

Teoria e pratica

Maior

LUIGI BALESTRA

Società
fallimento
e industriale

Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali

a cura di
Luigi Balestra



GIUFFRÈ EDITORE

LA RESPONSABILITÀ DEL SOCIO

Sommario:

1. Premesse. 2. La responsabilità del socio di s.r.l.: profili introduttivi. 3. Ambito di applicazione del comma 7 dell'art. 2476 c.c.: le fattispecie incluse e le fattispecie escluse. 4. La condotta dannosa e il concorso con gli amministratori. 5. L'elemento soggettivo dell'intenzionalità. 6. Natura della responsabilità del socio e legittimazione attiva all'azione di responsabilità. 7. Osservazioni conclusive: sulla possibilità di estendere il comma 7 dell'art. 2476 c.c. anche ai soci di società per azioni.

1 Premesse

In un volume dedicato alle azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali, affrontare il tema della responsabilità del socio significa trattare di quelle fattispecie in cui il socio ha posto in essere condotte gestorie, o *latu sensu* gestorie, che hanno cagionato un danno alla società (ma anche agli altri soci o a terzi) che può essere fatto valere in sede di procedura concorsuale.

Il presente contributo si propone dunque di individuare e analizzare fattispecie di responsabilità per atti di *mala gestio* del socio. Esulano, invece, dalla trattazione i profili attinenti alla responsabilità del socio per i debiti della società⁽¹⁾.

L'influenza che un socio può esercitare nella gestione della società si declina in ragione della diversa tipologia societaria, del diverso assetto organizzativo nonché del diverso ruolo assunto, anche di fatto, dal socio.

Considerando i limiti di spazio, la trattazione si concentrerà sul tema della responsabilità del socio di s.r.l.⁽²⁾ — disciplinata al settimo comma

⁽¹⁾ Non può a nostro parere essere condivisa l'opinione di coloro i quali leggono nella disciplina della responsabilità del socio in esame una deroga al principio di irresponsabilità (per debiti) del socio di s.r.l. di cui all'art. 2462 c.c. In questo ultimo senso, ad esempio, ROMAGNOLI, TACCINI e SANGIOVANNI, *Responsabilità degli amministratori e corresponsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 13.

⁽²⁾ In generale, sulla responsabilità del socio di s.r.l., cfr. RORDORF, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Società*, 2014, p. 1181 ss.; GIUFFRIDA, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Società*, 2011, p. 405 ss.; MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.: ambito di applicazione e presupposti di azionabilità*, in *Società*, 2010, p. 1455 ss.; ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Busnelli, fondato da Schlesinger, Il. Milano, 2010, p. 1123; ZANARDO, *L'estensione della responsabilità di amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori": luci ed ombre della disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 498 ss.; PATRIARCA, *La responsabilità del socio "gestore" di s.r.l.*, in *Società*, 2007, p. 1193; OPPO, *In tema di "libertà e responsabilità" nelle società di capitali riformate*, in *Riv.*

dell'art. 2476 c.c., introdotto con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 — giacché prima e (allo stato ancora) unica ipotesi di responsabilità del socio per *maia gestio* espressamente disciplinata dal legislatore nonché in quanto contenuta in una delle disposizioni specificamente richiamate dalla legge fallimentare al secondo comma dell'art. 146 che, in caso di fallimento della società, attribuisce al curatore fallimentare la legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali, i liquidatori della società e, appunto, contro i soci quando ricorra l'ipotesi contemplata dall'art. 2476, comma 7, c.c.

Si tratta di una norma che, sebbene sino ad ora abbia avuto una scarsa applicazione pratica, ha sicuramente una potenzialità applicativa di assoluto rilievo⁽³⁾, a nostro parere anche, per le considerazioni che seguiranno, per altri tipi sociali.

2 La responsabilità del socio di s.r.l.: profili introduttivi

Ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c. — norma che, congiuntamente alle disposizioni sulla responsabilità da abuso di direzione e coordinamento (artt. 2497 ss.) anch'esse introdotte con il d.lgs. n. 6/2003, disciplina il fenomeno della c.d. "eterogestione" di società — i soci di s.r.l. sono solidalmente responsabili con gli amministratori quando hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, gli altri soci e i terzi.

Prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, quanto alla negligente gestione di società il codice civile conosceva solo ed esclusivamente la responsabilità degli amministratori: mentre gli artt. 2392 ss. c.c. dettati per la s.p.a. trovavano applicazione anche alle altre società di capitali, dottrina e giurisprudenza si erano preoccupate di affrontare il tema della responsabilità per fatti di gestione in capo a soggetti differenti dagli amministra-

dir. civ., 2004, p. 2086 ss.; ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1066; DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 286, p. 303 ss.; M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *Analisi giur. ec.*, 2003, p. 301.

⁽³⁾ Così RORDORF, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, cit., che motiva il fatto che la norma in parola ha avuto scarsa applicazione pratica in base alla « naturale lentezza con cui gli operatori assimilano regole e principi giuridici che non siano già loro familiari, prima di impadronirsene appieno e di cominciare a valutarne tutte le potenzialità applicative ».

tori, in particolare al c.d. amministratore di fatto⁽⁴⁾ e alla capogruppo per i danni cagionati alle società controllate, ma non si erano interrogate sul tema della responsabilità del socio per atti gestori.

