svolte, in via di mero fatto, da un socio), anche se normalmente con essa convive, ma sotto il medesimo titolo<sup>33</sup>.

In terzo luogo, per potersi configurare un'amministrazione di fatto della società è necessario che le funzioni gestorie siano svolte con carattere di sistematicità e non si esauriscano, quindi, in un'ingerenza occasionale<sup>34</sup>, men-

investitura, si pure implicita. In tal senso, v. anche LO CASCIO, *La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 189 ss.; LATELLA, *La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità*, *ivi*, 2000, I, 124 ss.

<sup>31</sup> La giurisprudenza che, ai fini dell'estensione all'amministratore di fatto del regime di responsabilità degli amministratori, dava rilevanza all'esistenza o meno di una investitura, anche se implicita, riteneva che negli altri casi fosse comunque applicabile il regime generale della responsabilità aquiliana. V. Cass., 3-7-1998, n. 6519, *cit.*

<sup>32</sup> Così, invece, PARRELLA (nt. 3); AMBROSINI (nt. 1).

<sup>33</sup> L'amministratore di diritto, infatti, normalmente risponderà, quanto meno per colpa da omessa vigilanza, solidalmente con l'amministratore di fatto; si veda BONELLI (nt. 30), 262.

<sup>34</sup> V. Cass., 14-9-1999, n. 9795, *cit.*; App. Milano, 9-12-1994, *cit.* Tale requisito è ora richiamato dall'art. 2639, che, sul versante della responsabilità penale, dispone che «Per i reati pre-

tre l'art. 2476, comma 7° , c.c. riguarda sicuramente anche singoli atti di gestione<sup>35</sup>, che non necessariamente si traducono in «attività» di amministrazione. E non mi pare possa dirsi che, come il più comprende il meno, la responsabilità in discussione possa applicarsi anche al caso di gestione di fatto continuativa. L'ipotesi del compimento non sistematico di atti di gestione e quella dell'amministrazione di fatto sono non *quantitativamente*, bensì *qualitativamente* differenti ed è difficilmente giustificabile accomunarle nello stesso regime sanzionatorio<sup>36</sup>.

Infine, non irrilevante può essere considerato che l'amministratore di fatto non deve essere necessariamente un socio<sup>37</sup>, nonostante questa sia, com'è ovvio, l'ipotesi più frequente; e l'art. 2476, comma 7° , c.c. è costruito con esclusivo riferimento ai soci. Laddove si ritenesse, dunque, di applicare la norma ad un terzo amministratore di fatto, si dovrebbe sperimentare la percorribilità della via dell'estensione analogica, ma, quale che sia la soluzione alla quale si pervenisse sul punto, essa sarebbe comunque fonte di gravi incongruenze: se si ritiene, infatti, che tale estensione vada operata, ci si trova di fronte al discutibile esito per cui ad un terzo che si ingerisca stabilmente nell'amministrazione di una s.r.l. (ipotesi tutt'altro che peregrina, se si pensa alla molteplicità delle manifestazioni patologiche che si riscontrano nel ricco panorama della litigiosità nelle piccole s.r.l., soprattutto a compagne familiari!) senza averne ricevuto alcuna investitura, causando dei danni alla società, a singoli soci o a terzi, verrebbe ad essere applicato un regime di responsabilità in definitiva di limitata e difficile attivazione, come quello previsto, appunto dall'art. 2476 (caratterizzato dalla già evidenziata necessaria concorrenza con una responsabilità degli amministratori in carica, non meno

visti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione».

<sup>35</sup> Aspetto, questo, opportunamente rilevato da M. RESCIGNO, *Eterogestione* (nt. 3); Id., *Soci* (nt. 3), 301; LENER e TUCCI (nt. 28); ABRIANI (nt. 3).

<sup>36</sup> La ricordata tesi dell'assorbimento dell'amministratore di fatto nel più ampio contesto dell'art. 2476, comma 7° , sorvolava sulla circostanza che, sempre attenendocisi all'orientamento ormai prevalente, la responsabilità dell'amministratore di fatto attiene ai risultati negativi di un'attività che, sia pure indebitamente intrapresa, comporta l'obbligo di continuare a svolgerla ed a farlo secondo diligenza, in conformità dei parametri che regolano la funzione amministrativa — e non può che pervenirsi a tale risultato sulla base del richiamo, operato dalla Cass., 6-3-1999, n. 1925, *cit.*, e già sostenuto da GUERRERA, *Gestione* (nt. 30), 169 ss., alle regole in tema di gestione di affari altrui —, laddove la responsabilità da decisione o autorizzazione prescinde dall'assunzione di una funzione gestoria e può riguardare episodici interventi (magari reiterati), dai quali non sorge alcun obbligo specifico inerente ai comportamenti successivi.

<sup>37</sup> V., Cass., 3-12-2002, n. 17110, in *Danno e resp.*, 2003, 666. Sottolinea tale elemento anche M. RESCIGNO, *Soci* (nt. 3), 301.

che dalla peculiarità del requisito soggettivo). Se, invece, si nega il ricorso all'analogia e si ritiene che all'amministratore di fatto terzo debba in effetti applicarsi un regime di responsabilità differente da quello dell'amministratore di fatto socio, si rimette completamente in discussione l'assunto — che sorregge l'attuale posizione giurisprudenziale — per cui il problema della responsabilità nel caso di amministrazione di fatto deve essere affrontato, come è stato efficacemente detto, considerando non la responsabilità «degli amministratori» bensì la responsabilità «per l'amministrazione» della società<sup>38</sup>. A questo punto, si rivelerebbe assai arduo trovare un criterio di differenziazione delle posizioni, posto che non si potrebbe neppure più tornare a quello, che si è visto caratterizzare la precedente giurisprudenza, dell'esistenza di una investitura, sia pure implicita, che rimetterebbe il terzo esattamente nella stessa posizione del socio.

#### 4. Segue. *Il compimento occasionale di atti di gestione.*

L'inapplicabilità della norma all'amministratore di fatto non appare, però, di per sé sufficiente ad escludere che la norma possa essere collegata ad una situazione patologica di improprio svolgimento *diretto* di attività gestoria da parte del socio. Se, come ricordato, l'amministrazione di fatto è individuabile solo nell'ipotesi di esercizio *continuativo e sistematico* di competenze gestorie, da essa esula il compimento, magari reiterato, ma non continuativo, né sistematico, da parte di non amministratori, di atti di gestione che si rivelino dannosi per la società, i soci o i terzi<sup>39</sup>.

Deve tuttavia ritenersi che la disposizione in discorso non si indirizzi neppure a tale ipotesi di gestione occasionale. Anche in questo caso ci si scontrerebbe con la distinzione tra decisioni (o autorizzazioni) di atti dannosi e loro compimento, che si è visto regolare il rapporto tra la responsabilità dei soci e quella degli amministratori. Anche in questo caso non si comprenderebbe la necessaria sussistenza di un profilo di responsabilità degli amministratori in carica che — ancor più plausibilmente che nell'ipotesi di esercizio continuativo e sistematico di competenze gestorie — potrebbero essere materialmente estranei all'azione del socio. Meno ancora si comprenderebbe la limitazione della responsabilità agli atti «intenzionali»: si rivelerebbe davvero difficile rendere compatibile tale tipizzazione dello stato soggettivo con la regola generale per cui la gestione non autorizzata di affari altrui — che, nella specie, non assurge qualitativamente a svolgimento di fatto della fun-

<sup>38</sup> In questi termini si esprimeva ABRIANI (nt. 27), 216.

<sup>39</sup> A tale ipotesi fanno riferimento PROTO (nt. 3); CAPO (nt. 3).

zione amministrativa e non può, dunque, risultare attratta nella relativa disciplina —, fuori dai casi in cui siano applicabili gli artt. 2028 ss. c.c., costituisce puramente e semplicemente un illecito<sup>40</sup>, che obbliga a risarcire a titolo extracontrattuale qualunque danno che ne derivi al *dominus* o a terzi, senza che possa operare l'esimente dell'*utiliter coeptum*.

Anche in quest'ipotesi, infine, per le stesse ragioni dette con riferimento all'amministrazione di fatto, risulterebbe arduo fondare sia la diversità di trattamento tra il socio ed un eventuale terzo, sia, al contrario, l'eventuale applicazione anche al terzo della norma in questione.

