



Interno, Internazionale
Comunitario e Comparato

Direttori:

Niccolò Abriani, Massimo Benedettelli, Vincenzo Cariello, Giuseppe Ferri jr, Gianvito Giannelli, Fabrizio Guerrera, Giuseppe Guizzi, Marco Lamandini, Roberto Pennisi, Paolo Piscitello, Duccio Regoli, Giuseppe A. Rescio, Daniele U. Santosuosso, Lorenzo Stanghellini, Umberto Tombari

Rivista trimestrale - 4/2014



G. Giappichelli Editore – Torino

Responsabilità del socio di società a responsabilità limitata per gli atti di influenza amministrativa (art. 2476, 7° comma, c.c.)[*]

Daniele U. Santosuosso

SOMMARIO: 1. Profili sulla responsabilità del socio di società a responsabilità limitata per gli atti di influenza gestionale prima della riforma del 2003. Abuso della personalità giuridica e scorrettezza organizzativa. – 2. La portata innovativa della norma contenuta nell'art. 2476, 7° comma, c.c. legata al nuovo tipo società a responsabilità limitata. Riflessioni sul tipo società a responsabilità limitata. Lo status di socio. Il rapporto soci e amministratori. – 3. Le condizioni di applicabilità della norma. Gli elementi oggettivi della condotta illegittima dell'amministratore di ruolo e dell'atto del socio di decisione o di autorizzazione. L'elemento soggettivo psicologico dell'intenzionalità. – 4. Singoli profili problematici. La natura della responsabilità. L'amministratore di gruppo. Inapplicabilità della norma alle società per azioni.

1. Profili sulla responsabilità del socio di società a responsabilità limitata per gli atti di influenza gestionale prima della riforma del 2003. Abuso della personalità giuridica e scorrettezza organizzativa

La norma contenuta nel 7° comma dell'art. 2476 c.c. rappresenta, come da molti riconosciuto già all'indomani della riforma [1], una delle più innovative dell'intera riforma del diritto societario del 2003, anche rispetto alla legge delega (che non ha disposto espressamente la previsione di una norma di tale portata precettiva). Essa, si è affermato, prevedendo che siano «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» [2], infrange a detta di molti “per la prima volta” il tabù della responsabilità limitata del socio per le società di capitali [3].

La portata innovativa della disposizione va tuttavia a nostro avviso più propriamente inquadrata. È vero che nella giurisprudenza teorico-pratica il tema della responsabilità del socio di

[*] Il presente scritto è destinato al *Liber amicorum* Pietro Abbadessa.

[1] Per tutti ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, sub 2475-2483, in *Commentario Schlesinger* (Milano, 2010), 1123; D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra soci e società*, *Giur. comm.*, 2007, I, 11.

[2] La disposizione si combina con quella del nuovo art. 146 legge fall. (come sostituito dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), per la quale l'esercizio dell'azione *de qua* spetta al «curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori».

[3] V. per esempio TOMBARI, *La responsabilità dei soci*, in *S.r.l. Commentario dedicato a Portale* (Milano, 2011), 717.

società a responsabilità limitata per gli atti di influenza gestionale prima della riforma del diritto societario del 2003 non era posto nei termini che sono alla base della scelta del legislatore. Di alcuni profili ad esso inerenti si trovavano però già stimolanti tracce nell'ambito degli orientamenti della giurisprudenza teorica e pratica sulla responsabilità personale dei soci di società di capitali in generale (e quindi non soltanto con riferimento ad un tipo societario), in contesti in cui il socio avesse esercitato in modo continuativo una attività di direzione della società medesima, dando luogo a fenomeni come il socio tiranno o sostanzialmente unico, ovvero in un gruppo di società (come socio capogruppo) [4]; ed in particolare in quella giurisprudenza che, con approccio "sostanzialista", giungeva a sanzionare la responsabilità della persona fisica socio non unico (anche se con soci a partecipazione simbolica) proprio di una società a responsabilità limitata: che, ancorché non esercitando una diversa impresa né autonomamente né in società con altro socio, veniva considerato illimitatamente responsabile ed assoggettabile al fallimento ai sensi dell'art. 147 legge fall. Da notare però che tali casi riguardavano un soggetto non solo socio sostanzialmente unico ma anche amministratore (unico, di ruolo) [5].