Tra i tanti pregi riconosciuti alla riforma del diritto societario del 2003 si annovera dunque quello di aver affrontato il tema della eterogestione della società con riferimento, da un lato e appunto, alla responsabilità del socio di s.r.l. e, dall'altro lato, alla responsabilità da direzione e coordinamento.

La disposizione di cui al comma 7 dell'art. 2476 c.c. si è inserita nel contesto di un'opera di riforma dell'intera s.r.l. che, come è noto, ne ha accentuato la caratterizzazione personalistica come conseguenza della presa d'atto che, nella concreta realtà, molto spesso all'effettivo potere di amministrazione della società non corrisponde l'assunzione della veste formale di amministratore per coloro i quali partecipano alla gestione⁽⁵⁾. Ne è conseguita l'attribuzione ai singoli soci di più poteri e della possibilità di una maggiore ingerenza nella gestione della società⁽⁶⁾ accompagnata dalla previsione di una loro responsabilità nel caso di condotte gestorie fonti di danno.

Quanto all'attribuzione di potere ci si riferisce, in particolar modo, alle previsioni di cui agli artt. 2468, comma 3 e 2479, comma 2, c.c. che hanno disposto, il primo, che l'atto costitutivo può prevedere l'attribuzione ai singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società e la distribuzione degli utili; il secondo, la facoltà degli amministratori, nonché il potere di tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale, di rimettere alla decisione dell'assemblea dei soci o dei soci stessi argomenti anche attinenti alla gestione.

Il comma 7 dell'art. 2476 c.c. va dunque letto, almeno secondo l'opinione prevalente⁽⁷⁾, quale forma di bilanciamento dei poteri attri-

⁽⁴⁾ Sull'amministratore di fatto in generale *ex multis* cfr. POSTIGLIONE, *Amministratore di fatto e delega di funzioni*, in *Giur. It.*, 2002, p. 1229 ss.; VALERIO, *Una svolta giurisprudenziale in tema di amministratori di fatto?*, in *Le Società*, 2001, p. 1049 ss.

⁽⁵⁾ Sul punto, 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, p. 47 ss.

⁽⁶⁾ Sul tema, v. DEMURO, *Distribuzione e spostamento di competenza tra amministratori e decisioni dei soci nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 856.

⁽⁷⁾ In questo senso, anche la Relazione illustrativa « L'introduzione dell'art. 2476, comma 7, tiene conto delle caratteristiche del tipo sociale in questione e della circostanza che nella realtà molto spesso l'effettivo potere di amministrazione non corrisponde all'assunzione dell'effettiva veste formale e che pertanto la mancata assunzione di questa non può divenire un facile strumento per eludere la responsabilità che deve incombere su chi la società effettivamente gesti-

buiti ai soci, sia in sede assembleare sia in virtù di attribuzioni particolari, dalla novella legislativa⁽⁸⁾, e non solo, giacché, come vedremo, la responsabilità può sussistere anche in assenza di allocazione di poteri gestori ai soci in sede statutaria.

3 Ambito di applicazione del comma 7 dell'art. 2476 c.c.: le fattispecie incluse e le fattispecie escluse

La norma in esame trova applicazione a condizione che colui che ha compiuto l'atto di gestione dannoso per la società sia un socio (sia persona fisica sia persona giuridica) che non sia anche amministratore.

Non sempre, infatti, nella s.r.l. vi è coincidenza tra chi è socio e chi è amministratore. Per quanto l'art. 2475, comma 1, c.c. disponga che "salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata ad uno o più soci" e quindi che amministratore (in assenza di diverse disposizioni dello statuto, circostanza per il vero assai frequente nella prassi) debba essere un socio, non è vero il contrario, il che significa che possono esservi soci non amministratori che, tuttavia, dispongono di, o comunque esercitano, poteri gestori.

Nell'immediatezza dell'entrata in vigore della riforma societaria si era ritenuto che il comma 7 dell'art. 2476 c.c. fosse stato introdotto per disciplinare la responsabilità dell'amministratore di fatto. Tale tesi fu tuttavia ben presto abbandonata⁽⁹⁾ giacché avrebbe privato di portata precezionale la norma in parola poiché il socio anche amministratore, sia di diritto che di fatto, risponde già *ex art.* 2476, comma 1 (responsabilità verso la società) e comma 6 (responsabilità verso un singolo socio od un terzo)⁽¹⁰⁾. Il tenore della disposizione, inoltre, è nel senso che sussiste

sce ». Come pure la giurisprudenza, Trib. Milano, 9 luglio 2009, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 147 ss., secondo cui, testualmente, « la norma sembra intesa a bilanciare gli estesi poteri di gestione attribuiti ai soci ».

⁽⁸⁾ Sul punto, in dottrina, *ex plurimis*, cfr. 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 Scognamiglio, Milano, 2003, 11.

⁽⁹⁾ Nel senso, appunto, che il comma 7 dell'art. 2476 c.c. non disciplina la responsabilità dell'amministratore di fatto si vedano, *ex plurimis*, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, sub artt. 2475-2483, in *Comm. Schlesinger*, diretto da Busnelli, Milano, 2010, p. 1127; IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di Santoro, Torino, 2003, p. 190; M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, cit., p. 301; CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2007, p. 268.