##### 5. Segue. *L'influenza sull'amministrazione.*

Resta dunque da verificare l'applicabilità dell'art. 2476, comma 7° , c.c. alla terza ipotesi, che è certamente quella di maggiore interesse. Questa comprende una serie di situazioni diverse, non facilmente tipizzabili in modelli di comportamento, in cui uno o più soci, pur non esponendosi direttamente attraverso lo svolgimento, sistematico od occasionale che sia, di attività gestorie, orientino l'attività svolta dagli amministratori<sup>41</sup>.

L'applicabilità della disposizione anche a tali ipotesi è stata proposta individuando in essa la manifestazione di un principio generale di «responsabilità da gestione» che, nel caso di danni alla società, avrebbe natura contrattuale. L'influenza anche di fatto sulla gestione farebbe sorgere, infatti, un dovere fiduciario del socio verso la società, principio, questo, che troverebbe

<sup>40</sup> Si vedano FERRARI, *Gestione affari altrui (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 655; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 148.

<sup>41</sup> In tal senso M. RESCIGNO, *Eterogestione* (nt. 3), 332, 335; S. ROSSI (nt. 3), 1066, 1067, secondo cui la norma riguarderebbe «tutti gli atti o i comportamenti che comunque esprimano la volontà di supportare l'operazione illecita», comprendendovi anche le ipotesi in cui, da comportamenti espliciti successivi si possa dedurre che atti compiuti in autonomia dagli amministratori siano in realtà frutto di un accordo tacito con il socio di controllo, attribuendo a questo l'onere di provare il contrario. L'A. giunge a ritenere (1070) possibili indizi significativi dell'esistenza di un'eterogestione anche le decisioni dei soci in merito alla rinuncia e transazione dell'azione di responsabilità esercitata contro gli amministratori, se assunte in assenza di motivi che le giustifichino alla luce dell'interesse sociale o a condizioni deteriori per la società; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE (nt. 3), in cui si ritiene che la norma si applichi nel caso in cui i soci «concorrano ad assumere scelte di gestione» (qui resta ambiguo il significato di «concorrere»); CAPO (nt. 3), secondo il quale la responsabilità in questione riguarda le ipotesi in cui il socio abbia «compiuto, orientato o avallato atti di gestione, anche al di là delle circostanze in cui tali poteri gli vengano espressamente attribuiti nell'atto costitutivo»; ABRIANI, *La responsabilità* (nt. 3), secondo cui la responsabilità *de qua* sarebbe «configurabile anche in capo ai soci che abbiano influenzato il compimento dell'operazione dannosa in assenza di una previsione statutaria che ne legittimasse l'intervento».

conferma nella disciplina in materia di responsabilità da esercizio di attività di direzione e coordinamento<sup>42</sup> e che, nella sua generalità, si applicherebbe anche alle s.p.a.<sup>43</sup>.

Procedendo con ordine nella verifica dell'ipotesi, è necessario preventivamente sgomberare il campo da possibili dubbi circa la compatibilità della soluzione proposta con il dato letterale. In effetti, nel descrivere i comportamenti fonte di possibile responsabilità per i soci, il legislatore si è espresso in termini piuttosto specifici, riferendosi a «decisioni» e «autorizzazioni».

Il dubbio che l'interpretazione estensiva forzi la lettera della norma è tuttavia destinato ad essere superato, se si considera che entrambi i termini compaiono anche in altre parti del nuovo diritto delle s.r.l., ma con corrispondenze non del tutto rigorose.

Quanto alle «decisioni», il termine è costantemente utilizzato per descrivere in generale le manifestazioni di volontà (o di giudizio) espresse istituzionalmente dagli organi sociali (i soci, gli amministratori, il collegio sindacale, il revisore). Quando, con riferimento ai soci, vengono menzionate le decisioni da adottarsi seguendo il procedimento assembleare, il legislatore si esprime in termini di «deliberazione» (artt. 2473, comma 6°, 2479, comma 4°, 2479 *bis*, commi 4° e 5°, 2480, 2482 c.c., ecc.). Le deliberazioni appaiono, perciò, una sottospecie delle decisioni<sup>44</sup>.

In almeno un caso, tuttavia, il verbo «decidere» viene riferito anche ad un contesto extraistituzionale. L'art. 2331, comma 2°, c.c., che, in virtù di una delle norme di rinvio sopravvissute alla riforma (art. 2463), è norma applicabile anche alla s.r.l., dispone che per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi, oltre a coloro che hanno agito, anche «il socio unico fondatore e quelli tra i soci che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione». *Mutatis mutandis* (qui si tratta di responsabilità per debiti, laddove l'art. 2476 c.c. contempla una responsabilità per danni), l'art. 2331 c.c. ripropone gli stessi termini (con l'aggiunta del «consentito»), incrinando la coerenza del quadro fin qui descritto. Esso, infatti, attribuisce «decisioni» anche al socio unico fondatore che, a differenza del socio unico della società già iscritta, esprime tale volontà

<sup>42</sup> Così M. RESCIGNO, *Eterogestione* (nt. 3), 332 s.; ID., *Soci* (nt. 3), 304 e *Le regole organizzative della gestione della s.r.l.*, in *Le grandi opzioni del diritto e del processo societario* a cura di G. Cian, Padova, 2004, 328. Si veda anche GUERRERA (nt. 10), 130. Sulla stessa linea mi sembra anche S. ROSSI (nt. 3).

<sup>43</sup> Così, espressamente, M. RESCIGNO, 290 e (nt. 42), 328. Per la sussunzione della norma in un principio generale di responsabilità per l'esercizio del controllo, attraverso un'influenza sulla gestione, v. anche PAVONE LA ROSA, *L'unico azionista tra «vecchia» e «nuova» disciplina*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 432.

<sup>44</sup> Ma v., per un'impostazione critica sul punto, LIBONATI (nt. 5), 479 s.

senza alcun passaggio procedimentale, potendosi tale volontà anche presumersi<sup>45</sup>. Inoltre, quale fonte di decisioni pone, accanto all'atto costitutivo, l'atto separato, che, scritto o non scritto che sia<sup>46</sup>, non è tipizzabile ed esula da qualsivoglia momento istituzionale (del resto inesistente in quella fase).

A ben vedere, il rigore della terminologia viene anche attenuato nello stesso art. 2476 c.c. con l'affiancamento alle «decisioni» delle «autorizzazioni». È facile intuire che il legislatore, dettando la disposizione, pensava alle autorizzazioni richieste dagli amministratori ai soci in materia gestoria, non espressamente citate nella disciplina della s.r.l. (se non, appunto, nella norma in discorso), ma regolate nel diritto delle s.p.a. (art. 2364, n. 5, c.c.). Nell'art. 2476, comma 7°, c.c., però, al pari di quanto avviene nell'art. 2331, il termine viene utilizzato quale tipologia separata di manifestazione di volontà del corpo sociale, mentre altrove l'autorizzazione è più correttamente considerata possibile contenuto di una decisione<sup>47</sup>. In definitiva, non è azzardato sostenere che i termini «decisione» e «autorizzazione» non debbano necessariamente indicare manifestazioni di volontà espresse dai soci in forme istituzionali, ma ogni loro manifestazione di volontà, che valga a dare impulso all'azione degli amministratori o a rimuovere un ostacolo al suo svolgimento.

Superata la questione terminologica, è adesso il caso di addentrarsi nella sostanza delle cose.

Non può non prendersi avvio da quanto rilevato in precedenza, e cioè che la responsabilità dei soci non è collegata al riparto di competenze tra soci e amministratori, sia che esso rimanga quello contenuto in via dispositiva nella nuova disciplina, sia che esso venga modificato, in via stabile (dall'atto costitutivo) od occasionale (su richiesta degli amministratori o di almeno un terzo dei soci). Può, dunque, convenirsi sul fatto che la responsabilità *de qua* è legata all'intervento nell'attività di gestione e non alle forme organizzative in cui esso si attua. In breve, ciò che rileva — a maggior ragione se si ritiene che, quale che sia la ripartizione di competenze prescelta, non sussiste un obbligo degli amministratori di eseguire le decisioni dei soci — è il *fatto* dell'influenza dei soci sull'attività degli amministratori. Non si vede, dunque, perché i soci dovrebbero essere esentati da tale responsabilità nel caso in cui tale attività sia svolta in modo officioso e non trasparente, e questo semplice argomento mi sembra già sufficientemente forte.