Appaiono quindi evidenti le differenze rispetto alla fattispecie regolata dal caso in esame, che vede i soci responsabili non in quanto unici, ed inoltre necessariamente in solido con gli

[4] Ci si riferisce alle ben note teorie in tema di responsabilizzazione del socio tiranno pur in presenza di minoranze reali [BIGIAVI, *L'imprenditore occulto* (Padova, 1964), 181 ss.; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca* (Bologna-Roma, 1969), 51 ss.] o comunque del socio che realmente rappresenta l'unica volontà della società [ASCARELLI, *Imprenditore occulto e sovrano della società. Responsabilità limitata e frode alla legge*, *Foro it.*, 1950, I, 1316 ss.; ID., *In tema di società per azioni con un solo azionista e di divisione ereditaria*, *Foro it.*, 1950, I, 1114 ss.; RESCIGNO, *La persona giuridica "unico azionista" (nota attorno all'art. 2362 cod. civ.)*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, I, 479 ss.; più recentemente SCOTTI CAMUZZI, *Unico azionista, gruppi, "lettres de patronage"* (Milano, 1979), in part. 47 ss.; ID., *L'unico azionista*, in *Trattato Colombo-Portale* (Torino, 1991), 2**, 674 ss.; NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato Colombo-Portale* (Torino, 1993), 9, 447 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società* (Torino, 1995), 278-279], ed agli orientamenti per cui l'intestazione fittizia o fraudolenta di partecipazioni in capo a soggetti formalmente diversi dalla persona dominante faccia scattare la responsabilità dell'unico socio. Nelle ipotesi in cui il soggetto sovrano sia una società di capitali la regola della responsabilità dell'unico socio è applicata con continuità. È stata così riconosciuta la frode alla legge, e dichiarata pertanto la nullità della intestazione, di fronte all'evidente squilibrio tra la partecipazione quasi totalitaria e l'irrelevante contributo dell'azionista di minoranza; e di fronte al ruolo di quest'ultimo, professionista tutore e rappresentante degli interessi della dominante presso tutte le società da essa controllate (v. le sentenze relative al noto caso "Marzoli-Massari", deciso da App. Milano, 5 febbraio 1982, *Giur. comm.*, 1982, 614 ss., *ivi*, 628; Cass., 29 novembre 1983, *Giust. civ.*, 1984, I, 3127 ss., *ivi*, 3129 ss.; App. Milano, 23 settembre 1986, *Giur. comm.*, 1988, II, 889 ss. Nel medesimo senso v. Trib. Milano, 18 marzo 1985, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, II, 489 ss.; Cass., 27 agosto 1987, n. 7064, *Società*, 1987, 1149 ss. Contro questo orientamento si esprimeva Trib. Milano, 3 settembre 1992, *Giur. comm.*, 1993, II, 659 ss., anche se con riferimento a una società a responsabilità limitata. Sempre per l'applicabilità dell'art. 2362 c.c. alla persona giuridica altre sentenze di Cassazione che si sono pronunciate fuori delle ipotesi di socio sovrano: Cass., 14 dicembre 1981, n. 6594, *Foro it.*, 1982, I, 2412 ss.; Cass., 24 febbraio 1986, n. 1088, *Giur. comm.*, 1986, II, 537 ss.; Cass., 28 aprile 1994, n. 4111, *Società*, 1994, 1193 ss.

[5] Trib. Ferrara, 7 marzo 1994, *Giur. comm.*, 1995, II, 403 ss. L'ostacolo più alto, rappresentato dal fatto che la società fallita non era a responsabilità illimitata, veniva superato facendo leva sul sistema introdotto dal d.lgs. n. 88/1993: la novella recherebbe, soprattutto nell'art. 2490-bis, elementi di imperfezione dell'autonomia patrimoniale della società, sì da fornire motivi di analogia con l'art. 147 legge fall. Con riferimento all'unico azionista l'analogia con l'art. 147 legge fall. è stata affermata da NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile* (Milano, 1974), 594 ss.; GALGANO, *Fallimento delle società. Gli aspetti sostanziali*, in *Trattato Galgano* (Padova, 1988), X, 80 ss.; SCOTTI CAMUZZI (*supra*, n. 4), 760 ss.; e, per analogia iuris, come è noto da BIGIAVI (*supra*, n. 4), 176 ss. In posizione contraria la maggioranza degli interpreti tra cui G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa* (Milano, 1967), 98; DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali* (Milano, 1973), 118 ss., 124 ss. Ulteriori riferimenti, anche in giurisprudenza, in SCOTTI CAMUZZI (*supra*, n. 4), 760 ss. Da notare anche App. Bologna, 21 settembre 1991, *Giur. it.*, 1992, I, 2, 170 ss., che, ritenendo non contraria all'ordine pubblico una decisione del giudice di S. Marino presa in aderenza alla legge sanmarinese sulle procedure concorsuali che estendeva la procedura fallimentare ai fideiussori di società di capitali, anche se persone fisiche non esercenti attività commerciale, ritiene il provvedimento fondato su un «principio non del tutto estraneo all'ordinamento italiano: quello secondo il quale il socio di società di capitali che abbia confuso il proprio patrimonio con quello della società o abbia abusato della propria posizione di potere nella stessa va assoggettato anch'esso al fallimento» (174).