⁽¹⁰⁾ Trib. Salerno, 9 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 146 ss.; App. Milano, 18 gennaio 2012, in *Società*, 2012, p. 462.

responsabilità del socio anche per avere legittimato un unico fatto dannoso mentre, come è noto, la figura dell'amministratore di fatto sussiste quando un soggetto gestisce in modo continuativo l'impresa in assenza di una nomina formale come amministratore ⁽¹¹⁾ tanto che ad esso, secondo l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, si applicano per analogia le norme sulla responsabilità degli amministratori ⁽¹²⁾.

Pertanto, nel caso di socio amministratore di fatto che pone in essere con regolarità atti di gestione trovano applicazione gli artt. 2476, comma 1 e comma 6 e, più in generale, la disciplina sulla responsabilità degli amministratori, ma non il comma 7 dell'art. 2476 c.c.

La responsabilità *ex art.* 2476, comma 7, c.c. sussiste dunque in capo al socio anche qualora abbia posto in essere un singolo ed unico atto dannoso ⁽¹³⁾, non essendo necessaria per l'applicabilità della norma in parola una serialità di atti dannosi.

Sussistono invece dubbi in dottrina circa l'applicabilità della disciplina in esame anche al non socio che abbia posto in essere un atto gestorio dannoso come, ad esempio, il creditore pignoratizio in caso di pegno sulle quote, come tale legittimato ad esercitare il diritto di voto. Chi ne nega l'applicabilità argomenta sulla base del tenore letterale della norma, che fa esclusivo riferimento alla figura del socio. A parere di chi scrive, invece, un'interpretazione teleologica, fondata sulla *ratio* della norma di sanzionare, in una prospettiva più generale, le condotte gestorie che causano danni alla società, ai soci e ai terzi, qualora poste in essere da soggetti diversi dagli amministratori, conduce alla conclusione diametralmente opposta, in un'ottica anche preventiva di responsabilizzazione di chi ha, in qualche modo, potere di intervenire nella gestione della società.

⁽¹¹⁾ In questo senso, SILVESTRINI, *Responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Società*, 2004, p. 698; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 333.

⁽¹²⁾ Sul punto, v. Cass., 14 settembre 1999, n. 9795, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 167, con nota adesiva di ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*; App. Milano, 26 settembre 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 562, così massimata « le norme che disciplinano l'attività degli amministratori di una società di capitali, dettate al fine di consentire un corretto svolgimento dell'amministrazione della società, sono applicabili non solo ai soggetti immessi, nelle forme stabilite dalla legge, nelle funzioni di amministratore, ma anche a coloro che si siano di fatto ingeriti nella gestione della società pur in assenza di qualsivoglia investitura, sia pur irregolare o implicita, da parte dell'assemblea, così che i responsabili della violazione di dette norme vanno individuati non sulla base della loro qualificazione formale, bensì con riguardo al contenuto delle funzioni concretamente esercitate ».

⁽¹³⁾ M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, cit., p. 332.

4 La condotta dannosa e il concorso con gli amministratori

Il comma 7 dell'art. 2476 c.c. prevede la responsabilità del socio che ha "deciso" oppure "autorizzato" il compimento dell'atto dannoso.

Presupposto di operatività della norma dunque è che il socio abbia assunto la decisione dell'atto dannoso ovvero ne abbia autorizzato il compimento.

Al potere decisorio dei soci fanno riferimento gli artt. 2479 ("*Decisioni dei soci*") e 2479-bis ("*Assemblea dei soci*") c.c. In particolare, il primo comma dell'art. 2479 c.c. dispone che « i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione » mentre l'art. 2479-bis c.c. regola il funzionamento dell'assemblea.

In entrambi i suddetti casi la volontà del socio viene espressa formalmente: pertanto, qualora nella fattispecie concreta ricorrano anche le altre condizioni previste dalla disposizione in esame (l'elemento soggettivo dell'intenzionalità, il danno, il nesso causale ed il concorso con il fatto illecito degli amministratori), in entrambi i casi potrà configurarsi la responsabilità del socio.

Deve in ogni caso essere considerato che i soci assumono le proprie decisioni sulla base del principio di maggioranza: ai sensi dell'art. 2479, comma 6, c.c., infatti, le decisioni devono essere assunte con il voto favorevole di metà del capitale sociale. Pertanto, il socio che, in questo contesto, ha espresso voto contrario a quello della maggioranza, così come il socio assente al voto, non può essere ritenuto responsabile ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c. in quanto, in entrambi i casi la decisione dannosa non può essere riferibile al socio.

Quanto alla portata da attribuire alla definizione di "autorizzazione" si ritiene che essa debba essere riferita a tutti quei casi in cui i soci forniscano istruzioni agli amministratori, relativamente ad un determinato atto o a una determinata operazione, al di fuori di un formale procedimento decisorio. In questi casi è dunque possibile che possa incorrere nella responsabilità in parola anche il socio di minoranza. In questo ultimo caso sarà tuttavia più difficile per l'attore fornire la prova della condotta commissiva del socio, a differenza del caso di decisione assunta dall'assemblea dei soci, per il cui accertamento può bastare il Libro delle decisioni dei soci, ove sono trascritti i verbali delle assemblee, anche se redatti per atto pubblico, le decisioni prese mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto, nonché la relativa documentazione.