<sup>45</sup> V. SEPE, in *Società di capitali. Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 83.

<sup>46</sup> La questione della forma dell'atto separato è, in verità, controversa. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Società*, 2002, 1453, ritiene che non sia necessario un atto scritto.

<sup>47</sup> V., in particolare, l'art. 2465, comma 3°.

Se ciò è vero, la *ratio* della disciplina della responsabilità dei soci può davvero essere rinvenuta direttamente nel tentativo di risolvere le discrasie tra tipo legale e tipo empirico, prendendo atto del substrato economico che prevalentemente (almeno nell'opinione legislativa) sottostà alla scelta del tipo s.r.l. Nelle intenzioni del legislatore, la s.r.l. dovrebbe «offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità e che, imperniato fundamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell'ambito del settore delle piccole e medie imprese» (così la *Relazione*). E le esigenze presenti nelle piccole e medie imprese, che troverebbero rispondenza nella s.r.l., sono quelle di avvalersi della responsabilità limitata, così come della presenza di una struttura corporativa (se la si mantiene), per partecipare all'iniziativa imprenditoriale e non semplicemente per ottenere la remunerazione dell'investimento in capitale di rischio<sup>48</sup>. La s.r.l. è, appunto, vista come *Unternehmergeellschaft* e non come *Anlegergesellschaft*. L'intensità con cui tale caratteristica può emergere è rimessa alla scelta dei soci: costoro possono annullare la distanza che li separa dalla diretta gestione dell'impresa, scegliendo di assumere direttamente l'amministrazione della società e, in questo caso, manterranno il beneficio della responsabilità limitata per le obbligazioni sociali, ma assumeranno in pieno quella per i danni arrecati nella gestione; ovvero possono affidare l'amministrazione solo ad alcuni di essi o a terzi. Questa seconda opzione non può però divenire la via per l'adozione di un modello di eterodirezione della società completamente irresponsabile. La formale scelta di non amministrare non sottrarrà perciò all'assoggettamento ad una (cor)responsabilità con gli amministratori in carica. L'art. 2476, comma 7°, c.c., in definitiva, da un lato, legittima un potere di ingerenza esterna nella gestione (che, però, per essere esercitato, richiede, come visto, un volontario assoggettamento degli amministratori)<sup>49</sup>, dall'altro vi fa corrispondere un qualche coinvolgimento nella responsabilità.

<sup>48</sup> V. ANGELICI (nt. 4), 41 ss., 91. Nello stesso senso, PICCIAU (nt. 3), 274.

<sup>49</sup> Correttamente S. ROSSI (nt. 3) vede nel blando rimedio dell'art. 2476, comma 7°, il segno di una sostanziale liberalizzazione della prassi dell'ingerenza. È inutile rilevare che, spostando l'attenzione sulla responsabilità per danni, il legislatore l'ha stornata da quella per debiti, che ha costituito per decenni il vero terreno di confronto tra dottrina e giurisprudenza. Nota M. RESCIGNO, *Soci* (nt. 3), 303, che la levità della sanzione del risarcimento rispetto a quella della responsabilità illimitata può risultare solo apparente, potendo i danni che derivano da un'operazione gestoria essere più consistenti delle obbligazioni alle quali la società non è in grado di adempiere, ma ciò è vero solo se non si considera, come ritengo inevitabile, che il presupposto soggettivo della responsabilità per danni nell'art. 2476, comma 7°, è più rigoroso di quello della semplice colpa connessa alla gestione.

Quanto all'ambito decisionale rispetto al quale può operare la responsabilità dei soci, va in effetti rilevato che, a differenza che nel vecchio art. 2364 (che in questo si distanzia dall'art. 2479, ma anche dal nuovo art. 2364 c.c.), non risulta alcun collegamento esplicito tra l'attività decisoria (e la correlata responsabilità) e il compimento di *atti di gestione* in senso proprio. Il termine «gestione» non compare mai nella definizione di competenze e responsabilità, ed è noto quanto la sua interpretazione abbia dato filo da torcere alla dottrina impegnata nella sua definizione. Con riferimento, appunto, al vecchio art. 2364 ci si è, in particolare, chiesto se nella gestione vadano compresi i soli atti di impresa o anche gli atti di organizzazione<sup>50</sup>. Non si può ignorare come il silenzio del legislatore si presti a diverse opzioni interpretative, i cui effetti sull'estensione della disciplina della responsabilità dei soci variano parecchio. Posto, infatti, che anche gli atti di organizzazione deliberati dai soci richiedono di essere eseguiti dagli amministratori, anche con riguardo ad essi, laddove ne scaturiscano dei danni, è in teoria concepibile la configurazione del concorso di responsabilità evidenziato nell'art. 2476, comma 7°, c.c. Tale norma conterrebbe, dunque, un principio generale di responsabilità da decisione, più che da gestione. Forse, pur in assenza di precisazione, la *ratio* della norma, come sopra ricostruita, impone di limitare la responsabilità dei soci *ex* art. 2476, comma 7°, c.c. alle decisioni riguardanti la gestione in senso stretto.

#### 6. *L'applicabilità della norma alla s.p.a.*

Se la *ratio* della norma è quella indicata, non si può ignorare come il tipo empirico della società *longa manus* del socio nella gestione dell'impresa possa essere riscontrato anche nella s.p.a., in dipendenza del concreto atteggiamento dei soci. Sono gli stessi soci che, nel momento in cui scelgono di non amministrare direttamente, ma di influire comunque specificamente sugli atti degli amministratori, conformano in tal senso la società e devono perciò sottostare alla conseguenza legale di una loro possibile responsabilità. La collocazione esclusiva della norma nella disciplina della s.r.l. risponde, perciò, unicamente all'*id quod plerumque accidit*.

A rafforzare l'idea dell'applicabilità generale della norma non mi sembra sia necessario invocare un'apparente affinità con la disciplina da attività di direzione e coordinamento, che anch'essa, in effetti, configura un agire indiretto (cioè attraverso il necessario *medium* di soggetti, gli amministratori

<sup>50</sup> Sul tema, v. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 214 ss.; FRÈ, *Società per azioni*<sup>5</sup>, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 315 ss.; NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione della società per azioni*, Napoli, 1992, 40 ss.; ABBADESSA (nt. 24), 16 ss.

della società diretta, che restano i primi responsabili delle scelte operate da questa) sulla gestione dell'impresa. A sua volta, la stessa *ratio* di questa disciplina è stata richiamata nel dibattito su fondamento ed estensibilità alla s.p.a. della nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella s.r.l. Si è, in particolare detto che «il collegamento tra il regime giuridico della società a responsabilità limitata e la disciplina dei gruppi è costituito dal fatto che in entrambi i casi la partecipazione alla società perde le caratteristiche dell'anonimato, per diventare in qualche modo "personalizzata": i soci non si limitano ad investire un capitale monetario e attendere i risultati economici di un'impresa gestita da altri, ma partecipano all'elaborazione delle strategie aziendali, imprimendovi il loro inconfondibile suggello»<sup>51</sup>. Non è questa la sede per verificare la solidità di queste analogie (a me, a dire il vero, sembra che vi sia maggiore affinità, per così dire, socio-sistemica tra la disciplina dei finanziamenti e quella della responsabilità dei soci, che tra entrambe e quella dell'attività di direzione e coordinamento), ma devono comunque formularsi alcune avvertenze di tipo strutturale. A differenza che la direzione e coordinamento, l'ingerenza dei soci nella gestione, fonte di una loro possibile responsabilità, non è considerata quale attività, ma viene isolata nei suoi singoli atti. La responsabilità *ex art.* 2476, comma 7°, c.c. risente di questa impostazione; non è infatti possibile nel nostro caso ragionare in termini di influenza sulla strategia aziendale, intendendo questa come attività complessiva di valutazione e indirizzo, da giudicarsi, in termini di responsabilità, solo operando una somma algebrica tra svantaggi e vantaggi economici (art. 2497, comma 1°, secondo periodo). La disposizione di cui all'art. 2476, comma 7°, c.c. non configura una responsabilità da strategie aziendali e, dunque, l'obbligo di risarcire i danni non è eliminabile alla luce del risultato complessivo (espressione, peraltro, ancora tutta da interpretare), a meno che tale controbilanciamento non sia immediato, cioè interno al contesto dell'atto singolarmente considerato, secondo le regole generali<sup>52</sup>. Infine, non può omettersi di considerare che la responsabilità da esercizio dell'attività di direzione e coordinamento è imputata a titolo di colpa.

