

PAOLO MENTI

RISPONDERE D'IMPRESA

1. La cultura sorgiva dell'impresa – 2. La responsabilità per i debiti nell'impresa nascente – 3. Dalla *compagnia* all'*anonima* – 4. Dalla società senza rischio all'impresa senza rischio – 5. La responsabilità per *mala gestio* e le sue congenite vischiosità – 6. *À la recherche* d'una responsabilità effettiva – 7. La responsabilità collaterale dei quotisti gestori e il silenzio della legge sugli azionisti – 8. Avanti, c'è posto.

1. La cultura sorgiva dell'impresa

L'impresa e la società costituita per esercitarla si affermano, per come le pratichiamo oggi, nell'Italia dei Comuni. Secondo la mentalità dell'epoca, l'obiettivo dell'illimitato guadagno non poteva essere senz'altro perseguito con pattuizioni *usuarie*, ossia d'interessi, a servizio del prestito di denaro, perché il tempo "pagato" dal debitore non è cosa del creditore ma è di altri – appartiene infatti a Dio – e sarebbe pertanto illecito trattarlo come fosse roba nostra: verteremmo altrimenti in una sorta di blasfema appropriazione indebita. Rischiare invece il proprio denaro in un'attività produttiva, specie se commerciale, significa affidarsi alla Provvidenza, confidare in essa contro il pericolo sempre incombente di perdere sia il capitale investito (danno emergente) sia il guadagno che se ne sarebbe ottenuto da altri impieghi (lucro cessante). Ciò giustifica non solo la pattuizione di un congruo interesse per il finanziamento dell'affare altrui (poiché non è iniquo ripartire fra debitore e creditore la differenza di valore tra la nuda somma prestata e il fattore di produzione – capitale – che essa rappresenta) ma anche e soprattutto la più elevata remunerazione possibile del capitale medesimo, in uno con gli altri fattori produttivi, nel caso di conduzione diretta dell'affare¹.

¹ ANDRÉ VAUCHEZ, *La vita pastorale nella Chiesa d'occidente*, in *Storia del cristianesimo. Religione-Politica-Cultura*, diretto da Jean-Marie Mayeur, Charles e Luce Pietri, André Vau-

Qui nasce l'impresa, che produce beni e servizi aventi valore di scambio e non solo d'uso perché utili a bisogni altrui (dove pure la ripresa dell'agile tramite monetario al posto del farraginoso baratto). In un mondo ormai libero dall'incubo barbarico, le varie produzioni si sviluppano e si coordinano: attività di rischio e di profitto per eccellenza, di arricchimento personale ma anche di benessere collettivo con le conseguenti ricadute di solidarietà sociale. Quanto più elevato il rischio, tanto più ragguardevole il guadagno: ma tanto maggiore con esso anche la possibilità di mancare l'obiettivo, coinvolgendo nel proprio dissesto i fornitori dei fattori di produzione non propri – fornitori di materie prime, di denaro ossia finanziatori, di lavoro ossia prestatori d'opera e dipendenti – i cui crediti restano allora in tutto o in parte insoluti per la illiquidità sopravvenuta alla loro controparte commerciale che abbia cessato di guadagnare. Di qui il fallimento, ossia il complesso delle regole dirette a disciplinare con metodo concorsuale l'esecuzione coattiva sui beni dell'imprenditore così da ripartire la perdita fra i vari creditori in maniera tendenzialmente paritaria (ferme cioè le cause legittime di prelazione) allo scopo di renderla meno gravosa *pro capite*².

chez, Marc Venard, ed. it. a cura di GIUSEPPE ALBERIGO, vol. 5 (*Apogeo del papato ed espansione della cristianità [1054-1274]*), Roma, Borla/Città Nuova, 1997, pp. 721-732, ivi, p. 729 ss. Esemplici di questa mentalità ci restano i documenti del mercante pratese Francesco di Marco Datini (1335-1410), il quale intestava il proprio *Libro Grande* «cho 'l nome di Dio e di ghuadagno», non ritenendo di recare offesa ad alcuno. Talvolta l'espressione era più elaborata, ma restando sulla medesima lunghezza d'onda: cfr. ad esempio l'intestazione del *Libro Bianco Grande A* del fondaco di Avignone per gli anni 1384-'86 (Archivio di Stato di Prato, Fondo Datini, unità 358), che suona così: «MCCCLXXXIII. Al nome di Dio e de la Vergine Maria e di tutti i Santi e Sante di Paradiso che ne prestino sanità e ghuadagno. Questo libro si è di Francescho di Marcho e chompagni di Pisa e chiamasi i Libro Bianco Grande A»; per non dire dell'intestazione del *Quaderno di Ragione* avignonese per gli anni 1367-68 (Archivio citato, unità 177): «Al nome di Dio e di madonna Santa Maria e di meser San Piero e di meser San Paolo e di meser Santo Giovanni Batista e di meser santo Giovanni apostolo evangelista e di madonna Santa Maria Madalena e di madonna Santa Lucia e di tutti i Santi e Sante di Paradiso, i quali con divozione preghiamo che in questo quaderno di ragione chominciato a d' XVII di setembre anno MCCCL(X)VIII ci diano a trovare guadagno chon salvamento de l'annima e del corpo con acrescimento d' avere e di persone. Amen, amen, amen».

² Ripartire su tutti il danno originato dal rischio comune fu idea maturata nell'antico diritto marittimo, sancita nella specie dalla *Lex Rhodia de iactu* che troviamo incorporata nel *Corpus juris* giustiniano: «*Paulus libro secundo sententiarum* – Lege Rhodia cavetur ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciantur quod pro omnibus datum est» (*Digesto*, 14, II, 1). Posto cioè che si dovessero gettare in mare alcune delle merci imbarcate onde evitare la perdita della nave per naufragio o per cattura di essa da parte dei pirati (il *risicum maris et gentis* di cui parlano gli strumenti notarili dell'Età di Mezzo); posto altresì che talvolta era opportuno disfarsi di merci leggere come le stoffe, che però s'imbevevano d'acqua (col conseguente appesantimento dell'imbarcazione e pericolo di naufragio), mentre altra volta era meglio buttare le cose pesanti, ad esempio i legnami, che avrebbero frenato la corsa (col conseguente pericolo di cattura); posto infine che non

In quanto procedura esecutiva, sia pure speciale, ossia diretta a liquidare i beni del debitore per soddisfare col ricavato i creditori, il fallimento costituisce attuazione della cosiddetta responsabilità patrimoniale, per la quale «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri» (art. 2740, comma 1°, cod. civ. it.). A sua volta la responsabilità patrimoniale consegue alla responsabilità personale, la quale è propria di chi è tenuto a porre in essere un determinato comportamento (*dare, facere, non facere, praestare*) a cui sia obbligato per legge o per un preesistente dovere giuridico corrente nei confronti di chiunque in quanto titolare di un diritto assoluto (vita, salute, onore, proprietà e via elencando; ma anche, dai tempi dell'incidente mortale subito da *Gigi Meroni*, un diritto di per sé relativo come il credito altrui) oppure corrente nei confronti di determinati altri soggetti con i quali sussista uno specifico rapporto (cosiddetta responsabilità *contrattuale*, nel senso latino di *contractus*, più ampio del nostro "contratto", in contrapposizione alla precedente, detta perciò responsabilità *extra-contrattuale*³). L'inadempimento colpevole di tale principale obbligazione genera quella secondaria di risarcire il danno (cfr. art. 1218 e 2043 c.c.), alla cui attuazione sono deputati gli istituti della menzionata responsabilità patrimoniale⁴.

pareva equo che il danno fosse tutto sopportato da chi aveva caricato l'una o l'altra categoria di merci che casualmente si erano dovute abbandonare, mentre tutti si erano in ipotesi avvantaggiati di tale sacrificio essendosi salvata la nave col resto del carico (oltre che la vita o la libertà dei naviganti); per questi convergenti motivi già ai legislatori di Rodi era parso equo distribuire il danno degli uni anche sugli altri.