Possono poi rientrare nella categoria degli atti autorizzativi o decisori, potenzialmente fonti di responsabilità, anche quelli compiuti in virtù di diritti particolari riconosciuti espressamente dallo statuto ai soci. Ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., come abbiamo visto, l'atto costitutivo può prevedere l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società.

Al di là della portata da attribuire alle espressioni "deciso" piuttosto che "autorizzato", la giurisprudenza offre un'interpretazione più estensiva della norma, a nostro parere da condividere, secondo la quale nel novero degli atti potenzialmente fonti di responsabilità del socio con gli amministratori rientrano ogni atto o condotta che, anche se non adottati nelle forme sopra delineate, sono comunque idonei a cagionare un danno.

Lo stesso dato testuale, attorno al quale si stringono i sostenitori della tesi contraria, non può ritenersi decisivo potendo essere inteso come comprendente qualunque manifestazione di volontà espressa dai soci, anche in forme non istituzionali, purché capace di influenzare l'attività gestoria.

L'interpretazione estensiva, inoltre, è quella che più realizza la *ratio* della norma che, come abbiamo visto, è stata introdotta nel nostro ordinamento al fine di bilanciare i poteri di gestione soci, anche quelli esercitati di fatto. La stessa Relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003 al par. 11 afferma « molto spesso l'effettivo potere di amministrare non corrisponde all'assunzione della relativa veste formale (...) pertanto, la mancata assunzione della prima non può divenire facile strumento per eludere la responsabilità che deve invece incombere su chi la società effettivamente gestisce » e richiama l'interprete a « 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 ». Alla stessa conclusione è peraltro giunta la giurisprudenza di merito sottolineando che « il dato testuale della norma non pare decisivo, poiché esso si presta ad essere inteso come comprendente tutte le manifestazioni di volontà espresse dai soci anche in forme non istituzionali, purché capaci di fornire impulso all'attività gestoria »⁽¹⁴⁾.

Spetta per tanto all'interprete individuare, volta per volta, se la condotta posta in essere dal socio può essere fonte di responsabilità, e ciò indipendentemente dal contenuto che si vuole attribuire alle espressioni "deciso" piuttosto che "autorizzato" utilizzate dalla norma. Diversamente

⁽¹⁴⁾ Trib. Milano, 9 luglio 2009, cit.

intendendo, adottando la tesi restrittiva, la norma sarebbe esposta a facili elusioni, vale a dire proprio quelle facili elusioni che la norma stessa intende sanzionare.

Affinché possa essere fonte di responsabilità, inoltre, la condotta del socio, qualsiasi forma essa assuma, deve essere di tipo commissivo. Si esclude, sia da parte della giurisprudenza sia da parte della dottrina, una responsabilità dei soci per condotta omissiva, in particolar modo per non aver controllato l'attività degli amministratori ⁽¹⁵⁾.

L'interpretazione più sopra data ai concetti di "autorizzazione" e di "decisione" porta dunque a concludere che la responsabilità in parola comprende ogni forma di ingerenza di tipo commissivo dei soci nella gestione della società, sia di fatto sia come conseguenza dell'attività deliberativa svolta nelle forme istituzionali come pure nel caso di atti di ingerenza nell'amministrazione in assenza di potere o comunque eccedenti il potere conferito.

Come si è più volte fatto cenno, la responsabilità dei soci non può affermarsi indipendentemente dalla responsabilità degli amministratori, posto che è la stessa disposizione in esame a parlare espressamente di concorso tra responsabilità del socio e responsabilità degli amministratori e la stessa Relazione ministeriale afferma che si tratta di una « responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che intenzionalmente hanno contribuito al compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi ».

Tale principio ha trovato conferma nella giurisprudenza di merito che ha affermato che la responsabilità del socio ha carattere accessorio rispetto a quella dell'amministratore e non è configurabile in assenza di quest'ultima. Il Tribunale di Salerno si è spinto fino a configurare un litisconsorzio necessario, ex art. 102 c.p.c., tra i soci e gli amministratori con conseguente dichiarazione di inammissibilità della domanda formulata nei confronti dei soli soci in assenza di una domanda anche nei confronti dell'amministratore. La responsabilità in esame, pertanto, non potrebbe essere accertata senza una domanda contestuale diretta a far riconoscere la responsabilità degli amministratori ⁽¹⁶⁾.

Tale conclusione non può a nostro avviso essere condivisa. La responsabilità del socio è legata a quella degli amministratori, per espressa previsione legislativa, da un vincolo di solidarietà passiva. Una delle principali prerogative della solidarietà passiva è proprio quella di consentire al creditore di citare in giudizio per l'importo dell'intero credito a propria scelta

⁽¹⁵⁾ In questo senso si è espresso Trib. Salerno, 9 marzo 2010, cit.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Trib. Salerno, 9 marzo 2010, cit.

l'uno piuttosto che l'altro condebitore solidale, il quale potrà successivamente rivalersi nei confronti degli altri condebitori, ciascuno per la propria quota, attraverso l'azione di regresso. Affermare la necessità di citare in giudizio insieme al socio obbligatoriamente anche l'amministratore a pena di inammissibilità della domanda si pone pertanto in palese contrasto con una delle regole maggiormente caratterizzanti l'istituto della solidarietà passiva ed è pertanto una conclusione difficilmente condivisibile. Più corretto è invece affermare che, nel citare in giudizio il socio, è necessario provare anche l'atto illegittimo dell'amministratore, cui ha fatto seguito il danno per la società.