amministratori di ruolo (che il socio per la norma non deve essere). La norma mira infatti, come meglio vedremo, ad evitare spazi di immunità per atti scorretti di natura amministrativa, ma **concretamente gestionale** – per i canoni di una società a responsabilità limitata – e dannosi, intenzionalmente compiuti da quei soci privi della formale investitura di amministratori, e che si concretano in una sostanziale induzione o complicità nella condotta illegittima dell'amministratore.

Ma ciò che si vuole far subito rilevare è che le richiamate posizioni giurisprudenziali, alcune – come l'ultima cennata – anche ardite, testimoniano della tradizionale ecauta tendenza verso la repressione degli abusi della personalità giuridica, di cui a nostro avviso la norma in commento è, per il proprio versante – quello della società a responsabilità limitata – anch'essa in parte espressione, oltre ad configurarsi come illecito “organizzativo” di un atto (non necessariamente il voto) scorretto del procedimento decisionale.

2. La portata innovativa della norma contenuta nell'art. 2476, 7° comma, c.c., legata al nuovo tipo società a responsabilità limitata. Riflessioni sul tipo società a responsabilità limitata. Lo status di socio. Il rapporto soci e amministratori

La indubbia capacità innovativa della norma in esame non è da rapportare *tout court* alle società di capitali ma è, come si cercherà di spiegare, figlia della carica riformatrice del sistema della nuova società a responsabilità limitata, di cui è una delle più segnaletiche. La norma riflette ed è coerente con il modello legale tipico (o fattispecie negoziale tipica) della società a responsabilità limitata nelle sue più salienti note caratteristiche [6] così come registrate da una lettura della disciplina orientata dalla rilevazione del dato socio-economico reale – che il legislatore accetta come minimo e comune ad ogni modello potenzialmente attuabile in concreto – dell'impresa societaria che adotta tale veste.

Ciò vale sotto diversi profili, *in primis* per lo *status* di socio in ordine ai suoi interessi tipici o “prevalenti”. In effetti, e volendo sdrammatizzare la visione dicotomica che porta alla distinzione tra “socio imprenditore” e “socio finanziatore” (essendo, banalmente, il primo anche finanziatore ed il secondo anche partecipe alla vita di impresa), è rilevazione ormai ovvia che nel tipo societario che ci occupa – nel “voluto” del legislatore – i soci abbiano prevalenti interessi di tipo “imprenditoriale” anziché “finanziario”. Il legislatore standardizza ciò che ritiene l'*id quod plerumque accidit* quanto agli interessi dominanti dei soci, ed in questo senso la sussunzione del modello socio-economico a fattispecie negoziale (tipica) giuridicamente rilevante in via generale ed astratta porta a definire come oggetto dell'interesse (tipico) del socio di società a responsabilità limitata quello di esercitare l'impresa in sé, ossia “fare impresa” in una progettualità ad ampio respiro temporale, prevalendo ciò rispetto all'interesse a capitalizzare nel breve periodo l'investimento.

Il che, per provare a scandire ulteriormente tale paradigma partecipativo, significa che questo è legato a una concezione e ad un modo di fare impresa eminentemente (in senso storico e sociologico) individuale e perciò personale (di qui la centralità della persona-individuo), dell'imprenditore che considera l'attività e l'azienda come proprie in quanto espressione di sé e delle sue idee creative, oltre che parte del suo patrimonio e fonte delle proprie aspettative di vi-

[6] Ciò emerge dagli stessi lavori preparatori della riforma, ed in particolare espressamente dalla Relazione al d.lgs. n. 6/2003 (§ 11) secondo cui la responsabilità dei soci che hanno contribuito al compimento di atti dannosi «tiene in tal modo conto delle caratteristiche del tipo societario in questione».

ta. Che questa idea di uomo imprenditore esalti scelte volte alla sostenibilità nel tempo dell'attività, soprattutto attraverso il controllo e la partecipazione alla gestione, oltre che l'investimento degli utili nell'impresa medesima, diviene considerazione quindi necessitata dalle premesse.