<sup>51</sup> TERRANOVA, in *Società di capitali. Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1476. E nelle scelte legislative indicate non possono non cogliersi gli echi del dibattito tedesco in materia di finanziamenti dei soci, all'interno del quale non sono mancati richiami ad un'applicazione analogica alla disciplina della responsabilità degli amministratori anche ai soci di controllo della società sottocapitalizzata; sul punto si veda, con la consueta ampiezza di riferimenti, PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato Colombo-Portale*, 1\*\*, Torino, 2004, 112 s., testo e nt. 204.

<sup>52</sup> D'altro canto, se si accedesse ad un giudizio di responsabilità legato alle strategie aziendali, si finirebbe col fare rispondere i soci per il normale esercizio di quel potere *generale* di orientamento che essi — in particolare, quelli di maggioranza — ordinariamente esercitano sullo svolgimento dell'affare sociale.

Con riferimento alla disciplina dei finanziamenti dei soci: l'applicazione della disciplina della responsabilità non necessita di una rivalutazione del significato economico delle scelte dei soci, secondo un giudizio riportato retrospettivamente alle condizioni della società nel momento in cui furono adottate. L'estensione della disciplina della responsabilità ai soci di s.p.a. è, dunque, assai meno problematica: è l'ingerenza stessa che, a dispetto dei modelli organizzativi adottati, evidenzia il loro ruolo di compartecipi alla gestione dell'impresa.

#### *7. Responsabilità dei soci e responsabilità da esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.*

Ciò detto, non v'è dubbio che una questione di determinazione del confine tra art. 2476, comma 7° c.c. e disciplina della responsabilità da esercizio dell'attività di direzione e coordinamento si ponga. Una strategia di gruppo può facilmente comportare l'«intenzionale» decisione di compiere atti che nell'immediato sono lesivi per le società dirette e coordinate, ma che si prevede di controbilanciare, magari in un futuro non immediato, così che il danno risulti assente «alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette» (art. 2497, comma 2° c.c.): come potrà dunque impedirsi alla società lesa o ai suoi soci di agire immediatamente con l'art. 2476, comma 7° verso i propri amministratori e quelli della controllante? La risposta a tale interrogativo non può trovarsi semplicemente nell'interpretazione dell'art. 2476, comma 7° c.c., ma richiede la messa a punto del quadro interpretativo degli artt. 2497 ss. c.c.<sup>53</sup>. In tale opera non ci si può ovviamente certo cimentare in questa sede; non può però rinunciarsi a rilevare che proprio le esigenze di coordinamento sistematico contribuiscono a portare ulteriori argomenti in favore dell'ormai dominante tesi che individua, quale presupposto per l'applicazione degli artt. 2497 ss. c.c., non la semplice esistenza di una situazione di controllo, bensì l'emergere di una legittima struttura organizzativa, caratterizzata dalla direzione unitaria<sup>54</sup>. All'individua-

<sup>53</sup> La disciplina della responsabilità da attività di direzione e coordinamento si connota, in effetti, per avere scompaginato un quadro consolidato e pone problemi di coordinamento ad ampio raggio. Possono così riportarsi, con riferimento al suo rapporto con la responsabilità da gestione dei soci di s.r.l., taluni interrogativi sollevati da CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 333, con riferimento alla responsabilità connessa a situazioni di mero controllo.

<sup>54</sup> V., tra tutti, PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 113; ANGELICI (nt. 4), 136 ss.; CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e respon-*

zione di essa è dunque connesso il dovere per chi la dirige e coordina di farlo secondo i principi della corretta gestione societaria e imprenditoriale, che si presenta non difforme dal dovere degli amministratori di operare «con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalla loro specifica competenza» (art. 2392, comma 1° , c.c.)<sup>55</sup>. Si può, forse, con ciò risolvendo le questioni della pericolosità della presenza in un gruppo, in qualità di società controllata, di una s.r.l.<sup>56</sup>, in definitiva, ritenere che in presenza di un'organizzazione definibile come «gruppo», l'art. 2476, comma 7° , c.c. non possa trovare applicazione, sostituito da una disciplina che, per certi versi è più rigorosa (come già ricordato in precedenza, la responsabilità da attività di direzione e coordinamento è a titolo di colpa), ma per certi versi richiede un giudizio globale sull'attività, escludendo quello immediato sui singoli atti. Certo, tra il principio e la sua applicazione corre una differenza che potrebbe rivelare come illusorio il tentativo di coordinamento prospettato in termini che andrebbero meglio approfonditi: posto che il gruppo rileva come «fatto», al di là cioè della pubblicità che ne deve essere data, non sarà spesso agevole individuare il momento in cui il «fatto» dell'eterogestione sociale debba risultare sussunto nell'ambito del *Konzernorganisationsrecht*, trasferendosi così il giudizio sull'imputabilità dei danni da gestione dal piano della disciplina comune della responsabilità a quello del *Konzernhaftungsrecht*.

#### 8. Il requisito della «intenzionalità».

Affrontate le questioni sistematiche, è adesso necessario volgersi all'interpretazione dei presupposti per l'attivazione della responsabilità dei soci, e principalmente al requisito della «intenzionalità».

Può ben comprendersi come tale arduo passaggio interpretativo si riveli assolutamente strategico per le prospettive applicative della disposizione: svalutare la portata dell'avverbio apre la strada all'affermazione di un principio generale di responsabilità per colpa dei soci per tutte le attività di orientamento (ufficiali o ufficiose) che abbiano posto in essere nei confronti degli amministratori e dalle quali siano conseguiti danni per la società, singoli

*sabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1229; TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private* a cura di Benazzo-Patriarca-Presti, Milano, 2003, 237 ss. e ID., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 66.

<sup>55</sup> V., da ultimo, PAVONE LA ROSA (nt. 43), 433.

<sup>56</sup> V. SCOGNAMIGLIO (nt. 5), 339 s., la quale ipotizza che la responsabilità dei soci sia configurabile unicamente alla s.r.l.; in caso contrario, il problema della possibile sovrapposizione tra la disciplina della responsabilità da esercizio di attività di direzione e coordinamento e quella della responsabilità dei soci sarebbe generale.

soci o terzi; significa, in sintesi, equiparare perfettamente la posizione dei soci a quella degli amministratori. Aggravarla conduce, a seconda dell'intensità con cui l'operazione viene condotta, a delimitare in senso più o meno restrittivo il campo di applicazione della norma.

È, in verità, difficile negare che l'avverbio «intenzionalmente» evochi il dolo. In tal senso milita non solo l'analogia di espressione rispetto a talune fattispecie del diritto penale societario<sup>57</sup>, ma anche la circostanza che esso non appare isolato nel contesto della disciplina della s.r.l. Compare, infatti, anche nell'art. 2475 *bis*, comma 2°, c.c., in tema di opponibilità ai terzi delle limitazioni statutarie alla rappresentanza degli amministratori, norma in cui il legislatore ha riportato il contenuto dell'art. 2384, comma 2°, c.c., in precedenza applicabile alla s.r.l. per espresso rinvio<sup>58</sup>. Le conclusioni cambiano, invece, a seconda del momento, nella sequenza causale descritta, al quale lo stato soggettivo deve essere riferito. Chi lo riferisce al «decidere o autorizzare» lo ritiene pleonastico, considerando che queste sono in sé attività intenzionali<sup>59</sup>. Tra coloro che, invece, riferiscono l'intenzionalità al compimento, da parte degli amministratori, degli «atti dannosi», v'è chi reputa che essa debba riguardare specificamente il danno<sup>60</sup>, e chi, invece, con sfumature diverse, ritiene che basti che alla informata e cosciente partecipazione alle scelte gestorie si accompagni la consapevolezza delle loro possibili conseguenze pregiudizievoli<sup>61</sup>.

L'opinione che sostanzialmente abroga l'avverbio non mi pare fondata già per una doverosa considerazione dell'intenzione del legislatore, espressa attraverso l'uso di un'espressione così caratterizzata, di porre un limite al-

<sup>57</sup> V. M. RESCIGNO, *Soci* (nt. 3).