Il carattere accessorio della responsabilità del socio rispetto alla responsabilità dell'amministratore deriva dalla considerazione che per dare attuazione alla volontà dei soci è sempre necessario un atto esecutivo da parte degli amministratori. Di fronte ad una decisione dei soci potenziale fonte di danno, infatti, gli amministratori hanno normalmente due possibilità: non darvi oppure darvi esecuzione.

Nel primo caso, non si verificherà alcun atto dannoso e quindi non sorgerà alcuna responsabilità (nemmeno in capo ai soci). La responsabilità in esame, infatti, si configura soltanto in presenza di un danno arrecato alla società o ai singoli soci o a terzi. Come abbiamo già visto, si tratta di una responsabilità per danni e non per debiti e pertanto non può essere promossa un'azione di risarcimento in assenza di un danno, ancorché la decisione del socio sia illegittima. Nel secondo caso, invece, soci e amministratori saranno solidalmente responsabili.

L'unica ipotesi in cui sarebbe astrattamente possibile pensare a un'esclusiva responsabilità del socio è quella assai remota in cui l'amministratore non gode di alcuna discrezionalità, trovandosi costretto a dare esecuzione alla decisione del socio. Non potendosi, in questo remoto caso, rimproverare all'amministratore alcuna condotta colpevole, potrebbe essere ritenuto responsabile il solo socio. Ma, ripetiamo, si tratta di un'ipotesi del tutto astratta giacché deve ritenersi che sussista in capo agli amministratori l'obbligo di opporsi all'esecuzione di atti pregiudizievoli.

5 L'elemento soggettivo dell'intenzionalità

Ai fini dell'accertamento della responsabilità, il comma 7 dell'art. 2476 c.c. dispone che i soci devono avere "intenzionalmente" deciso o autorizzato il compimento dell'atto dannoso.

Sulla portata da attribuire all'avverbio intenzionalmente — espressione tanto infelice quanto cruciale per definire la portata dell'intera norma

e per consentirne la sua applicazione — si sono susseguite, nel tempo, diverse teorie.

Secondo una prima, ci si dovrebbe attenere alla lettera della legge e ritenere l'intenzionalità riferita alla condotta in sé. In tal caso, si è da subito osservato, avremmo a che fare con un avverbio pleonastico giacché sia il "decidere" sia l'"autorizzare" sono attività di per sé intenzionali. Ne conseguirebbe che, non potendo richiedersi la sussistenza del dolo in capo al socio, quest'ultimo potrebbe essere ritenuto, al pari degli amministratori, responsabile anche solo per colpa ⁽¹⁷⁾.

Una seconda ricostruzione ⁽¹⁸⁾ ritiene di definire l'intenzionalità proprio in termini di dolo. Di conseguenza il socio sarebbe responsabile solo nel caso in cui si sia rappresentato l'atto dannoso e lo abbia per quel motivo voluto. Secondo tale tesi l'intenzionalità dovrebbe essere pertanto definita come coscienza e volontà di arrecare un danno alla società, agli altri soci o a terzi. E tuttavia aderire a tale ipotesi interpretativa significherebbe ridurre in misura eccessiva le potenzialità applicative della norma, fino probabilmente a poter rinvenire l'illiceità nella condotta del socio solo quando decide o autorizza operazioni in conflitto di interessi.

Sgombrato il campo dall'ipotesi giusta la quale l'avverbio "intenzionalmente" debba riferirsi alla decisione o all'autorizzazione, piuttosto che richiedere il dolo in capo al socio, una diversa interpretazione ritiene che tale avverbio debba riferirsi alle conseguenze dell'azione, vale a dire agli effetti dannosi ⁽¹⁹⁾.

Secondo questa prospettiva, l'intenzionalità deve individuarsi nella conoscenza e nella consapevolezza della dannosità dell'atto deciso od

⁽¹⁷⁾ In questo senso, M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, cit., p. 333 secondo il quale « essendo una decisione o un'autorizzazione sempre intenzionale e non potendosi seriamente, pena la vanificazione della norma, intendersi l'intenzionalità come riferita ad un *animus nocendi* ». Nello stesso senso, DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 305.

⁽¹⁸⁾ Così, SANGIOVANNI, *La responsabilità del socio di s.r.l.*, in *La resp. civ.*, 2011, p. 535.

⁽¹⁹⁾ GALGANO e GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, vol. I, *Le nuove società di capitali e cooperative*, Padova, 2006, p. 875; AMBROSINI, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, vol. III, Napoli, 2004, p. 1604; IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di Santoro, Milano, 2003, p. 190; SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo nel nuovo diritto societario*, in *Vita not.*, 2003, p. 643.

autorizzato, vale a dire nella consapevolezza che l'atto è idoneo a cagionare un danno ⁽²⁰⁾, anche se non voluto.

Aderire a quest'ultima teoria significa richiedere ai soci un livello di diligenza inferiore a quello richiesto agli amministratori, senza richiedere però il dolo, almeno con riferimento al danno.