In armonia con tale visione sistematica emerge altresì la constatazione delle peculiarità della società a responsabilità limitata sul piano dei rapporti tra soci e amministratori, che si declinano nella relazione tra potere contrattuale (dei soci) e funzione (amministrativa), almeno sotto due profili.

È riconoscibile così in primo luogo uno schema dove è "fisiologico" che i soci concretamente [7] operino a stretto contatto con gli amministratori nelle scelte amministrative ed in particolare gestionali, pur se formalmente non siano investiti del *munus* amministrativo o non abbiano competenze gestorie "auto attribuite" ai sensi degli artt. 2475 e 2479, 1° comma (o, individualmente, ai sensi dell'art. 2468). La logica del sistema dunque appare quella della prevenzione e sanzione di singole condotte scorrette che vengono ad emersione presupponendo una – anche solo potenzialmente – abituale osmosi tra l'essere – ed esercitare le prerogative da – soci e l'attività amministrativa (indipendentemente da mandati formali), e quindi del comportamento, molto frequente nel tipo societario *de quo*, di chi esercita un effettivo potere di amministrazione senza essere amministratore.

Il che non vuol dire a nostro avviso essere di fronte alla disciplina di un profilo di attività dell'amministratore di fatto: questa emergerebbe come situazione gestionale diretta e continuativa o comunque effettivamente sovrapponibile con il mandato da amministratore, mentre quella qui regolata è episodica e circostanziata da alcuni presupposti (v. *infra*). È vero che il legislatore presume che vi sia tipicamente contiguità occulta ma tale contiguità (norma del tipo) non è il presupposto di applicazione della norma di responsabilità, che si applicherebbe appunto anche se così in concreto non fosse.

Va da sé che questa impostazione nella lettura del modello trascenda sia il tema della multiformità del modello o struttura reale della società a responsabilità limitata e non necessita della soluzione al connesso problema della individuazione dello schema concretamente adottato, sia il tema dei modelli socio-economici compatibili (c.d. *Realtypen*, se se ne accetta l'esistenza) [8], perché si adatta al modello legale tipico qualunque sia la sua attuazione fattuale o il suo modello compatibile. Essa accoglie la chiave interpretativa di volta del sistema che ci occupa proposta in relazione al tema – al nostro strettamente collegato – della responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, laddove appunto si afferma che in questa, a differenza della società per azioni, il modello non richiede in modo così accentuato "la suddivisione del lavoro" tra gestori professionali e proprietari e non si procedimentalizza il momento decisionale, in quanto la gestione di interessi riguarda una collettività cui chi gestisce partecipa [9].

Rileva poi una seconda caratteristica tipologica del rapporto socio-amministrazione di società a responsabilità limitata. Essa può ravvisarsi nel potere-dovere (di tipo *droit-fonction*) di controllo sull'amministrazione insita nella posizione del socio non (formalmente) amministratore ed accentuata nella società a responsabilità limitata.

[7] Sempre dalla Relazione al d.lgs. n. 6/2003 (§ 11) emerge la rilevanza del dato reale: «nella concreta realtà in esso molto spesso l'effettivo potere di amministrazione non corrisponde all'assunzione della effettiva veste formale».

[8] Su tali temi v. ABBADESSA, *Sub* 2325, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres (Napoli, 2004), 1 ss., e SPADA, *Sub* 2325, 2452, 2462, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da D'Alessandro (Padova, 2010), II, 1, 1 ss.

[9] ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, *Riv. soc.*, 2007, 1217 ss.

La letteratura sul controllo (vigilanza) sulla gestione da parte degli amministratori non esecutivi, formatasi soprattutto a proposito delle società quotate, è ormai assai vasta [10]. Da questi orientamenti può utilmente trarsi qualche spunto di riflessione in materia di società a responsabilità limitata, quanto all'aspetto funzionale che qui interessa. Il controllo da amministratore non esecutivo e ad un tempo, come nel nostro tema di indagine, da socio, inteso nella sua accezione di vigilanza sull'attività gestionale, implica per il primo caso un dovere organizzativo e per il secondo un potere contrattuale (dal contenuto anche fiduciario e organizzativo) [11], che hanno possibilità di osservarsi ed esprimersi in quanto vi siano spazi di confronto e flussi informativi che pongano costantemente il socio in condizione di avere piena contezza e se del caso partecipare alle scelte amministrative ed in particolare gestionali, e quindi anche di porre in discussione ed eventualmente esperire un tentativo di veto in opposizione a quelle errate.