<sup>58</sup> Secondo AMBROSINI (nt. 1), 1604, vi sarebbe però, una differenza tra l'espressione dell'art. 2384, comma 2°, e la norma in discussione, perché la prima riferisce l'intenzione all'agire in danno, e la seconda alla decisione — così anche RIVOLTA (nt. 3). L'argomento, come proveremo a spiegare, ha una sua consistenza, anche se gli Autori citati lo utilizzano per giungere a conclusioni opposte a quelle che qui si sostengono.

<sup>59</sup> V. M. RESCIGNO, *Eterogestione* (nt. 3), 333; ID., *Soci* (nt. 3), 307; in senso analogo, DI AMATO (nt. 3), 20; PICCIAU (nt. 3), 273.

<sup>60</sup> V. RIVOLTA (nt. 3), 301; AMBROSINI (nt. 1), 1604; SALAFIA (nt. 3), 9.

<sup>61</sup> Per LENER e TUCCI (nt. 28), 293, la norma esige la «piena consapevolezza delle possibili conseguenze pregiudizievoli dell'atto medesimo per la società, i singoli soci o terzi»; in senso analogo, PROTO (nt. 3), 1142. Per S. ROSSI (nt. 3), 1069, l'intenzionalità si sostanzia «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». PRESTI e M. RESCIGNO (nt. 5), 243, ritengono che «la responsabilità dei soci non discende da una mera conoscenza degli atti degli amministratori, ma richiede una consapevole (com)partecipazione alla scelta gestoria: non è però richiesto (come alcuni sostengono) che vi sia intenzione di arrecare danno». LIBONATI (nt. 5), 476, ritiene che il socio risponde «solo se abbia deciso e autorizzato l'atto pregiudizievole con consapevolezza dei suoi effetti anche se non propriamente del danno che andava a determinare alla società, ai soci (o ai terzi)».

l'estensione della responsabilità. Inoltre, uno sguardo al dibattito sulle ipotesi di *exceptio doli* in cui l'avverbio compare fa escludere che l'intenzionalità sia da riferire all'azione in sé considerata, cioè all'atto in sé della conclusione di un negozio con l'amministratore (del resto, un negozio concluso non «intenzionalmente» potrebbe anche risultare viziato). Il problema dell'interpretazione del secondo comma dell'art. 2384 c.c. ha invece riguardato la colorazione soggettiva di tale azione con riferimento alle sue conseguenze pregiudizievoli per la società. Lo stesso può dirsi, del resto, della norma dalla quale l'espressione era stata a sua volta mutuata, cioè l'art. 1993, comma 2°, c.c. in materia di titoli di credito. Anche lì, non avrebbe avuto senso chiedersi se «intenzionalmente» fosse da riferire all'azione in sé dell'acquisto del possesso del titolo, e tutte le indagini sul significato dell'avverbio hanno riguardato la definizione dello stato soggettivo dell'acquirente rispetto alla conseguente sottrazione al debitore delle eccezioni fondate sul rapporto personale con il precedente possessore. Non credo, dunque, che si possa dubitare che nell'art. 2476, comma 7°, c.c. l'avverbio valga a definire in termini di dolo il legame psicologico tra l'atto di impulso del socio (decisione o autorizzazione) e il comportamento dell'amministratore.

Le analogie strutturali con le norme in tema di *exceptio doli* non possono però far trascurare che esse non recano regimi di responsabilità per danni<sup>62</sup>. Ed è proprio sulla base dei principi in tema di responsabilità civile che la dottrina criticata giunge ad escludere che l'avverbio «intenzionalmente» possa fondare una responsabilità del socio ad esclusivo titolo di dolo. Ciò creerebbe, si sostiene, un regime di responsabilità inedito, perché per un verso incompatibile con le regole in materia di responsabilità contrattuale, in quanto non contemplerebbe la colpa grave, per un altro derogatorio all'ordinaria disciplina della responsabilità extracontrattuale in senso paradossalmente favorevole al socio<sup>63</sup>.

Mi sembra che così si ometta di considerare che il regime di responsabilità previsto dall'art. 2476, comma 7°, c.c. è realmente inedito nella sua tipizzazione, ma non nella sua struttura. In assenza della norma, la via per configurare una responsabilità del socio «istigatore» sarebbe comunque quella di ravvisare nell'istigazione una forma di induzione all'inadempimento o alla commissione di un illecito (a seconda della natura della responsabilità del soggetto istigato), che presuppongono entrambe il dolo<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Anzi, proprio la previsione di un'eccezione che consenta al debitore di paralizzare la pretesa del creditore all'adempimento vale ad escludere *in nuce* che possa porsi un problema di risarcimento dei danni.

<sup>63</sup> M. RESCIGNO, *Soci* (nt. 3), 307.

<sup>64</sup> V. il classico ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*<sup>2</sup>, Milano, 1979, 216 ss.; e si veda 218: «il sistema aquiliano (...) è ben lungi dall'essere ancorato ad un rigido ed unitario cri-

Non v'è neppure nulla di strano nella scelta legislativa di configurare per il socio un regime di responsabilità civile più favorevole di quello applicato all'amministratore: costui non è, in definitiva, un mero strumento inanimato, bensì il soggetto sul quale grava l'obbligo di amministrare la società con diligenza, rimanendo dunque il primo responsabile (a titolo di colpa) per gli atti dannosi compiuti. La responsabilità del socio riguarda pur sempre atti da lui non compiuti, la cui illegittimità va valutata facendo riferimento alla posizione di chi direttamente li compie.

Quanto alla compatibilità di un regime di responsabilità a titolo di dolo con le regole in materia di responsabilità contrattuale, il vero problema è *come* costruire il dolo.

Non si può, infine, ignorare che, equiparandosi la responsabilità dei soci a quella degli amministratori, si finisce con l'approdare a conseguenze che la stessa dottrina criticata trova inaccettabili. È evidente, infatti, che, facendo rispondere il socio a titolo di mera colpa, gli si imputano anche le conseguenze del suo agire (a partire dalla successiva azione dell'amministratore), o del suo non agire, che egli non abbia previsto per distrazione, incompetenza, superficialità, ecc. Ma ciò significa inevitabilmente gravare il socio di un obbligo di diligenza, non meno che di quello di agire informato, applicandogli, in pratica, l'art. 2381, comma 6°, c.c.<sup>65</sup>. A quel punto, non si vede in qual modo ci si possa sottrarre alla configurazione, a carico del socio, anche dell'onere di cui all'art. 2476, comma 1°, c.c.<sup>66</sup> e alla previsione a suo carico di una *culpa in vigilando* sull'operato degli amministratori (ma, direi, anche di quello dei consoci!). Finirebbe così col rispondere anche il socio che decida avendo meno informazioni dell'amministratore che agisce. La ulteriore conseguenza è che non potrebbe sottrarsi alla responsabilità neppure il socio che, magari per disinteresse, lascia che siano altri soci a decidere o presta il proprio assenso in modo distratto o disinformato.

terio di attribuzione della responsabilità: e come non sono poche le ipotesi in cui la colpa rileva in forma attenuata, e così quelle in cui non rileva affatto, con ulteriori suddivisioni all'interno di quest'ultimo gruppo, così ben vi potranno essere ipotesi in cui l'elemento soggettivo, per rilevare qualificatoriamente, deve assurgere a quella massima "gravità" nota appunto come dolo».

<sup>65</sup> Che, come sottolinea ANGELICI (nt. 4), 125, anche se non espressamente richiamata, è sicuramente applicabile anche agli amministratori di s.r.l.

<sup>66</sup> Negata da M. RESCIGNO, *Soci* (nt. 3), 308 e LIBONATI (nt. 5), 476, mentre su tale configurazione si interroga CAGNASSO (nt. 3), 1892.

### 9. Funzione oggettiva e soggettiva della «intenzionalità».

Se quanto appena detto è vero, una qualificazione dei presupposti soggettivi della responsabilità del socio in termini diversi da quelli della responsabilità dell'amministratore è inevitabile. Il tentativo di disinnescare il requisito del dolo muove certo da una comprensibile perplessità: laddove si giungesse all'idea — come si è visto, anche autorevolmente rappresentata — che l'intenzione debba riferirsi al danno, si confinerebbe la responsabilità dei soci a marginali ipotesi di azione irragionevole o emulativa, per le quali non era proprio il caso che il legislatore si scomodasse per scrivere un'apposita norma, che risulterebbe per di più totalmente avulsa dal sistema. Ma il problema, più che espungendo il requisito soggettivo, si deve risolvere costruendolo in modo logicamente adeguato.