³ O anche "responsabilità aquiliana", dalla *Lex Aquilia de damno iniuria dato*, plebiscito promosso nel 286 a.C. dal tribuno della plebe Aquilio.

⁴ La sostituzione della responsabilità personale, quando inattuata, con la responsabilità patrimoniale è opera di civiltà affermatasi con fatica nel mondo del diritto. Ancora rimpiante da un famoso e nell'occasione alquanto feroce giurista trecentesco come Baldo degli Ubaldi (il quale scriveva che «falliti sunt infames et infamissimi, qui more antiquissimae legis deberent tradi creditoribus laniandi»: BALDI UBALDI PERUSINI IURISCONSULTI, *Consiliorum, sive responsorum volumen quintum*, Venetiis, apud Hier. Polum, 1575 [ed. anastatica: Torino, Bottega d'Erasmus, 1970], *Cons. CCCC*, 3, p. 104), le norme antiche sugli insolventi non erano affatto tenere. Nella Roma arcaica, ad esempio, le *Leges XII Tabularum* (l'*antichissima legge* evocata da Baldo) disponevano che il debitore inadempiente e per il quale nessuno garanzia poteva essere messo in ceppi – non troppo pesanti – dal creditore («Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus xv pondo, ne maiore aut si volet minore vincito»: Tavola III, § 3) per essere da lui trattenuto durante sessanta giorni, trascorsi inutilmente i quali il poveretto veniva mandato al di là del Tevere, per così dire all'estero, per esservi venduto oppure era messo a morte («Erat autem ius interea paciscendi ac, si pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant, aut trans tiberim peregre venum ibant»: ricostruzione da Aulo Gellio del § 5 della Tavola cit.) e il suo cadavere, *horribile dictu* ma giustamente per il citato Baldo, diviso in parti fra i creditori («Tertius nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, ne fraude esto»: Tavola cit., §

2. La responsabilità per i debiti nell'impresa nascente

Ogni società umana, ogni rapporto interpersonale vive anche nella fitta rete delle relazioni fra diritti obbligazioni e responsabilità. L'esercizio dell'impresa ne è una scaturigine fra le più imponenti, poiché dai fattori della produzione al prodotto finale tutto vi è oggetto di proprietà possesso e contrattazione ossia di situazioni che generano posizioni attive e passive, delle quali esigere o dovere il rispetto proprio dei soggetti responsabili di azioni ed omissioni. Nell'economia dell'impresa la responsabilità diventa anzi lo snodo essenziale del fenomeno, considerata la folta e mutevole schiera delle persone e dei patrimoni coinvolti. Onorare il debito non è perciò solo un dovere verso il proprio creditore, ma significa contribuire all'ordinato svolgimento dell'economia generale, con riflesso sulla stessa stabilità della *res publica* che sta in mano al ceto mercantile⁵, poiché tutti operano in virtù del credito ricevuto e concesso⁶. Ciò spiega la durezza degli statuti medievali con i commercianti che fallivano, ai quali si *rompeva il banco* e s'imponevano misure afflittive severe – gravissime, fino al bando o addirittura alla pena di morte, se l'insolvenza era innervata da comportamenti delittuosi (gli odierni fatti di *bancarotta*) – e comunque infamanti, escogitate cioè per esporre

6). Era la cosiddetta *manus iniectio*, in seguito temperata nella costrizione del debitore schiavizzato a lavorare per il creditore e di poi continuata nelle età successive, moderna inclusa, con la prigione per debiti.

⁵ «Infine, alzando gli occhi alle sale austere della Signoria, vi si vedevano, paludati e gravi, quegli stessi mercanti, che, posata la scarsella del danaro, lasciato il falcone della caccia, legato il cavallo agli anelli del palazzo, nell'atto di trattare da pari a pari col signore Angioino, con il re di Francia e il papa, di lanciare bandi di esilio, di concedere amnistie ai fuorusciti, di accogliere le suppliche degli umili, potevano anticipare una frase orgogliosa di secoli posteriori, "lo Stato siamo noi"»: ARMANDO SAPORI, *Storia interna della compagnia mercantile dei Peruzzi*, in IDEM, *Studi di storia economica (Secoli XIII-XIV-XV)*³, Firenze, Sansoni, 1955 (rist. 1982), II, pp. 653-694, ivi, p. 690.

⁶ Lo strumento che esalta la funzione del credito, ovvero del corrispondente debito, come fattore della produzione è la cambiale, evolutasi dalla medievale *lettera di cambio* (che consentiva il passaggio di denaro, immateriale e perciò senza rischi, fra il mercante italiano e il suo corrispondente straniero) fino a diventare con l'aggiunta della girata un moltiplicatore della ricchezza (infatti ogni nuovo prenditore finanzia l'affare del cedente, finanziandosi poi egli stesso presso chi prenda a sua volta il titolo in cambio della conforme – in genere un po' minore – concessione di credito). Fin dagli esordi peraltro la lettera di cambio si prestò anche alle speculazioni finanziarie, il cosiddetto "stare su' cambi", e alla dissimulazione del prestito a interesse grazie all'accorto sfruttamento del cambio fra le valute (anche oggi "nella cambiale pagabile a vista o a certo tempo vista il traente può disporre che la somma sia produttiva d'interessi. In qualunque altra specie di cambiale la promessa d'interessi si ha per non scritta" e perciò gli interessi vi sono cumulati col capitale nell'unica somma dovuta: art. 5 del r.d. 5 dicembre 1933, n. 1669, cosiddetta legge cambiaria): sull'impiego finanziario della lettera di cambio cfr. SERGIO TOGNETTI, *Le compagnie mercantili-bancarie toscane e i mercati finanziari europei tra metà XIII e metà XVI secolo*, «Archivio storico italiano», 2015/4, a. 173, n. 645, pp. 687-717, ivi, p. 705 s.

alla pubblica riprovazione il reprobato, o talvolta lo sfortunato (come in giorno di mercato battere tre volte le terga scoperte sulla “pietra del vituperio” o “dello scandalo” – mortificazione già in uso nella Roma repubblicana – oppure anche portare un segno distintivo – berretta verde, stoffa gialla, effigie volpina – con o sopra gli indumenti).