Quest'ultima pare essere la soluzione accolta dalla giurisprudenza nonché quella, a nostro parere, più coerente dal punto di vista sistematico. Si identifica quindi nel requisito dell'intenzionalità la consapevolezza e piena conoscenza dell'illiceità dell'atto e dei suoi potenziali effetti dannosi, una sorta di "colpa cosciente" in cui il danno alla società rimane mero presupposto oggettivo dell'azione di responsabilità ⁽²¹⁾. Il Tribunale di Salerno ⁽²²⁾, tuttavia, ha assunto una posizione contraddittoria affermando che l'esercizio dell'azione di responsabilità in esame impone all'attore di provare la volontà dei soci di cagionare specifiche lesioni patrimoniali alla società o a terzi mediante l'induzione dell'amministratore all'inadempimento dei suoi doveri o, quanto meno, la piena consapevolezza della contrarietà dell'atto alle norme di legge o all'atto costitutivo, o ai principi di corretta amministrazione, nonché delle sue possibili conseguenze dannose.

Si esclude, in ogni caso, che il socio possa essere ritenuto responsabile per colpa, come nel caso in cui, ad esempio, abbia espresso un voto senza essere informato, e ciò nonostante l'ampio potere di informazione di cui è titolare.

Nella pratica è sorto un problema concernente l'accertamento del requisito della intenzionalità, nel caso in cui il socio cui sarebbe imputabile l'atto gestorio dannoso è non già una persona fisica ma una persona giuridica, posto che è esclusa la possibilità di imputare a quest'ultima un qualsiasi stato psicologico.

La fattispecie è stata affrontata del Tribunale di Milano che, al fine di evitare di introdurre un'ipotesi di responsabilità oggettiva che si porrebbe in netto contrasto con il tenore letterale della norma, ha ritenuto che la

⁽²⁰⁾ Cfr. Trib. Salerno, 9 marzo 2010, cit. in dottrina, v. PICCININI, *Atti gestori dannosi: i "mobili confini" della responsabilità del socio*, in *Società*, 2005, p. 457.

⁽²¹⁾ Così, MELI, *La responsabilità dei soci di s.r.l.: ambito di applicazione e presupposti di applicabilità*, cit., p. 1465; PATRIARCA, *La responsabilità del socio "gestore" di s.r.l.*, in *Società*, 2007, p. 1191; ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 1069. In giurisprudenza, Trib. Milano, 9 luglio 2009, cit., ha affermato che, per essere ritenute intenzionali, le condotte dei soci devono "esprimere o denotare la volontà di supportare un'operazione illecita".

⁽²²⁾ Trib. Salerno, 9 marzo 2010, cit.

presenza dell'elemento psicologico dovesse essere accertata in capo all'amministratore della persona giuridica — socio, come soggetto attraverso cui, in forza del principio di immedesimazione organica e dell'istituto della rappresentanza legale, il socio agisce e pone in essere rapporti giuridici⁽²³⁾.

Nel caso di socio persona giuridica l'intenzionalità deve pertanto essere accertata in capo all'amministratore rappresentante legale della persona giuridica in quanto soggetto attraverso cui il socio agisce e pone in essere rapporti giuridici.

6 Natura della responsabilità del socio e legittimazione attiva all'azione di responsabilità

Fin dall'entrata in vigore della disposizione in esame si è discusso circa la natura, contrattuale oppure extracontrattuale, della responsabilità del socio. Ciò ben si capisce in quanto la risposta a tale quesito non costituisce un mero esercizio dogmatico giacché da essa dipende l'identificazione di regole applicative di indubbio valore pratico, prima fra tutte quella relativa alla distribuzione dell'onere della prova.

Premesso che non può essere condivisa l'opinione per cui la natura della responsabilità del socio partecipa della natura della responsabilità degli amministratori (per il principio, già esaminato, di accessorietà che lega la prima alla seconda) in quanto costituisce principio ormai consolidato quello per cui la responsabilità solidale può configurarsi anche nel caso in cui i soggetti che hanno concorso a cagionare il fatto dannoso rispondono a diverso titolo, l'opinione prevalente ritiene che i soci rispondano nei confronti della società a titolo contrattuale⁽²⁴⁾.

La tesi della natura contrattuale viene argomentata sulla base del contratto di società e sul complesso di diritti e di obblighi che da tale contratto scaturiscono in capo al socio. Tra questi ultimi si deve annoverare il dovere di condotta, improntato al canone della buona fede, del socio nei confronti della società nei casi in cui il socio, di fatto, eserciti un'influenza nella gestione, di talché non è possibile considerare il socio alla stregua di un terzo completamente estraneo la cui condotta illecita sarebbe fonte di responsabilità extracontrattuale. Lo stesso è a dirsi con riferimento

⁽²³⁾ Così, Trib. Milano, 9 luglio 2009, cit.

⁽²⁴⁾ Sostiene la natura extracontrattuale ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di "eterogestione"* (art. 2476, comma 7, c.c.), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, p. 573, secondo il quale solo la responsabilità extracontrattuale può essere compatibile con l'elemento soggettivo della intenzionalità.

alla responsabilità nei confronti degli altri soci, legati comunque al socio responsabile dal contratto di società.