Nessun ulteriore aiuto può essere qui fornito dal richiamo alle ricordate fattispecie di *exceptio doli*, con riferimento alle quali l'alternativa tra preordinazione dolosa al danno e semplice consapevolezza della sua verificabilità è stata discussa e risolta, almeno apparentemente, in favore della prima opzione<sup>67</sup>. Da un lato, infatti, la realtà giurisprudenziale appare più mossa di quanto appaia ad una lettura superficiale<sup>68</sup>, dall'altro, non si può dimenticare

<sup>67</sup> In giurisprudenza, v., Cass., 10-8-1988, n. 4914, in *Dir. fall.*, 1989, II, 365; Id., 6-2-1993, n. 1506, in *Società*, 1993, 923; Id., 8-11-2000, n. 14509, *ivi*, 2001, 418. V. i termini del dibattito in dottrina in CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato Colombo-Portale*, 4, Torino, 1991, 145 ss.

<sup>68</sup> Se, infatti, può certamente dirsi che il dolo riguarda il danno con riferimento all'art. 1993, in cui però la nozione di danno è ben peculiare, coincidendo *tout court* con la sottrazione al debitore delle eccezioni personali opponibili al precedente possessore del titolo, meno chiaro è il caso dell'art. 2384. È vero che dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritengono che alla consapevolezza dell'esorbitanza dell'atto dai poteri dell'amministratore si debba accompagnare l'intenzione di arrecare un danno patrimoniale alla società — v. CALANDRA BUONAURA (nt. 67), 146 s. ed autori *ivi* citati in nota 60; in giurisprudenza, Cass., 10-8-1988, n. 4914 (nt. 67). *Contra*, ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, 139, per il quale il «danno» in questione è *in re ipsa*, e consiste nel vincolare la società ad un negozio che l'amministratore non aveva il potere di compiere —, ma se, superando lo schermo di qualche massima redatta in termini poco fedeli, si guarda alle motivazioni delle pronunce della Suprema corte sul punto, si riscontra un quadro di estrema ambiguità. Può così ben dirsi che la volontà del terzo di causare un danno patrimoniale alla società degrada in realtà a mera consapevolezza delle conseguenze di un'azione finalisticamente caratterizzata al conseguimento di un vantaggio; si vedano, Cass., 10-8-1988, n. 4914, *cit.*, la quale fa derivare l'intenzione di danneggiare la società direttamente dall'accertamento, in via presuntiva, di una volontà di approfittamento (afferma, infatti, la Suprema Corte che «siccome al danno di taluno si contrappone normalmente il corrispondente profitto di altro soggetto, è sufficiente il fatto di avere agito col fine di procurare a sé un profitto esorbitante perché, corrispondentemente, la relativa azione possa qualificarsi come intenzionalmente dannosa per la controparte del rapporto»); Id., 8-11-2000, n. 14509, *cit.*, in cui, analogamente alla precedente, si afferma che «è necessario cioè

che le regole in questione non servono a fondare pretese risarcitorie, ma a contemperare una tutela straordinariamente rafforzata dell'affidamento (la cui *ratio* è l'agevolazione del traffico giuridico) con l'esigenza di impedire che di questa tutela si abusi. Nella disciplina della rappresentanza societaria, in particolare, il ricorso al dolo consente di non contraddire la regola per cui la semplice conoscenza delle limitazioni statutarie, resa possibile attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese, non basta a pregiudicare l'atto compiuto dal terzo con l'amministratore. Il dolo serve, dunque, a rendere inopponibili alla società atti che altrimenti, sulla base della peculiare disciplina adottata, dovrebbero esserlo.

Nel nostro caso, invece, il requisito soggettivo, in presenza di un danno patrimoniale causalmente collegato all'azione degli amministratori, svolge la funzione di selezionare le ipotesi in cui di tale danno debbano rispondere anche uno o più soci. E tale funzione di selezione opera sia sul piano oggettivo, sia, non va trascurato, su quello soggettivo.

Sul piano oggettivo, è inevitabile partire da due constatazioni. La prima è che il socio indirizza la propria azione non al compimento di atti di gestione, ma all'induzione dell'amministratore a compierli. Mentre nel caso della responsabilità dell'amministratore i danni sono conseguenza diretta della sua azione, in quella del socio conseguenza diretta della decisione o dell'autorizzazione è il compimento di atti da parte dell'amministratore. Tra l'azione del socio e i danni, dunque, si pone un passaggio intermedio.

La seconda è che, se al momento in cui il compimento dell'atto viene indotto le sue conseguenze patrimoniali sono semplicemente in potenza, già in quel momento è invece possibile formulare un giudizio sulla liceità di tale atto e, dunque, sulla legittimità del comportamento gestorio dell'amministratore.

Dalla prima constatazione deriva:

a) che l'intenzionalità esige che la relazione tra decisione (o autorizzazione) e atto gestorio sia consapevole e volontaria. Anzi, a ben vedere, sotto questo profilo, non è neppure del tutto vero che l'intenzionalità non possa riguardare il decidere, purché ci si intenda sul punto. È ovvio che il decidere è *di per sé* attività volontaria, ma poiché si verte in tema di induzione dell'amministratore a compiere un atto specifico, è innanzitutto necessario che il socio sappia che la sua manifestazione di volontà è idonea ad orientare il comportamento dell'amministratore verso quell'atto, e che questa sia la sua intenzione. Tale aspetto appare meno importante nel caso di decisioni assunte in via istituzionale [ma si veda il successivo punto b)] che

dimostrare, quantomeno, che la finalità perseguita dall'agente si sia realizzata attraverso una stipulazione potenzialmente generatrice di danno per la società».

nei casi di influenza informale sull'attività degli amministratori: in questi, infatti, deve necessariamente accertarsi, magari per presunzioni, se il socio ha voluto, con il suo intervento informale, operare in modo da orientare l'atteggiamento dell'amministratore, o se, invece, ha ritenuto di formulare, ad esempio, mere considerazioni o valutazioni generali, che l'amministratore ha autonomamente inteso quali impulsi a compiere l'atto. Non può invece essere necessaria la collusione con l'amministratore, perché ciò vorrebbe dire trasformare anche la responsabilità di quest'ultimo in una responsabilità a titolo di dolo, in contrasto con i principi che regolano la sua propria responsabilità<sup>69</sup>;

b) che nel caso in cui non vi sia corrispondenza tra l'azione dell'amministratore e le indicazioni del socio si deve verificare se tale non corrispondenza sia sostanziale e non spezzi, dunque, il legame soggettivo tra la decisione e l'azione; solo nel primo caso (ad esempio, i soci indicano un obiettivo, ma questo viene perseguito dall'amministratore scegliendo modalità illegittime, che provocano un danno strettamente ad esse conseguente) potrà escludersi la responsabilità del socio.

Dalla seconda constatazione deriva che l'«intenzionalità» non può che abbracciare anche l'antigiuridicità dell'atto. L'espressione «atti dannosi» è, in realtà, ellittica di una realtà più composta della semplice lesività patrimoniale. Non deve, infatti, dimenticarsi che, ai fini della responsabilità dell'amministratore, rileva solo quel danno che derivi da atti costituenti inadempimento dei doveri, legali o statutari connessi allo svolgimento della funzione amministrativa, o che si connota come *iniuria datum*, ai sensi dell'art. 2043<sup>70</sup>. Condizione imprescindibile perché operi la responsabilità del socio è, pertanto, che egli sia perfettamente in grado di valutare, nel momento in cui decide, l'illegittimità dell'atto indotto. Col volere che l'amministratore compia *quell*atto, del quale conosce l'illegittimità, il socio integra la dolosa induzione dell'amministratore ad un agire illecito. E il peculiare profilo del dolo, che, rispetto al medesimo atto (rispettivamente, indotto e compiuto), distingue la responsabilità del socio da quella dell'amministratore, si coglie se si pensa che, mentre l'amministratore risponde per propria negligenza, imprudenza, imperizia, il socio non risponde per *propria* negligenza, imprudenza, imperizia nel decidere o autorizzare l'atto<sup>71</sup>, ma solo se, perfettamente

<sup>69</sup> Le due responsabilità, una a titolo di dolo e l'altra a titolo di colpa, possono ben concorrere ed essere compatibili con il vincolo di solidarietà (v. Cass., 19-1-1996, n. 418, in *Dir. trasporti*, 1997, 153).