Riguardo all'impresa esercitata in maniera collettiva, ossia societaria, il problema della responsabilità vira, in tale periodo storico, nell'interrogativo di chi debba rispondere dei debiti sorti nell'esercizio dell'attività sociale: assodato cioè che il patrimonio, sul quale innanzitutto grava la responsabilità per detti debiti, è formato dall'apporto di tutti i soci (conferimenti di denaro, di beni in natura, eventualmente d'opera), ci si chiede se la correlativa responsabilità personale sia o no di tutti loro, ovvero se dei relativi pesi debbano rispondere tutti i soci o soltanto alcuni, *in primis* coloro che avendo agito nel nome e interesse comune si sono così palesati ai terzi. La risposta ritenuta adeguata dalla coeva coscienza sociale e perciò dal diritto è che ne rispondano tutti i soci, a prescindere dal fatto che abbiano o no agito in rappresentanza della società. È l'essenza della *compagnia* medievale, dove i *compagni* sono inizialmente i membri della famiglia, l'onore della quale è perciò coinvolto nell'impresa a tutela delle ragioni dei terzi⁷. Questa regola è parsa tanto ovvia che anche oggi la società tipica dell'impresa commerciale è, quando i soci nulla dicano di diverso, la *società in nome collettivo* ossia la società nella quale «tutti i soci rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali» (art. 2291, comma 1°, c.c.)⁸; e

⁷ «La compagnia familiare sorta dalla unione dei consanguinei [...] dovette avere come caratteristica la più illimitata fiducia: tra i compagni, come conseguenza e riflesso della vita condotta in comune che permetteva, senza formalità e senza odiosità, il controllo vicendevole; e fiducia del pubblico, che agli effetti della responsabilità considerava tutta una cosa e la famiglia e la compagnia di commercio. Né faceva a torto questa confusione: perché realmente (...) il senso di dignità dei parenti-compagni fece sì che costoro fossero pronti a qualsiasi sacrificio per la onorabilità del nome, comune alla famiglia e alla azienda mercantile: nome che si considerava ugualmente macchiato da un gesto di viltà militare, da un tradimento politico, da una inadempienza commerciale»: ARMANDO SAPORI, *Le compagnie mercantili toscane del Dugento e dei primi del Trecento. La responsabilità dei compagni verso i terzi*, in IDEM, *Studi di storia economica (Secoli XIII-XIV-XV)*³, cit., II, pp. 765-808, ivi, p. 803.

⁸ In questo sistema della responsabilità d'impresa è fondamentale la regola della solidarietà passiva (art. 1292 c.c.: «L'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri», salva la rivalsa interna nei confronti dei condebitori), la quale solidarietà passiva si presume tranne diversa disposizione della legge o del titolo (cfr. art. 1294 c.c.); ed è sempre stata tanto fondamentale nel traffico economico-giuridico che – come ricordava Armando Saporì – allorché gli statuti senesi di inizio Trecento l'abolirono, gli affari delle *compagnie* locali crollarono a tutto vantaggio dei detestati Fiorentini, nelle cui società la solidarietà passiva restava in vigore: «quando a Siena ci si accorse del danno» – concludeva amaro l'illustre Autore, che in quella città era nato – «ci si affrettò a tornare al passato [...]. Ma è inutile dire che ormai, perduti

i soci dicono già qualcosa di diverso quando enunciano come parte del nome sociale la locuzione, per esteso o in sigla, che innanzitutto indica un differente regime di responsabilità per i debiti sociali e dunque una differente società – *società in accomandita semplice* o s.a.s. (art. 2314 c.c.), *società per azioni* o s.p.a. (art. 2326), *società in accomandita per azioni* o s.a.p.a. (art. 2453), *società a responsabilità limitata* o s.r.l. (art. 2463), *società cooperativa* (art. 2515) – ossia un regime di responsabilità ovvero una società dove, a seconda dei casi, oltre al patrimonio sociale nessun socio o alcuni soltanto rispondono dei debiti sociali⁹.

Si afferma così che la società in nome collettivo è la società *residuale* per l'esercizio in maniera associata dell'impresa commerciale¹⁰. La cosa ha conseguenze importanti¹¹: non ultima, quella che tale società può costituirsi ovvero essere ritenuta sussistente anche di fatto, senza cioè contratto che specifichi alcunché (poiché tutte le regole necessarie sono contenute nella disciplina, residuale, della società collettiva) ma solo grazie al comportamento cosiddetto concludente di coloro che mostri-

mercati e clienti, i senesi non li ritrovarono più» (SAPORI, *Le compagnie mercantili toscane...*, cit., p. 804 s.).

⁹ Il nome della s.n.c. può pertanto limitarsi ad aggiungere dopo il nominativo di uno o più soci la classica dizione “& C.”, cioè *e compagni*, anziché la consueta sigla “s.n.c.” (salvo s'intende quando la specificazione del tipo, altrimenti superflua, sia richiesta da norme speciali, ad esempio quelle per l'iscrizione della società nel Registro delle Imprese).

¹⁰ Se si trattasse di attività agricola, residuale sarebbe la società semplice (art. 2251-2290 c.c.), che non può esercitare attività commerciale (art. 2249 c.c.) e nella quale tutti i soci rispondono in proprio dei debiti sociali salvo il patto contrario (opportunamente pubblicizzato) che escluda dalla responsabilità coloro che non agiscono con i terzi (art. 2267 c.c.).

¹¹ Fra le conseguenze applicative va soprattutto ricordata quella secondo cui nelle società con soci tipologicamente a responsabilità illimitata (collettiva e accomandita, quest'ultima tanto semplice quanto azionaria) il fallimento della società produce l'automatico fallimento in proprio di ciascun socio illimitatamente responsabile (cosiddetto fallimento dipendente, *vulgo* per estensione: articoli 147 l. fall. e 256 del futuro *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*). La legge minaccia il fallimento al detto socio non perché imprenditore – dal punto di vista tecnico non lo è, imprenditore essendo la società – né perché insolvente – bastando che tale sia la società – ma perché socio responsabile ovvero, vista la cosa in pratica, affinché egli fornisca alla società i mezzi necessari a pagarsi i debiti *prima* che essa altrimenti fallisca, così da evitare il pregiudizio di tutti, terzi (innanzitutto) compresi (cfr. GUSTAVO BONELLI, *Del fallimento*, 3^a ed. a cura di VIRGILIO ANDRIOLI, Milano, Vallardi, III, 1939, p. 233 ss.). In occasione dell'ultima riforma organica della legge fallimentare, destinata a entrare in vigore il 16 maggio 2022 nella nuova veste del già ricordato *Codice della crisi*, da varie parti era stata sollecitata la soppressione dell'istituto allegando che così si era fatto in altri Paesi europei: non un grande argomento, a dire il vero, che per fortuna non è stato accolto; non è escluso tuttavia che nell'attuale clima di fuga dalla responsabilità d'impresa, che caratterizza il mercato globale a trazione finanziaria, anche da noi il fallimento dipendente del socio illimitatamente responsabile finirà con l'essere archiviato, magari all'esito della *procedura di consultazione circa l'insolvenza societaria relativamente alle società di capitali, di persone e agli imprenditori* avviata dalla Commissione UE (dicembre 2020 – marzo 2021) «al fine di individuare le principali divergenze tra le discipline concorsuali dei diversi Paesi membri, che rappresentano un ostacolo per lo sviluppo e il funzionamento del *Capital Markets Union*».