Ciò porta a ritenere plausibile la scelta legislativa per la quale né l'omissione né il mero eccedere, ma il vero e proprio abuso di queste prerogative, inducendo intenzionalmente gli amministratori alle scelte dannose, è nella società a responsabilità limitata oggetto della norma di prevenzione e sanzione.

Se così non fosse potrebbe ripresentarsi del resto (lo si dice *ad abundantiam* in quanto non la si ritiene considerazione dirimente alla luce di quanto già illustrato sul piano del sistema) quella sorta di responsabilità oggettiva che seguiva al potere di vigilanza generale dell'amministrazione di società per azioni (e che nel caso che ci occupa si sarebbe riverberata sul socio "gestore" occasionale) che con la riforma del 2003, anche per le società a responsabilità limitata, la riforma ha avuto cura di eliminare a favore di altre forme di responsabilità, sostanzialmente per colpa e competenze.

3. Le condizioni di applicabilità della norma. Gli elementi oggettivi della condotta illegittima dell'amministratore di ruolo e dell'atto del socio di decisione o di autorizzazione. L'elemento soggettivo psicologico dell'intenzionalità

Nella prospettiva indicata si comprende perché la nuova regola del superamento del beneficio della limitazione della responsabilità "soffra" alcune condizioni. Esse sono direttamente dovute non all'appartenenza del nostro tipo societario alla categoria delle società di capitali ma ai caratteri tipici e qualificanti del modello societario sopra evidenziati. La responsabilità invece non si aziona per una semplice assenza di controllo e neanche, ricorrendo l'atto gestionale dannoso, per la mera riconducibilità di tale atto al socio, ma è solidale con gli amministratori, e si aziona laddove i soci abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato quegli specifici atti dannosi.

La responsabilità ricorre al verificarsi dei seguenti presupposti.

In primo luogo suppone la presenza di un amministratore che ricopra formalmente tale ruolo ed abbia compiuto l'atto amministrativo (eminentemente gestionale, ma non si può escludere un'accezione ampia [12] come sopra pregiudizievole. In altri termini il "compimento" di atti

[10] Per una ricostruzione e riferimenti v. STELLA RICHTER, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, Riv. soc., 2012, 663 ss.

[11] Accentua la prospettiva eminentemente contrattuale attinente al socio in quanto tale ANGELICI (*supra*, n. 9).

[12] La Relazione lascia spazio a tale interpretazione, rilevando in concreto soprattutto l'atto amministrativo. Cfr. ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci «cogestori»: luci e ombre della*

amministrativi che possano dar luogo ad una responsabilità anche del socio nei confronti della società, dei soci o dei terzi per atti dannosi implica che l'atto sia deciso (ricordiamoci che il socio deve decidere o autorizzare) o soltanto eseguito dagli amministratori in carica. In quest'ultimo caso può affermarsi la responsabilità del socio comunque, anche qualora un amministratore non abbia deciso l'atto, ma questo sia stato in realtà deciso dagli stessi soci – sia collettivamente (cfr. l'art. 2479, 1° comma), sia individualmente in virtù dell'attribuzione ex art. 2468 del diritto particolare di decidere determinati atti degli amministratori [13] – e meramente eseguito dagli amministratori.

In altri termini, il socio o i soci i quali, o per essere stati investiti per disposizione statutaria della facoltà di interferire sull'operato degli amministratori, oppure autonomamente e di fatto, adottino i comportamenti quali appunto le autorizzazioni o le decisioni diretti a condizionare l'operato degli amministratori, sono ugualmente soggetti alla responsabilità per questi ultimi prevista.