<sup>70</sup> In tal senso, M. RESCIGNO, *Soci* (nt. 3), 308.

<sup>71</sup> In tal senso, invece, M. RESCIGNO, *Soci* (nt. 3), 308.

consapevole, induce l'amministratore ad un'azione imprudente, negligente o imperita (o, magari, a sua volta dolosa)<sup>72</sup>.

È nel giudizio appena descritto che deve essere inglobato quello sullo stato soggettivo riferito al pregiudizio derivante dall'atto indotto. Ciò, ancora, perché lo stato soggettivo del socio va riferito a tale atto, e non autonomamente alle conseguenze che possono derivare dal suo compimento ad opera dell'amministratore. L'illegittimità dell'atto può discendere dal diretto contrasto con norme specifiche, e, in questo caso, la coscienza e volontà di indurre a violarle è più che sufficiente ad obbligare il socio a risarcire tutti i danni che ne sono derivati; ma può discendere anche dal complesso delle circostanze inerenti all'operazione (ad esempio, la sua eccessiva rischiosità alla luce delle prospettive economiche, dei mezzi della società, ecc.), che fanno sì che il porre in essere l'atto si connoti, per l'amministratore, come inadempimento dei propri obblighi. In questi casi, il giudizio sullo stato psicologico non potrà non inglobare in qualche misura anche la consapevolezza della potenziale lesività, da riferirsi non alle possibili specifiche lesioni patrimoniali che possono derivare dall'inadempimento, ma all'inadempimento in sé considerato<sup>73</sup>. L'idea che, per rispondere dei danni, il socio debba averli previsti contrasta, tra l'altro, con una circostanza che discende dai principi generali in materia di determinazione del danno risarcibile. L'elemento della prevedibilità del danno da parte dell'agente al momento del compimento dell'atto riceve, infatti, diverso trattamento a seconda che si sia in presenza di violazione contrattuale o extracontrattuale; ma tale distinzione viene meno, anche con riferimento al primo caso, quando la regola di imputazione soggettiva dell'inadempimento è il dolo. Ne deriva che il socio al quale, appunto, si imputa un comportamento «intenzionale», sarà comunque obbligato a risarcire anche i danni imprevedibili. Se si richiama questa regola nel nostro caso, ci si deve chiedere che senso abbia richiedere come requisito soggettivo la prevedibilità del danno (o, peggio, la specifica volontà di causarlo), a meno che, appunto, con tale espressione non ci si intenda riferire alla lesione giuridica insita nell'inadempimento o nel compimento di un atto *contra ius*.

<sup>72</sup> Un esempio può chiarire meglio il concetto: agisce in modo doloso il socio che, per indurre l'amministratore a compiere un investimento troppo rischioso gli fornisce consapevolmente un'informazione falsa. Non risponderà invece dei danni il socio che, ad esempio, abbia a sua volta ricevuto da altri tale informazione. L'amministratore, invece, risponderà comunque dei danni se si ritiene che egli, pur ignaro della falsità dell'informazione, sulla base delle regole dell'ordinaria diligenza avrebbe dovuto verificarne da sé la fondatezza.

<sup>73</sup> Corretta mi pare, dunque, quanto meno, appunto, con riferimento ai casi in cui l'illegittimità si connota come difetto di diligenza, la già ricordata osservazione di LIBONATI (nt. 5), 476, secondo il quale il socio risponde «solo se abbia deciso e autorizzato l'atto pregiudizievole con consapevolezza dei suoi effetti anche se non propriamente del danno che andava a determinare alla società, ai soci (o ai terzi)».

Il requisito dell'intenzionalità svolge però anche una funzione di selezione sul piano soggettivo. Come è stato sottolineato, la «precisazione si traduce, allorquando il processo decisionale si conforma al metodo assembleare prescritto dalla legge o dallo statuto per quella materia, in una partecipazione “qualificata”: sia sotto il profilo oggettivo del peso corporativo della quota ed, eventualmente, dei diritti amministrativi ad essa inerenti (art. 2468, comma 3 c.c.); sia sotto il profilo soggettivo della direzione della volontà sottesa al voto ed espressa per tramite di esso»<sup>74</sup>. Tale affermazione coglie correttamente la funzione discriminatrice della disposizione rispetto alle posizioni ed ai comportamenti dei soci. Se è evidente che, in caso di influenza extraistituzionale, delle sue conseguenze debbano rispondere solamente i soci che l'abbiano posta in essere, e non certo gli altri, quando la decisione viene assunta in forme procedimentalizzate, in qualsiasi forma ciò avvenga, il requisito dell'intenzionalità consente di rompere l'unitarietà della volontà promanante dal corpo sociale, evitando che dalla sua tradizionale irresponsabilità si passi ad un indiscriminato coinvolgimento di tutti coloro che l'hanno espressa. Esso serve, pertanto:

a) a discriminare tra soci sicuramente estranei alla decisione e soci che vi sono coinvolti. Dunque, prima indicazione è che i soci responsabili per gli atti di gestione dannosi vanno individuati tra coloro che li hanno decisi, lasciando fuori senz'altro coloro che li hanno avvertiti o che non si sono espressi, perché assenti o astenuti<sup>75</sup>;

b) a discriminare, tra i soci che hanno concorso ad assumere la decisione, quelli che lo hanno fatto pienamente informati e consapevoli di tutte le circostanze e implicazioni rilevanti, da quelli che non lo erano. Se così non fosse, si accedrebbe all'idea — che abbiamo visto insostenibile — che anche il socio deve decidere informato, imputando a titolo di colpa la responsabilità anche a quelli che hanno deciso disinformati, superficialmente, distrattamente, mal valutando le circostanze, ecc.;

c) (e qui l'intenzionalità diventa il punto di confine tra l'influenza istituzionale e quella extraistituzionale) a dare rilevanza a quelle fasi del procedimento decisionale prodromiche o connesse alla manifestazione della volontà del corpo sociale all'interno delle quali tale volontà si è costituita. A tale scopo, rilevanti saranno, laddove si riesca a ricostruirli, i passaggi della even-

<sup>74</sup> GUERRERA (nt. 10), 72 s.

<sup>75</sup> Solo per comodità facciamo riferimento all'ipotesi in cui il danno poi prodottosi sia conseguenza di un atto positivo di gestione. Il danno fonte di responsabilità può derivare anche dalla mancata decisione di un atto necessario, che è pur sempre scelta gestionale, della quale gli amministratori saranno responsabili per essersi conformati al divieto dei soci di compierlo e i soci per aver espresso tale divieto (in tal caso, dunque, sicuramente esenti da responsabilità saranno i soci che si erano espressi per il compimento dell'atto).

tuale discussione e gli eventuali contatti, tra i soci e tra questi e gli amministratori, che hanno preceduto il voto<sup>76</sup>.

Certo, non ci si può nascondere che, tolto il caso del socio unico o che detenga da solo la maggioranza (ma perché, in questi casi, un socio dovrebbe esporsi apertamente alla responsabilità, potendo influenzare l'amministratore per via extraistituzionale, con connessa maggiore difficoltà di prova?), in tutti gli altri casi il socio ben informato e consapevole finisce con il rappresentare solo una delle voci che hanno concorso all'induzione degli amministratori a compiere l'atto lesivo. Orbene, per non rischiare di sanzionare l'induttore degli induttori, forse si può ritenere (analogamente a quanto previsto in materia di conflitto di interessi), che la responsabilità per decisioni adottate con modalità istituzionali operi solamente quando il voto del socio che abbia deciso «intenzionalmente» sia stato determinante per l'adozione della decisione: non si può, peraltro, ignorare che anche con questa cautela la configurazione di una responsabilità a carico di chi *concorre* ad adottare una decisione che induca gli amministratori a compiere atti dannosi può suscitare qualche riserva.