no ai terzi di agire come soci. In altre parole, sin dai tempi della *compagnia* medievale la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali è la conseguenza naturale dell'esercizio associato dell'impresa commerciale; per modificarla, bisogna che i soci si organizzino secondo un modello ammesso dalla legge – poiché «le limitazioni della responsabilità [patrimoniale – n.d.a.] non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge»: art. 2740, comma 2°, c.c. – il quale preveda la limitazione di responsabilità per tutti i soci o per alcuni tra loro, secondo quanto detto sopra.

3. Dalla *compagnia* all'*anonima*

Che ci fosse sempre almeno un socio responsabile in proprio dei debiti sociali, fu principio indiscusso sino al XVI secolo. Già nell'Età di Mezzo la *compagnia* familiare era stata affiancata dalla *commendata*, antenata della nostra accomandita semplice, mediante l'aggiunta ai *compagni* di uno o più soci che rischiavano nell'affare comune soltanto i beni conferiti in società: caratteristica la *commendata* fra l'armatore della nave e capitano della stessa, accomandatario e cioè illimitatamente responsabile, e chi gli affidava merci da trafficare, accomandanti limitatamente responsabili. Mai però era stato ammesso che nessun socio rispondesse in proprio dei debiti sociali ossia che i medesimi fossero soddisfatti soltanto con i valori presenti nel patrimonio di appartenenza dei debiti stessi. Che l'impresa fosse condotta da un singolo soggetto o da una società, qualcuno doveva esporsi e rispondere dei debiti di essa in prima persona. Dal secolo decimosesto le cose cambiano radicalmente, perché deflagra la rivoluzione di Lutero: non solo religiosa, ma anche politica e culturale.

Per quanto riguarda il nostro argomento, la principale conseguenza della Riforma fu l'affermarsi di un nuovo *spirito del capitalismo* coniugato con l'*etica protestante*, nel quale il successo funge da trascendentale conferma dell'assegnazione a uno stato di grazia al quale si sarebbe predestinati dal decreto di un dio imperscrutabile che salva o dannava prescindere da qualsiasi nostra opera. Dall'orizzonte soteriologico dei riformati sparisce ogni merito. Diventano così obsoleti gli schemi culturali "romani" dell'imprendere, in particolare l'idea che sia lecito perché innanzitutto meritorio perseguire il massimo profitto affidandosi alla Provvidenza e rischiando in prima persona. La responsabilità personale illimitata dei *compagni* per i debiti sociali è dunque deprivata di senso, travolta nell'abisso mistico del *sola fide* e del *sola gratia*.

Il cambio di passo si concretizza con la nascita delle prime società per lo sfruttamento coloniale, le Compagnie delle Indie Orientali: l'in-

glese (*British East India Company*) fondata nel 1600 – l'anno che in Campo de' Fiori bruciò Giordano Bruno – e la olandese (*Vereenigde Geocroyeerde Oostindische Compagnie* – VOC) costituita nel 1602. Con esse irruppe sulla scena la cosiddetta *società anonima*, antesignana della nostra società per azioni: società anonima perché, come poi scrisse l'economista Carlo Gide, zio di Andrea e studioso della cooperazione, «la société par actions [...] n'est point une association de personnes, [...] mais une association de capitaux. Sans doute, ces capitaux ont des propriétaires, mais on ne s'occupe pas d'eux [...]. C'est la perfection de l'association capitaliste: ce n'est plus une association d'hommes, mais une association de sacs d'écus»¹². Non occorre infatti più conoscere i nomi dei soci, ossia di chi siano i patrimoni corresponsabili per i debiti sociali, perché la responsabilità dei soci delle innovative società – gli azionisti – è limitata al *sacco di scudi* da ciascuno conferito e dunque di detti debiti risponde soltanto il patrimonio sociale. Non per nulla la società per azioni è il moderno capostipite delle cosiddette società di capitali, che si contrappongono alle tradizionali società di persone¹³.

L'esordio della società azionaria non fu tuttavia privo di tentennamenti. Basti dire che nella originaria *British East India Company* i soci erano tenuti a fornire alla società debitrice le somme necessarie a pagare i debiti e ciò anche se avevano già eseguito il conferimento: il socio era cioè *indirectly liable*¹⁴, compulsabile non più dai creditori sociali – facoltizzati ad agire esecutivamente soltanto sul patrimonio della società – ma, occorrendo, dalla società con quelli indebitata. Oggi questa è regola che possono adottare i consorzi in forma societaria (e perciò anche la società consortile per azioni: s.c.p.a.) parametrando l'obbligo di contributo periodico anche al ripianamento delle eventuali perdite di bilancio; non è mai stata però regola della tipica società per azioni (s.p.a.), nella quale ultima l'azionista non può mai essere obbligato ad alcun nuovo esborso oltre il conferito; ma i giuristi inglesi del XVII secolo, non più cattolici e però ancora meno protestanti che anglicani, ritenevano che la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali andasse comunque ribadita almeno nei rapporti interni, se non rispetto ai

¹² CHARLES GIDE, *Cours d'économie politique* 4, Tome 1^{er}, Paris, Sirey, 1918, p. 245 (corsivo aggiunto).

¹³ Società per azioni, per azioni in accomandita, a responsabilità limitata, le prime; società in nome collettivo e in accomandita semplice, le seconde. Fino al 2000 le locuzioni *società di capitali* e *società di persone* avevano soltanto valenza scolastica. In parte con la Legge "Bassanini" di semplificazione, n. 340/2000, e in maniera completa con la riforma societaria del 2003-'04 assunsero anche valenza normativa (cfr. ad es. l'art. 2500 *ter* c.c.).

¹⁴ COLIN ARTHUR COOKE, *Corporation Trust and Company - An Essay in Legal History*, Manchester, Manch. University Press, 1950, p. 77 s.

terzi, perché istituto di diritto naturale¹⁵. Si trattava tuttavia di lacerto che prima o poi sarebbe sparito¹⁶.