Anche tale scelta legislativa interpreta il dato socio-economico in armonia con il sistema giuridico. L'elemento di fatto assunto come dato di partenza dal legislatore è infatti la potenziale influenza su (o la partecipazione a) l'atto amministrativo-gestionale del socio che non sia investito formalmente della carica di amministratore nei confronti dei terzi. La commistione tra soci e amministratori non elide in altri termini la diversità di ruoli, laddove siano previsti. Del resto se un socio fosse contemporaneamente anche amministratore in forza di una delle forme di investitura egli risponderebbe già in tale qualità, e dunque ai sensi non già del comma settimo dell'art. 2476, ma di quelli precedenti [14]. E se non ci fossero anche contemporaneamente soggetti amministratori egli o lo sarebbe di fatto, rispondendo a tale titolo [15] o non risponderebbe comunque in base alla norma in questione, che richiede che l'atto amministrativo sia mediato dagli amministratori [16].

Ne derivano almeno tre conseguenze applicative, tra loro collegate: (i) che l'atto gestionale dannoso debba essere imputato formalmente all'amministratore, che può averlo deciso o anche semplicemente eseguito; (ii) che alla responsabilità del socio si accompagna l'accertamento giudiziale della scorrettezza amministrativa dell'atto dannoso, e quindi per esso la responsabilità dell'amministratore a mente dell'art. 2476 c.c. («ai sensi dei precedenti commi», recita il 7° comma dell'art. 2476 c.c.), con il quale diverrà solidalmente responsabile il socio; correlativamente non potrà darsi in via di principio una responsabilità del socio senza un provvedimento

disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c., Riv. soc., 2009, 507. Vi sono concezioni invece restrittive dell'ambito di responsabilità dei soci, di tipo gestionale [ANGELICI (*supra*, n. 9)], per «decisioni riguardanti la gestione in senso stretto» [MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in ABBADESSA-PORTALE, *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Cambasso (Torino 2007), 3, 684].

[13] Cfr. RESCIGNO, "Eterogestione e responsabilità nella riforma delle società fra apertura ed incertezze: una prima riflessione", *Società*, 2003, 331; IRACE, "La responsabilità per atti di eterogestione", in SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata* (Torino, 2003), 187 ss.

[14] ZANARONE (*supra*, n. 1), 1123.

[15] Cfr. ZANARONE (*supra*, n. 1), 1127, che esclude che la fattispecie regolata corrisponda all'ipotesi in cui il socio, pur non essendo investito della carica amministrativa, gestisca direttamente la società esercitando "in modo continuativo e significativo" – secondo i criteri di cui all'art. 2639 – i poteri inerenti a quella carica dato che il suddetto socio integrerebbe, in una delle più tipiche emersioni, la figura dell'amministratore di fatto, nel qual caso la sua responsabilità risulterebbe già dai commi dell'art. 2476 precedenti al settimo. Analogamente, nel senso che la norma non riguarda la tematica dell'amministratore di fatto, ANGELICI (*supra*, n. 9).

[16] Nel senso che la norma non riguardi l'ipotesi in cui i soci si sostituiscano di fatto ai soggetti investiti della carica di amministrativa (in quanto la responsabilità deriverebbe in questo caso dai principi giurisprudenziali in materia di amministratore di fatto), ma solo quella in cui sia comunque riscontrabile un'alterità soggettiva fra amministratori e soci, v. PARRELLA, *sub* 2476, in *Commentario Sandulli-Santoro* (Torino, 2003), 3, 132 ss.; ZANARONE (*supra*, n. 1), 1128.

giudiziario di accertamento di responsabilità e di condanna dell'amministratore al risarcimento dei danni; (iii) che infine non può esserci responsabilità amministrativa del socio per atti non amministrativi ma che rientrano nella competenza decisoria dei soci essendo inderogabilmente riservati dalla legge ai soli soci, come l'approvazione del bilancio o le modificazioni dell'atto costitutivo [17].

In secondo luogo (e veniamo al secondo presupposto), la responsabilità può ricorrere soltanto laddove vi sia un elemento soggettivo psicologico, l'"intenzionalità". Il significato del termine non è pacifico: si lega da alcuni l'intenzionalità direttamente all'*eventus damni* non ammettendo quindi la responsabilità dei soci per colpa (anche grave) [18], da altri alla decisione o autorizzazione, schiudendo alla responsabilità dei soci anche per colpa lieve [19].

Per comprendere il senso dell'espressione usata dal legislatore occorre a nostro avviso ancora una volta guardare al modello societario: nella naturale commistione tra posizione di socio e ruolo di amministratore il primo dovrebbe avere una solida base informativa per sapere o poter conoscere che l'atto si rivelerà dannoso. L'intenzionalità è dunque a nostro avviso, nel "voluto" del legislatore, la piena coscienza di compiere quell'atto decisionale o autorizzatorio potenzialmente dannoso e perciò la riferibilità psicologica dell'atto al socio.