#### 10. *La natura giuridica della responsabilità del socio.*

Anche la natura giuridica della responsabilità dei soci è dibattuta. Mentre nessuno dubita che essa sia extracontrattuale quando gli atti dell'amministratore indotti danneggiano singoli soci o terzi, taluni autori ritengono che essa sia di tipo contrattuale quando danneggiata sia la società, e ciò proprio sulla base della individuazione della fonte della responsabilità nella violazione di obblighi fiduciari del socio verso essa<sup>77</sup>.

Si può concordare con questa soluzione (che, del resto, appare sostenuta dall'espressione «ai sensi dei precedenti commi»), ma il suo fondamento va meglio messo a punto. Quando si questiona della responsabilità del socio per danni alla società, infatti, la sua fonte non può essere rinvenuta nell'obbligo di ben amministrarla. In primo luogo, come si è visto, il socio non amministra la società. In secondo luogo, se si collegano gli obblighi del socio alla gestione

<sup>76</sup> È vero, come rilevato da VIGO (nt. 4), 53, che sussistono difficoltà probatorie (più per gli esterni che per i soci), solo in parte mitigate dall'obbligo (art. 2478, comma 1°, n. 2) di trascrivere nel libro delle decisioni dei soci sia i verbali delle assemblee che le decisioni assunte in forma non assembleare, nonché di conservare la relativa documentazione. Nota anche l'A. che le difficoltà si accrescono qualora i detti obblighi di trascrizione e conservazione vengano violati.<sup>77</sup> In tal senso, oltre a M. RESCIGNO, *Eterogestione* (nt. 3); ID., *Soci* (nt. 3), 305, v. DI AMATO (nt. 3), 304; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE (nt. 3), 287; S. ROSSI (nt. 3), 1069; PRESTI e M. RESCIGNO (nt. 5), 243. In senso contrario, SALAFIA (nt. 3), 9; PICCIAU (nt. 3), 273 s.

della società si torna al dilemma iniziale: o si elimina l'avverbio «intenzionalmente» (e si equipara la responsabilità del socio a quella dell'amministratore) o si finisce col doverlo porre in relazione con i risultati della gestione (e si torna così al dolo riferito specificamente al danno); e non avrebbe senso, in effetti, una responsabilità da violazione di obblighi di buona gestione che operi esclusivamente per le azioni dolose. Ha, invece, più senso una responsabilità del genere quando discenda dall'abusivo esercizio di un potere di fatto sulle scelte di un altro soggetto incaricato di gestire la società; potere la cui sussistenza è in concreto provata proprio dall'ottemperanza — come abbiamo visto, giuridicamente non obbligata — prestata dal gestore.

Va tuttavia detto che la questione della natura giuridica della responsabilità è fortemente ridimensionata proprio dalla sussistenza del requisito del dolo. È pacifico, infatti, che, anche in caso di responsabilità contrattuale, sarà l'attore a dover provare il dolo, sia pure attraverso presunzioni<sup>78</sup>. Inoltre, come si è già detto, la responsabilità si estenderà comunque anche ai danni non prevedibili (art. 1225). Anche riguardo al termine di prescrizione, la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è qui superata; ciò per effetto dell'art. 2949, comma 1°, che rende quinquennale anche la prescrizione dell'azione di responsabilità per danni verso la società.

Anche quanto alla decorrenza della prescrizione non dovrebbero sussistere differenze, atteso che il termine comincia comunque a decorrere dal momento in cui il diritto al risarcimento è esercitabile (art. 2935 c.c.), dunque, per opinione giurisprudenziale costante, a partire dalla manifestazione del danno, in caso di illecito extracontrattuale, o dal prodursi delle conseguenze dell'inadempimento, in caso di violazione di tipo contrattuale. Sorge, tuttavia, una questione, frutto di un difetto di coordinamento: per effetto dell'art. 2941, n. 7, c.c., la prescrizione dell'azione sociale di responsabilità resta sospesa finché l'amministratore resta in carica; regola perfettamente comprensibile, dato che l'amministratore potrebbe, finché resta in carica, occultare le violazioni commesse; ma tale sospensione, in mancanza di esplicita previsione, non si estende all'azione nei confronti del socio, pur solidalmente responsabile con l'amministratore (così, infatti, dispone l'art. 1310, comma 2°, c.c.). Ne deriva che, mentre all'amministratore, finché resta in carica, il decorso del tempo non giova ai fini della prescrizione, tale decorso varrà a

<sup>78</sup> Cass., 26-11-1998, n. 11992; in dottrina, per tutti, BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 156. Singolarmente S. Rossi (nt. 3), partendo dal presupposto che in caso di danni alla società anche la corresponsabilità del socio sia da ritenersi di tipo contrattuale, e pur ritenendo, come si è visto, che si tratti di responsabilità per dolo, sostiene che debba essere il socio convenuto «a dover fornire la prova della mancanza di tale requisito psicologico per andare esente da responsabilità, più specificamente dimostrando la non "intenzionalità" della partecipazione alla decisione dannosa per la società».

porre al riparo il socio dal coinvolgimento ai sensi dell'art. 2476, comma 7°. In breve, la permanenza in carica dell'amministratore che sia in grado (ove ciò sia materialmente possibile) di coprire inadempimento e danno consentirà al socio che lo ha ispirato di sottrarsi all'azione della società. Resterà, è vero, ai sensi ancora dell'art. 1310, comma 2°, secondo periodo, la possibilità dell'amministratore di agire in regresso *pro quota* contro il socio, ma ciò non pone rimedio al fatto che il beneficio della solidarietà tra corresponsabili per la società potrà risultare comunque vanificato.

### 11. Conclusioni.

Le conclusioni su un istituto indubbiamente innovativo, ma i cui reali spazi di applicabilità sono tutti da verificare, non possono che essere articolate e, in qualche misura, sospese.

Da un lato, la necessità di coniugare la responsabilità limitata del socio con una sua certa responsabilità per il coinvolgimento nella gestione ha lasciato aperti tutti i problemi già da tempo sul campo sul limite di resistenza dello schermo dell'autonomia patrimoniale perfetta. La figura del socio sovrano o tiranno, con le conseguenze che la sua evocazione comporta in termini di possibile *Durchgriff*, potrebbe continuare ad essere invocata nel dibattito dottrinale, ma è indubbio che la riforma, con l'art. 2476, comma 7°, c.c. (così come, del resto, con la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento), rende sistematicamente più arduo l'approdo a soluzioni di quel segno: la nuova disciplina, come è già stato rilevato, in qualche modo legittima l'ingerenza del socio, sanzionandone, in termini di responsabilità per danni e non di responsabilità per debiti, il cattivo esercizio. Senza sottovalutare l'importanza di questo risultato, non è detto, però che l'art. 2476, comma 7°, c.c. sia idoneo a chiudere ogni spiraglio per un maggiore coinvolgimento del patrimonio del socio nel dissesto della società.

Da un altro lato, è indubbio tuttavia che la responsabilità dei soci, sia pure operante su presupposti di non agevole (ma neppure impossibile) prova, in unione con altri istituti (*in primis*, la previsione di vasti poteri di controllo del singolo socio e la legittimazione individuale all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità sociale), arricchisca il novero degli strumenti a disposizione per indurre ad una migliore e, soprattutto, più trasparente gestione della cosa sociale. Si è, da taluni, paventato che l'incremento di tale strumentario possa provocare una «fuga» dal tipo s.r.l., vanificando l'aspirazione del legislatore ad incentivare il ricorso ad esso<sup>79</sup>, ma v'è da chiedersi verso quali lidi questa

<sup>79</sup> V. AMBROSINI (nt. 1), 303.

fuga possa essere attuata, soprattutto se si ritiene, come si è qui ritenuto, conformemente all'opinione maggioritaria, che nulla si opponga all'applicazione dell'art. 2476, comma 7°, c.c., anche alle s.p.a. Ed è anche auspicabile, sia pure in presenza di segnali contraddittori da parte del legislatore (non si può dimenticare che all'incremento dei poteri di controllo e di azione del socio ha corrisposto l'eliminazione del potere di denuncia al tribunale, già assicurato dall'art. 2409 c.c.), che sia venuto il momento di accantonare una certa timidezza nell'apprestare adeguate tutele, dettata dal timore di disincentivare l'iniziativa imprenditoriale, a costo di sopportare la violazione delle leggi e la lesione di interessi parimenti meritevoli di tutela.