4. Dalla società senza rischio all'impresa senza rischio

La società anonima aveva l'indubbio vantaggio sulle *compagnie* medioevali di consentire la raccolta di somme molto ingenti grazie alla sottoscrizione di moltissimi piccoli azionisti, i quali erano invogliati dal rischio limitato a investire la somma che si potevano permettere di perdere con la prospettiva però di trarre da tale investimento un profitto elevato in termini di dividendo, ossia la porzione di utile che la società avrebbe destinato a remunerare ciascuna azione alla fine di ogni esercizio (che, s'intende, non si fosse chiuso in perdita). Lo svantaggio di una tale società a larga base azionaria (cosiddetta *public company*) era stato messo in luce da chi già nel 1776 aveva additato la conseguenza principale della separazione fra proprietari (l'affollata compagine dei soci fornitori del capitale, per lo più disinteressati – specie i piccoli – alla gestione) e gestori (il ristretto gruppo degli amministratori scelti in genere fra terzi non soci ma esperti di affari): in questa situazione, nella quale rischiano denaro altrui, gli amministratori saranno propensi a speculazioni azzardate, da cui si asterrebbero se il denaro fosse loro, per inseguire un super-profitto utile a rimpinguare il loro compenso, di solito commisurato al risultato d'esercizio¹⁷. A differenza dei soci che gestivano la *compagnia*

¹⁵ ARIBERTO MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della «company» inglese*, «Rivista delle società», 1960, pp. 633-684, ivi, p. 675.

¹⁶ In Inghilterra ciò avviene col *Limited Liability Act* del 14 agosto 1855, regina Vittoria imperante, col quale fu sancita la portata generale della limitazione di responsabilità a quanto promesso a titolo di conferimento: «VII. The Members of a Joint Stock Company which has so obtained a Certificate of Complete Registration with Limited Liability, after such Certificate is granted [...] shall not be liable, under any Judgment, Decree, or Order which shall be obtained against such Company, or for any Debt or Engagement of such Company, further or otherwise than is herein-after provided»; «VIII. If any Execution, Sequestration, or other Process in the Nature of Execution, either at Law or in Equity, shall have been issued against the Property or Effects of the Company, and if there cannot be found sufficient whereon to levy or enforce such Execution, Sequestration, or other Process, then such Execution, Sequestration, or other Process may be issued against any of the Shareholders to the Extent of the Portions of their Shares respectively in the Capital of the Company not then paid up, but no Shareholder shall be liable to pay in satisfaction of any One or more such Execution, Sequestration, or other Process a greater Sum than shall be equal to the Portion of his Shares not paid up» (corsivo aggiunto).

¹⁷ Senza contare, nelle società maggiori e quotate sui mercati, la pratica delle *stock option* ossia della remunerazione mediante attribuzione di azioni appositamente emesse, la quale apre la strada a speculazioni sulle stesse mediante incrementi di valore del patrimonio ottenuti con operazioni di alto rischio, del tutto inaffidabili nel medio-lungo periodo ma monezzabili nel breve con la vendita dei titoli una volta che l'amministratore cessi dalla carica.

medievale e che oggi amministrano una società in nome collettivo o in accomandita semplice, gli amministratori di una s.p.a. avranno dunque una propensione al rischio molto maggiore, guidata più dal loro personale interesse che da quello della società¹⁸. Ciò mette in pericolo non soltanto il capitale dei soci, ma anche il credito fatto alla società dai terzi (fornitori e lavoratori): a causa della irresponsabilità dei primi e una volta perduto il loro capitale, saranno infatti fornitori e lavoratori a sopportare il peso finale dell'insolvenza, non i soci né le banche che si saranno munite delle garanzie che gli altri non possono pretendere. La responsabilità limitata insomma è sinonimo di sistematica traslazione del rischio d'impresa da chi la fa e dai suoi sodali a chi la subisce¹⁹. Con la modernità siamo agli antipodi dell'etica economica dei "secoli bui".

Né va sottaciuto il fatto che questo orizzonte di deresponsabilizza-

¹⁸ «L'attività di una compagnia [*rectius*: società – n.d.r.] per azioni è sempre amministrata da un consiglio di direttori. In effetti, questo consiglio è spesso soggetto, sotto molti aspetti, al controllo dell'assemblea generale degli azionisti. Ma la maggior parte di questi azionisti raramente pretendono di capire qualcosa degli affari della società e, quando non capita che tra essi prevalga lo spirito di fazione, non se ne curano minimamente ma si accontentano di ricevere il dividendo semestrale o annuo che i direttori ritengano opportuno distribuire loro. Questa totale esenzione da disturbi e da rischi, oltre alla somma limitata, incoraggia ad arrischiarsi in una compagnia [*rectius*: società – n.d.r.] per azioni persone che, per nessun motivo, avrebbero mai rischiato il loro patrimonio in una *private copartnery* [la traduzione da cui si cita porta *società commerciale privata*, ma qui pare meglio mantenere l'espressione originale chiarendo che essa designa una specifica società assimilabile alla nostra società in nome collettivo ovvero all'antica *compagnia* – n.d.r.]. Perciò queste compagnie [*rectius*: società – n.d.r.] raccolgono generalmente fondi molto maggiori di quelli che qualsiasi società privata [*recte*: società a base ristretta] può vantarsi di possedere. [...] Tuttavia siccome gli amministratori di tali compagnie [*rectius*: società – n.d.r.] sono gli amministratori del denaro altrui piuttosto che del loro, non ci si può aspettare che lo sorvegliano con la stessa accurata vigilanza che i soci una *private copartnery* [*ut supra* – n.d.r.] spesso dedicano all'amministrazione del loro denaro. Come i sovrintendenti di un ricco, essi sono inclini a considerare l'attenzione alle piccole cose come non degna dell'onore del loro padrone, e quindi molto facilmente si dispensano dal prestarla. Perciò la negligenza e la prodigalità devono sempre prevalere, in misura più o meno grande, nell'amministrazione degli affari di queste compagnie [*rectius*: società – n.d.r.]»: ADAM SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Milano, Mondadori, 1977, II, p. 733 s. (*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, 1776, V, 1, III, I.1). La storia delle anonime vide presto evolvere la meno sorvegliata propensione al rischio nelle speculazioni avventate o peggio: sono noti in proposito i settecenteschi scandali finanziari della britannica *South Sea Company*, fondata nel 1711 per il commercio col Sudamerica, e della francese Compagnia del Mississippi, fondata nel 1717 dallo scozzese John Law per il commercio con le colonie del Nordamerica, entrambe rovinate nel 1720.