Sia la responsabilità dell'amministratore che quella del socio nei confronti della società ha dunque natura contrattuale, ma diversa è la fonte: mentre nel caso dell'amministratore la responsabilità deriva dall'inadempimento del contratto concluso tra l'amministratore e la società, nel caso del socio la responsabilità trova fondamento nell'inadempimento degli obblighi fiduciari che scaturiscono dallo stesso contratto di società.

La responsabilità ha invece natura extracontrattuale solo nei confronti dei terzi, compresi i creditori sociali ⁽²⁵⁾.

In termini di onere probatorio, alla tesi della responsabilità contrattuale consegue che spetterà all'attore allegare la condotta del socio (decisione o autorizzazione dell'atto dannoso; violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale), nonché dimostrare la sussistenza del nesso di causalità e del danno; mentre spetterà al socio convenuto provare l'assenza dell'elemento soggettivo.

Nel prevedere la disciplina della responsabilità del socio il comma 7 dell'art. 2476 c.c. richiama i propri commi precedenti che dettano la disciplina della responsabilità degli amministratori. In ragione di ciò si deve ritenere che la disciplina dell'azione sociale di responsabilità nei confronti del socio debba essere la medesima prevista per l'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori. La Corte di Appello di Milano ⁽²⁶⁾ ha così affermato che titolari del diritto a ottenere il risarcimento del danno sono la società, i soci e i terzi danneggiati.

Un problema di assoluta rilevanza pratica che riguarda l'esercizio dell'azione di responsabilità in esame nell'ambito delle procedure concorsuali attiene alla legittimazione attiva del curatore fallimentare.

Ai sensi dell'art. 146 l. fall. al curatore spetta l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti del socio, previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori. Non gli spetta, invece, la legittimazione per le azioni del socio (non responsabile) e del terzo in quanto volte a far valere l'esistenza di un danno al patrimonio rispettivamente del socio e del terzo e non di un danno al patrimonio della società.

Problematico è invece il tema della legittimazione ad esperire l'azione di responsabilità dei creditori in quanto non è chiaro se la stessa — stante il silenzio, sul punto, dell'art. 2476 c.c. come pure della Relazione illustra-

⁽²⁵⁾ Nel medesimo senso anche RORDORF, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, cit.

⁽²⁶⁾ App. Milano, 18 gennaio 2012, cit.

tiva — sia, o meno, consentita. Secondo alcuni ⁽²⁷⁾, stante il mancato richiamo all'art. 2394 c.c. (richiamo invece esistente nel vecchio testo dell'art. 2487, comma 2, c.c.), il creditore sociale non ha azione nei confronti degli amministratori (e quindi neanche nei confronti dei soci). Secondo una tesi diversa, invece, permane l'azione diretta dei creditori sociali nei confronti dell'amministratore in quanto non può tollerarsi che i creditori sociali abbiano una tutela diversa a seconda della tipologia societaria con la quale sono entrati in contatto ⁽²⁸⁾.

A nostro parere dovrebbe essere in questo caso affermata la legittimazione esclusiva del curatore in modo tale da evitare singole e improvvisate iniziative dei singoli creditori che potrebbero compromettere il rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Tale conclusione sarebbe possibile sia argomentando sulla base della diretta applicabilità del divieto di azioni esecutive individuali dettato dall'art. 51 l. fall. sia sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 146 l. fall., intendendo il rinvio in esso contenuto alle "azioni di responsabilità" in generale come riferibile a tutte le azioni di responsabilità sociale e verso i creditori. Ci pare questa la conclusione sistematicamente e teleologicamente più corretta se si considera l'intento di concentrare in capo alla figura del curatore tutte le azioni di responsabilità.

Tale conclusione trova peraltro conferma nella relazione al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ove si chiarisce come, con riferimento alla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, si sia preferito optare per una "formula aperta che lasci agli interpreti il compito di

⁽²⁷⁾ Così, LO CASCIO, *La riforma della società a responsabilità limitata e le procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, p. 237; PROTO, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali nelle s.r.l.*, in *Fall.*, 2005, p. 692 ss. Nello stesso senso, in giurisprudenza, v. Trib. Napoli, 11 novembre 2004, in *Società*, 2005, p. 1009, secondo cui « al cospetto della tendenziale autosufficienza della regolamentazione della s.r.l., non più caratterizzata da generalizzati rinvii alla normativa in tema di s.p.a., non può non rimarcarsi che, allorché il legislatore della "riforma" ha inteso attribuire legittimazione al curatore del fallimento di una s.r.l. all'esercizio dell'azione dei creditori, lo ha sancito in forma esplicita. È il caso dell'art. 2497, ultimo comma, c.c. scritto in tema di direzione e coordinamento di società... ».

⁽²⁸⁾ In questo preciso senso, AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, p. 301; PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, p. 1482. In giurisprudenza, in senso conforme, v. Trib. Mantova, 12 luglio 2005, secondo cui « si deve riconoscere comunque la possibilità per i creditori sociali di esercitare l'azione di responsabilità — trattandosi l'azione de qua una sorta di specificazione del più generale principio del *neminem laedere* imposto dall'art. 2043 c.c. — allorché l'inosservanza da parte degli amministratori degli obblighi loro incombenti abbia cagionato l'insufficienza del patrimonio sociale »; Trib. Udine, 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 808; Trib. Napoli, 12 maggio 2004, in *Società*, 2005, p. 1013.

verificare se il curatore possa esercitare nei confronti degli amministratori di una società a responsabilità limitata solo l'azione di responsabilità sociale o anche quella verso i creditori sociali".