Da ciò due conseguenze: da un lato il legislatore presume che il socio, con il compimento consapevole dell'atto decisionale o autorizzatorio, sapeva o poteva sapere di "essere in grado" di arrecare un danno alla società. Diversamente argomentando si renderebbe alquanto ardua la prova dei presupposti della responsabilità, vanificando la portata precettiva (già particolarmente "astratta", come dimostra la sostanziale assenza di esperienza giurisprudenziale) della norma in questione. Dall'altro lato e correlativamente mancherebbe l'intenzionalità in tutti i casi in cui facesse difetto la riferibilità psicologica al socio, al quale non sono fornite tutte le necessarie informazioni sulle caratteristiche dell'atto gestionale e quindi sui suoi effetti, non potendo perciò ragionevolmente prevederne la reale portata; ciò che consente di escludere dalla responsabilità per etero gestione quelli fra i soci che, pur avendo concorso alla decisione o autorizzazione del suddetto atto, lo abbiano fatto in modo (non colposamente) disinformato o distratto.

A completamento e rafforzamento dell'elemento psicologico, in quest'accezione inteso, la legge prevede che l'accertamento della responsabilità richiede il compimento da parte del socio di un atto in positivo, di decisione o di autorizzazione dell'atto gestionale esterno (terzo presupposto). La norma è stata disegnata per evitare la responsabilizzazione nei casi più gravi, in cui la predetta osmosi "non abbia funzionato" in modo virtuoso, a maggior ragione qualora il socio sia vittima di comportamenti fraudolenti dell'amministratore: il primo potrebbe partecipare all'atto lesivo involontariamente in quanto del tutto ignaro della operazione specifica, che non viene quindi da lui realmente decisa o autorizzata (per esempio nelle ipotesi in cui si richieda una sua decisione o autorizzazione su operazioni complesse di cui l'atto è solo una delle molteplici manifestazioni).

In questa visione per certi versi "restrittiva" non può esser posto a fondamento della respon-

[17] Così ancora ZANARONE (*supra*, n. 1), 1125.

[18] In questo senso RIVOLTA, "Introduzione a un dibattito sulla nuova società a responsabilità limitata", in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario* (Padova, 2004), 300; GALGANO, *Diritto Commerciale. Le Società* (Bologna, 2006), 461; ZANARONE (*supra*, n. 1), 1125.

[19] RESCIGNO, "Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.", *A.G.E.*, 2003, 306; PICCIAU, "Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza", in FARINA-IBBA-RACUGNO-SERRA (a cura di), *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative* (Milano, 2004), 273; TOMBARI (*supra*, n. 3), 724.

sabilità un atto omissivo rispetto a quello compiuto dagli amministratori [20]. In tal caso saremmo infatti di fronte ad un atto deciso dagli amministratori ma non autorizzato: non rientreremmo quindi nell'ambito applicativo della norma, per la quale ciò che rimarca è la consapevole partecipazione, come decisione a monte o semplice autorizzazione di atto già deciso dagli amministratori. Diverso il caso della decisione o della autorizzazione implicita o non espressa, che – con tutti i limiti probatori del caso – potrebbero essere ravvisate in concreto; o ancora del veto, che se “avente forza decisiva” può esser presupposto della responsabilità [21].

4. Singoli profili problematici. La natura della responsabilità. L'amministratore di gruppo. Inapplicabilità della norma alle società per azioni

Nel quadro tracciato possono esaminarsi alcune altre tra le questioni messe in risalto dalla dottrina.

Per quanto riguarda la natura della responsabilità, sia la lettera della norma sia considerazioni razionali e di coerenza sistematica ci consentono di ritenere che la responsabilità del socio sia contrattuale o extracontrattuale a seconda di quella dell'amministratore con cui è solidalmente responsabile [«sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, (...)»], e quindi a seconda del destinatario dell'atto dannoso e del rapporto che lo lega al socio responsabile. Per tal via, come avviene per l'amministratore, si qualifica – ai sensi di tutto il 2476 – l'essenza della responsabilità: contrattuale verso la società ed eventualmente dei creditori, extracontrattuale verso i soci *uti singuli* e i terzi. La solidarietà con gli amministratori è indice che la responsabilità del socio ha la medesima natura di quella degli amministratori [22].