¹⁹ Scriveva GUIDO ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 103: «quando l'impresa è organizzata nella forma di una società di capitali, l'art. 2740 cod. civ. non trova applicazione, e siccome tale articolo è sinonimo di rischio d'impresa, non si può, in tale ipotesi, parlare correttamente neppure di quest'ultimo». Vero, ma solo in parte: in realtà il rischio d'impresa c'è sempre – come d'altronde può essere altrimenti? – ma è dislocato su chi non lo dovrebbe correre, o lo dovrebbe correre soltanto in via residuale rispetto all'imprenditore.

zione si è allargato, col passare del tempo, dalla società all'impresa *tout court* attraverso l'istituto della cosiddetta società unipersonale, imposta dall'ordinamento europeo – agganciato alla trazione nordica – sin dal fatidico 1989 (Direttiva 89/667/CEE del 21 dicembre 1989) e in Italia attuato, in esecuzione della Direttiva, col decreto legislativo 3 marzo 1993, n. 88. Fino ad allora una società di capitali i cui soci si fossero ridotti a uno continuava bensì a sussistere ma il socio superstite perdeva il beneficio della limitazione di responsabilità per tutti i debiti sorti finché non fosse stata ricostituita la pluralità dei soci²⁰. Dal 1993 pure l'Italia abbandonò questa regola con riguardo sia al socio unico sopravvenuto sia al socio unico originario, nel senso che da allora è diventato anche possibile costituire *ex novo* una società a responsabilità limitata unipersonale; e dal 1° gennaio 2004, a seguito della riforma organica varata nel 2003 per le società di capitali, la regola fu estesa anche alla società per azioni²¹. Oggi pertanto un'impresa sostanzialmente individuale (o anche una pluralità di esse) può essere esercitata senza rischio personale dell'imprenditore, purché vestita da società unipersonale (s.p.a. o s.r.l.)²². Siamo insomma di fronte a un ossimoro nel quale evapora la nozione comune di società come sodalizio²³. Neppure in questa materia sembra più che il nome debba significare una cosa ed

²⁰ Nelle società di persone l'evento fa invece decorrere un termine semestrale alla scadenza del quale, se non è ricostituita la pluralità dei soci, la società è sciolta per legge e va liquidata.

²¹ La unipersonalità (anche) della s.p.a. era già prevista nel disegno di legge governativo per la legge comunitaria n. 142/92, contenente la delega esercitata col citato d. lgs. n. 88/93 (cfr. X Legislatura, Atti parlamentari, A.C. n. 5497, p. 33, *ad art.* 14, lett. *c*); ma la previsione venne emendata dalla Commissione per le Politiche Comunitarie, che limitò l'attuazione della Direttiva alla s.r.l. (cfr. X Legislatura, Atti parlamentari, A.C. n. 5497-A, p. 15, *ad art.* 16, lett. *a e c*). In quell'occasione fu anche stabilito che la limitazione di responsabilità non operava quando l'unico socio ricopriva tale posizione anche in altra società di capitali (vecchio art. 2497 c.c., nel testo vigente fino al 31 dicembre 2003). In conformità alla Relazione al d. lgs. – dove il precetto era presentato come una delle «scelte [...] idonee ad attuare una politica di “rigore” e “serietà”» (v. la Rel. in appendice a CARLO IBBA, *La società a responsabilità limitata con un solo socio*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 210 ss.) – si scrisse, da chi nel 2003 sarebbe stato il maggiore compilatore della riforma societaria, che detto vincolo costituiva «una scelta volta a consentire [...] il privilegio della limitazione di responsabilità, ma non fino al punto di permettere un frazionamento (eventualmente arbitrario) dell'attività e della corrispondente responsabilità per iniziative economiche nella sostanza riconducibili ad un solo soggetto» (CARLO ANGELICI, *Società unipersonali: l'esperienza comparatistica*, «Le società», 1993, pp. 893-900, specie p. 894). Bastarono tuttavia dieci anni, dopo secoli ispirati alle regole della responsabilità d'impresa, perché la riforma del 2003 rendesse obsolete, abolendo il vincolo, anche queste residue buone intenzioni di “rigore” e “serietà”: *motus in fine velocior*.

²² La società per azioni in accomandita (s.a.p.a.) non può essere stabilmente unipersonale, perché ha bisogno di almeno un socio accomandante e almeno un socio accomandatario (amministratore).

²³ Donde anche la modificata rubrica dell'art. 2247 c.c.: da «Nozione» (di società), fino al 1993, a «Contratto di società», dopo.

una soltanto, come vuole il principio di non contraddizione. Un medesimo nome è invece piegato a indicare cose diverse e persino opposte, generando una lingua liquida funzionale all'affermarsi incontrastabile di una cultura e di una società altrettanto liquide: con buona pace dell'imperatore Giustiniano e della sua preoccupazione, raccogliendo per i secoli futuri il diritto di Roma, che nel suo *Corpus juris* fossero «consequentia nomina rebus» (*Institutiones*, II, 7, 3).

5. La responsabilità per *mala gestio* e le sue congenite vischiosità

Argine principale²⁴ al pericolo di spregiudicata conduzione dell'impresa societaria a limitata responsabilità, e di pressoché completa indif-

²⁴ Un altro argine è stato – e per alcune specie d'impresa (banche e assicurazioni) è ancora – il limite minimo, imposto per legge, del capitale sociale, cioè della somma ideale corrispondente al valore in denaro dei conferimenti iniziali e successivi richiesti per costituire e mantenere in esercizio la società di capitali. Più elevato è questo valore, che in bilancio va esposto al passivo, maggiore è la quota di patrimonio attivo che ne risulta indisponibile (dal momento che il bilancio deve pareggiare l'attivo col passivo e gli utili di esercizio sono distribuibili soltanto per la parte eccedente tale parità, ossia al netto delle fisiologiche perdite annuali di valore dei cespiti e delle eventuali perdite pregresse) e che pertanto finisce con l'essere riservata ai creditori in caso di esecuzione coattiva (anche se va detto che in concreto il valore capitale non è sempre realizzabile per intero, a causa della generale svalutazione indotta nel mercato dalla situazione di chi sia costretto a vendere). Si descrive questa funzione del capitale sociale dicendo che esso costituisce una sorta di *garanzia* (in senso atecnico) per i creditori della società. In Italia il limite minimo fu introdotto col codice civile del 1942, che innovò in punto il codice di commercio del 1882, espressione di una ideologia paleo-liberale e perciò meno sollecito della sorte dei terzi interagenti con l'impresa. Il Ministro Guardasigilli, relatore al codice civile, osservò in proposito che «occorreva [...] impedire le deviazioni dell'istituto» (favorite dal beneficio della limitazione di responsabilità riconosciute alle anonime) «che, nel mito del liberalismo, la regolamentazione data dal codice di commercio consentiva e che l'esperienza di un cinquantennio aveva denunciato. | La società per azioni doveva [...] essere posta al riparo da certi fenomeni degenerativi, che hanno gettato dei cunei d'ombra sull'istituto» (*Relazione al cod. civ.*, n. 942). Si tratta all'evidenza di una tecnica succedanea della responsabilità personale dei soci, che produce una immobilizzazione di valori più o meno ingente a seconda della protezione che la legge vuole procurare ai terzi. Per questo aspetto però è tecnica avversata dal mercato dei capitali, cioè dall'economia finanziaria che esige capitali liberi o di agevole smobilizzo (dove il feticcio della *libera circolazione* eretto nel 1992 dal Trattato di Maastricht: cfr. art. 63 TFUE). Ovvio che nel tempo della globalizzazione tale avversione ideologica si sia estesa dai luoghi d'origine agli altri Paesi, Italia compresa, nella quale ultima peraltro il limite minimo del capitale si era di fatto ridotto via via nel tempo a causa dell'inflazione mai recuperata per intero (la prima e unica rivalutazione fu disposta dalla legge 16 dicembre 1977, n. 904, cosiddetta "Pandolfi", la quale aggiornò il capitale minimo di s.p.a. e s.r.l., rimasto invariato dal 1942, a valori corrispondenti a circa il 45% degli originari; restando alla s.p.a., la riforma societaria del 2003 elevò i 200 milioni di lire stabiliti per essa nel 1977 a circa 240 – 120 mila euri, per la precisione – ma con ciò diminuì ancora la percentuale di adeguamento alla svalutazione, portandola nell'occasione al 20 per cento circa dei valori d'anteguerra). In seguito il capitale minimo delle s.p.a. è stato portato all'inferiore soglia minima prescritta nella UE (€ 50.000), mentre dal 2013 è diventato possibile costituire una s.r.l. (anche unipersonale) con un solo