In ogni caso, quand'anche non si dovesse accedere alla ricostruzione appena proposta, rimane pur sempre per i creditori sociali la possibilità di proporre un'azione per responsabilità extracontrattuale per lesione del credito, pur con un aggravio dell'onere probatorio per gli stessi creditori.

7 Osservazioni conclusive: sulla possibilità di estendere il comma 7 dell'art. 2476 c.c. anche ai soci di società per azioni

L'art. 2476, comma 7, c.c. è stata da molti considerata una norma in un certo qual senso rivoluzionaria in quanto destinata ad intaccare il principio cardine della s.r.l. della responsabilità limitata del socio.

Da tale premessa (a nostro parere, come si è detto, non condivisibile in quanto la disposizione in parola è stata introdotta al fine di stabilire e disciplinare la responsabilità gestoria e non la responsabilità per debiti dei soci) si è fatta discendere la necessità di interpretare la disposizione in senso restrittivo, in quanto norma che deroga ad una regola generale, con conseguente impossibilità di una sua applicazione analogica agli altri tipi di società ed, in particolare, alla società per azioni.

Venuto meno il presupposto su cui si basa la tesi dell'impossibilità di un'applicazione analogica, ci si può domandare se la disposizione in esame possa essere applicata in via analogica anche al socio di s.p.a. che, in concorso con gli amministratori, abbia deciso o autorizzato un atto dannoso ⁽²⁹⁾. Ciò sulla base di una presunta volontà del legislatore, che emergerebbe proprio dalla previsione del comma 7 dell'art. 2476 c.c., volta a sanzionare tutti coloro che pongono in essere — in via diretta così come mediata ed indipendentemente dal tipo di società — atti di gestione dannosi per la società. Del resto, è la stessa Relazione ministeriale ad affermare che la norma in parola rappresenta una "risposta generale ad un fenomeno, comune sentito nelle piccole e medie imprese, costituito dall'ingerenza dei soci nelle scelte gestionali", al di là di qualsiasi forma tipologica rivestita dalla società.

⁽²⁹⁾ Così, MELI, *La responsabilità dei soci nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, III, Torino, 2006, p. 684; ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di "eterogestione" (art. 2476, comma 7, c.c.)*, cit.

Sul punto la dottrina è divisa. Un primo orientamento⁽³⁰⁾ ritiene che il settimo comma dell'art. 2476 c.c. sia applicabile a tutte le società perché espressione di una più generale regola di responsabilità da eterogestione delle società.

La tesi opposta⁽³¹⁾ ritiene invece inestensibile la disposizione ai soci di s.p.a. e ciò anche se pure nella s.p.a. l'assemblea dei soci conserva alcune competenze gestorie per previsione di legge (art. 2343-bis, comma 1, 2357, comma 1, 2361, comma 2, 2446, comma 1, 2406, comma 2, 2409 comma 4) o per clausole statutarie ex art. 2364, n. 5 c.c.

Non è chiaro perché nel caso in cui un socio, di qualsiasi tipo di società, assuma un ruolo attivo nell'amministrazione della società, senza assumere la veste di amministratore, fino a porre in essere condotte dannose per la società, gli altri soci e i terzi, debba essere ritenuto responsabile solo ed esclusivamente nella società a responsabilità limitata. Dovrebbe invece diventare regola generale quella per cui il socio, quando assume un ruolo attivo nella gestione della società cagionando nocumento, vada incontro a responsabilità per *mala gestio*.

Si potrebbe dunque considerare l'ipotesi di una più generale responsabilità del socio non amministratore per atti gestori dannosi.

Il tema quindi non dovrebbe tanto essere quello della possibilità di affermare una generale responsabilità del socio per atti gestori dannosi quanto piuttosto quello di determinare se, ad essa, per analogia, è applicabile la disciplina prevista dall'art. 2476, comma 7, c.c. quanto piuttosto i principi generali dell'ordinamento⁽³²⁾ e quali.

Chi scrive ritiene di non scorgere particolari ostacoli all'applicazione analogica della norma esaminata in questo contributo una volta sgombrato il campo dalla possibilità di riconoscere carattere eccezionale alla stessa, così riconoscendosi, in generale, che debba essere considerato responsabile il socio che, ponendo in essere atti gestori, cagioni un danno alla società, ai soci e ai terzi.

⁽³⁰⁾ Così M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, II, diretto da Jorio, Bologna, 2007, p. 2136; ID., *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, p. 310 ss.; PORTALE, *Capitale sociale e società sottocapitalizzate*, in *Trattato Colombo-Portale*, I, Torino, 2004, p. 151, n. 273-bis; MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, *Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, III, Torino, 2006, 684.

⁽³¹⁾ In questo senso, PATRIARCA, *La responsabilità del socio gestore di s.r.l.*, in *Società*, 2007, p. 1202; IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di Santoro, Milano, 2013, p. 195.

⁽³²⁾ Propone questa soluzione RORDORF, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, cit.