Né vale – non sarebbe dogmaticamente corretto – propendere per l'una o l'altra tesi per spostare l'asse dell'onere probatorio (anche se concretamente ci si rende conto che se l'onere della prova posto a carico di chi agisce con l'azione sociale di responsabilità – società o socio – contro il socio non è facile, diviene quasi *probatio diabolica* nel caso di azione extracontrattuale).

Il fondamento contrattuale della responsabilità è legato alla posizione particolare che riveste il socio di società a responsabilità limitata e risiede nella violazione dei suoi doveri di socio e fiduciari. Da un lato infatti il disegno sistematico del modello legale tipico di società a responsabilità limitata è tale da imputare in capo al socio un dovere contrattuale di correttezza e buona fede verso la società e i soci (e i creditori di risulta) nello svolgimento del proprio compito, in parte di leale collaborazione in quanto socio nei confronti della società e quindi degli altri soci, in parte fiduciario-amministrativo. Dall'altro il fondamento extracontrattuale dimora naturalmente nel principio del *neminem laedere*.

La diversità di presupposti rispetto alla responsabilità degli amministratori non incrina a nostro avviso questa ricostruzione. Occorreva concepire un precetto specifico per prevedere ad un tempo una responsabilità da gestione per chi non è amministratore di ruolo ed una limitazione del suo ambito: non tanto perché tale responsabilità si pone come eccezionale per il (tradizionale) ordinamento delle società di capitali, ma in quanto una responsabilità più ampia, non an-

[20] TOMBARI (*supra*, n. 3), 724.

[21] Analogamente sul potere di veto TOMBARI (*supra*, n. 3), 720.

[22] Nel senso che non potrebbe ammettersi semplicisticamente che la responsabilità in parola partecipi della natura della responsabilità degli amministratori, ammettendo che al socio sia imputabile un dovere fiduciario di diligenza [così RESCIGNO (*supra*, n. 19), 304; MELI (*supra*, n. 12), 696 ss.; *contra* ANGELICI (*supra*, n. 9); ZANARONE (*supra*, n. 1), 1135].

corata all'induzione o alla intenzionale complicità nell'inadempimento, renderebbe ancor meno nitida la distinzione tra socio e amministratore e finirebbe con lo scoraggiare la scelta del modello (ed in questo senso – di nuovo – la norma è espressiva della fisionomia del tipo società a responsabilità limitata).

Neutra invece ai fini dell'applicazione della norma appare una situazione di gruppo (basato su controllo o su direzione e coordinamento): laddove l'amministratore fosse un amministratore di società del gruppo rileverebbe l'atto ove illegittimo e caratterizzato da dannosità nella logica di gruppo, sia pure relativamente alla situazione cui accede. In altri termini, se l'amministratore è sanzionato come responsabile, anche all'esito di considerazioni esimenti come quelle legate all'interesse di gruppo, e ricorrono i presupposti della responsabilità del socio ai sensi della norma in commento, all'affermazione di questa si potrà giungere.

Nella prospettiva tracciata infine la questione dell'applicabilità della norma alle società per azioni va risolta in senso negativo. Per alcuni essa sarebbe espressione di un principio generale di correttezza (del socio che di fatto o statutariamente partecipa alla gestione) e come tale l'ambito di applicazione della norma sarebbe effettivamente ampliabile alle società per azioni [23]. Tuttavia risulta dopo quanto detto facile osservare che il modello societario tipico da cui la norma ha origine, e viceversa ad un tempo che contribuisce a formare la fisionomia del modello [24], è radicalmente diverso, e la norma "fuori modello" non avrebbe ragione di esistere. Nelle società per azioni vige infatti, come sopra cennato, una netta separazione tra soci e amministratori, separazione stigmatizzata dal 2364, n. 4, c.c., e in generale dal principio di competenza affermato dall'art. 2380-*bis*. Ciò non esclude ovviamente le responsabilità derivanti da altre forme di partecipazione alla gestione, come la tirannia o la direzione e coordinamento, o più in generale quelle derivanti dall'applicazione del principio di *neminem laedere*, ma non per il nostro caso specifico di decisione e autorizzazione del singolo atto gestionale dannoso.

[23] TOMBARI (*supra*, n. 3), 725.

[24] Sul corretto approccio metodologico per cui "segmenti" della disciplina possono ben comporre la fattispecie negoziale tipica ABBADESSA (*supra*, n. 8), 2.