ferenza per la sorte di coloro sui quali è trasferito un rischio d'impresa così aggravato, è la responsabilità degli amministratori per l'inadempimento delle proprie obbligazioni. Essa si esplica in tre direzioni: come responsabilità *contrattuale*, nei confronti della società amministrata, con la quale corre il rapporto organico (art. 2392 c.c.); come responsabilità *extra-contrattuale*, nei confronti in primo luogo dei creditori – art. 2394 – i quali non trovino capienza nel patrimonio sociale depauperato dalle operazioni avventate degli amministratori (una fattispecie della lesione del credito altrui che abbiamo già sopra menzionata) e poi – art. 2395 – nei confronti di chiunque, socio o terzo, abbia subito un danno non dipendente da quello sociale, il quale ultimo pertanto può anche mancare (ad esempio quando taluno sia indotto a svendere titoli della società, azionari od obbligazionari o d'altra specie, a causa di un bilancio falsato al ribasso ovvero sia per converso indotto a comprare i titoli medesimi a causa di un bilancio falsamente florido). Questa articolata responsabilità si fonda sulla colpa (o sul dolo), non sulla posizione ricoperta in società: l'amministratore cioè non risponde in quanto tale, come il socio illimitatamente responsabile risponde dei debiti sociali; risponde invece per avere esercitato il suo ufficio con colpa (imperizia, imprudenza, negligenza) o con dolo (in conflitto d'interessi o no con la società stessa), fermo restando che la colpa è valutata in via obiettiva ossia tenendo conto non solo delle eventuali competenze specifiche del soggetto ma anche della competenza professionale comunque richiesta dalla natura dell'incarico ossia esigibile da un qualsiasi avveduto amministratore di una società paragonabile per complessità gestionale a quella in gioco (cfr. art. 1176, comma 2°, c.c. in combinato disposto con l'art. 2392, comma 1°)²⁵.

euro di capitale (ossia con finanziamenti bancari garantiti da terzi, fideiussori o datori di pegno o d'ipoteca). Con quest'ultima riforma si è toccato l'acme della irresponsabilità d'impresa, la quale finalmente opera allo sbaraglio ossia senza il supporto di alcuna responsabilità personale e senza capitale, lasciando così nelle peste i lavoratori e piccoli fornitori che vi si erano legati.

²⁵ Va precisato tuttavia che a norma del nuovo terzo comma dell'art. 2486 c.c., entrato in vigore nel marzo 2019, è venuta a gravare sugli amministratori di una società di capitali (s.p.a., s.r.l., s.a.p.a.) e di cooperativa (arg. ex art. 2519 c.c.) una sorta di presunzione assoluta di colpa – altrimenti inammissibile, perché della colpa, anche quando eccezionalmente presunta (nell'illecito cosiddetto contrattuale: art. 1218 c.c.), si ammette tuttavia la prova contraria – nell'ipotesi particolare che, una volta accertata la loro responsabilità per avere compiuto un atto illecito (colposo o doloso) e produttivo di danno per la società o i soci o i creditori sociali o i terzi, «[sia] stata aperta una procedura concorsuale e manc[hi]no le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non poss[ano] essere determinati»: in tal caso infatti «il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura». Con chiara evidenza ciò equivale a sancire che gli amministratori riconosciuti colpevoli finiscano allora col sopportare le perdite, come in ogni caso accade ai soci illimitatamente responsabili: riaffiora insomma, nella drammatica situazione fallimentare, l'antica regola generale di responsabilità.

S'intende che una responsabilità simile ricade anche sui soci che amministrano una società personale (collettiva o accomandita semplice)²⁶, pari essendo l'obbligazione che essi assumono di bene amministrare nei confronti di tutti i soggetti suscettibili di ricevere danno dal cattivo operato dei gestori. Però questa loro responsabilità per colpa è per così dire coperta, rispetto ai terzi, dalla responsabilità da posizione: dal fatto cioè che essi, rivestendo per legge la qualità di soci illimitatamente responsabili²⁷, risponderebbero in ogni caso dei debiti sociali, anche se l'eventuale incapacità del patrimonio sociale a soddisfarli per effetto di perdite sopraggiunte non dipendesse affatto da operazioni sociali condotte con colpa o dolo degli amministratori medesimi ma fosse causata da congiunture avverse. Per questo al creditore sociale, che non trovi capienza nel patrimonio della società, non occorre dimostrare la colpevolezza dell'amministratore per agire contro di lui, perché quest'ultimo risponde dei debiti sociali per altra via e a prescindere: se addirittura la società non fosse iscritta nel Registro delle Imprese (caso peraltro oggi infrequente), al creditore non occorrerebbe neanche dimostrare l'incapienza del patrimonio sociale, essendo circostanza sufficiente (cfr. art. 2268 c.c. in combinato disposto con gli art. 2297 e 2317) che agire contro il socio amministratore (o un qualsiasi altro socio illimitatamente responsabile) sia più agevole che agire contro la società (questa, ad esempio, non disponendo della pronta liquidità necessaria, detenuta invece dal socio). In tali società la responsabilità per colpa ha allora una funzione diversa. Serve cioè al socio, che abbia saldato i debiti della società, per recuperare tutto quanto sborsato (sia pure con meccanismo indiretto, ossia per il tramite della società risarcita) a carico del consocio amministratore colpevole: il quale perciò dovrà a sua volta rifondere, soccombendo all'azione sociale di responsabilità (prevista nell'art. 2260 c.c.), non soltanto la parte eccedente la quota di perdite

²⁶ L'accomandita azionaria (s.a.p.a.), che di per sé è una società per azioni, somiglia invece all'accomandita semplice nel regime della responsabilità gestionale, poiché amministratore di essa può essere soltanto un socio azionista il quale perciò acquista la qualifica di accomandatario rispondendo di tutti i debiti sociali sorti nel periodo di permanenza nella carica (a differenza dell'accomandatario semplice, il quale risponde sempre e comunque di tutti i debiti).

²⁷ Nelle società di persone il potere di gestire l'impresa spetta per legge, salvo *rinuncia* dell'interessato, soltanto ai soci illimitatamente responsabili (ma il rinunciante non cessa di rispondere in proprio per i debiti sociali, perché la responsabilità è posta nell'interesse dei terzi). Così tutti i soci della collettiva sono di diritto amministratori, mentre nell'accomandita semplice lo sono soltanto i soci accomandatari (e il socio accomandante che s'ingerisca di suo arbitrio nell'amministrazione commette un illecito con gravi conseguenze: perdita della limitazione della responsabilità per tutte le obbligazioni sociali, presenti e future, senza peraltro acquisire alcuna facoltà gestionale; obbligo di risarcire l'eventuale danno patito dalla società; pericolo di esclusione dalla compagine sociale, che tanto delibere).

che ciascun (altro) socio deve sostenere per contratto, ma l'intero importo del danno risarcibile a lui imputato²⁸.

Ben si comprende che la responsabilità per colpa dell'amministratore estraneo non è efficiente quanto la responsabilità da posizione del socio illimitatamente responsabile nell'eccitare la prudenza gestionale circa l'impresa sociale, perché solo il secondo è consapevole di trattare valori (in parte) suoi – poiché derivanti dalle utilità ch'egli ha conferite – e, soprattutto, in caso di insolvenza della società risponde con i propri beni verso i creditori come se fosse un fideiussore o garante personale *ex lege* (e senza neanche le restrizioni vigenti, a tutela del garante, nella fideiussione contrattuale: qui infatti è piuttosto perseguita la tutela dei terzi). La differenza si ripercuote anche sul piano processuale. Per far valere infatti la responsabilità da posizione basta dimostrare la qualità di socio, di diritto o di fatto (sebbene non sia prova sempre banale)²⁹; per dimostrare invece la responsabilità per colpa occorre una laboriosa indagine sulla diligenza altrimenti richiesta, tenuto conto di tutte le circostanze ricorrenti nella situazione nella quale è maturato l'atto gestionale. Ciò non è difficile quando la responsabilità sia fatta valere dalla società, perché essa si avvantaggia della inversione dell'onere probatorio (rispetto alla società infatti si tratta di responsabilità contrattuale, nella quale la colpa dell'amministratore è presunta e perciò tocca a lui discolarsi) e perché in ogni caso la società medesima possiede le informazioni utili a provare i fatti e a contrastare la difesa altrui. È invece difficilissimo per i terzi, i quali non hanno vantaggi sul piano della prova,

²⁸ Posta insomma per semplicità una società in nome collettivo di quattro soci (tutti per legge illimitatamente responsabili) alla pari – quota del 25% ciascuno, diritto al 25% degli utili, sopportazione del 25% delle perdite (tutte queste percentuali possono essere calibrate come si vuole nel contratto, escluso solo il cosiddetto patto leonino ossia l'esclusione di taluno dalla percezione degli utili o dalla sopportazione delle perdite: art. 2265 c.c.) – qualora il socio Tizio, non amministratore, dovesse pagare 100 a un creditore della società, egli avrebbe diritto di ricevere 25 da ciascuno degli altri tre soci, di modo che nei rapporti interni si realizzi la previsione contrattuale circa la distribuzione delle perdite. Se però la società è diventata incapiente per colpa del socio Caio, amministratore che ha male amministrato, all'esito dell'azione di responsabilità egli dovrà rifondere alla società la somma corrispondente al danno (fatto uguale per ipotesi a 100 o più) e Tizio avrà poi diritto di recuperare dalla società, subito o in sede di liquidazione, tutta la somma di 100 (e non soltanto 75) già sborsata per pagare il creditore sociale. La modalità indiretta è imposta dalla giurisprudenza in nome del principio di legittimazione esclusiva della società a promuovere, anche in questo caso, l'azione (sociale) di responsabilità: Cass., 9 giugno 1981, n. 3719, «Giurisprudenza commerciale», 1982, II, p. 15 ss.

²⁹ È banale quando la società sia regolarmente iscritta nel Registro delle Imprese, non lo è quando iscritta non sia (società cosiddetta irregolare o addirittura di fatto). In mancanza d'iscrizione la prova è tuttavia facilitata dall'orientamento della giurisprudenza che consente di valorizzare i comportamenti stabilmente mantenuti con i terzi dai soggetti dei quali si vuole dimostrare l'*affectio societatis*.

poiché verso di loro l'amministratore risponde in via extra-contrattuale e dunque vale la regola generale sulla prova (*onus probandi incumbit ei qui dicit*), e d'altra parte essi non posseggono in genere le riservate informazioni di cui sopra. Tale difficoltà spiega perché l'azione di responsabilità contro gli amministratori da parte dei creditori sociali abbia il più delle volte corso quando subentrino nella legittimazione soggetti ai quali le dette informazioni non possano essere nascoste, come sono i gestori delle liquidazioni coattive (curatori dei fallimenti, commissari delle liquidazioni coatte amministrative e delle amministrazioni straordinarie) e quelli nominati dall'autorità giudiziaria in sede di controllo cosiddetto esterno sulle gravi irregolarità gestionali (art. 2409 c.c.)³⁰. D'altro canto è intuitivo che in mancanza di adeguati correttivi l'azione di responsabilità sociale, in quanto decisa dalla assemblea dei medesimi soci che nominano gli amministratori, sia di per se stessa destinata ad essere ancora meno frequente, come confermano i vecchi repertori di giurisprudenza: poiché *canis canem non est*, in assenza di divergenze interne rimane improbabile (anche dopo la novellazione 2003 dell'art. 2364 c.c.: *infra*, § 7) che la maggioranza dei soci agiscano contro amministratori da loro stessi impersonati o nominati³¹.

³⁰ Il controllo giudiziario è l'unica possibilità di rimediare alla *mala gestio* di una società prima che sia tardi (anche se non è escluso che l'intervento del tribunale porti alla dichiarazione di fallimento). La storia di questa norma (che non si applica alle società personali per il peculiare bilanciamento in esse operante fra potere di gestione e responsabilità d'impresa) rimane peraltro esemplare delle tensioni metagiuridiche che si scaricano nell'interpretazione del diritto. Dettato in origine per le società azionarie e la s.r.l., l'art. 2409 fu giudicato inapplicabile alle società cooperative nonostante la norma generale che da sempre ad esse estende la disciplina delle s.p.a. *in quanto compatibile*. Ragione di tanto era la pretesa superfluità della norma dal momento che le cooperative sono già sottoposte per legge a vigilanza pubblica, oltretutto continua e non episodica: vigilanza però – si faceva notare dai critici della soluzione – di fonte amministrativo-politica, non giudiziaria, con le intuibili diversità di registro. A colmare la lacuna, senza pregiudizio per il sistema dei controlli tradizionali (e non sempre bene funzionanti), ci pensò il più volte ricordato legislatore del 2003, qui davvero benemerito, con l'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c. Circa invece le s.r.l., il medesimo e qui nient'affatto benemerito legislatore soppresse la norma che applicava a queste società l'art. 2409. Di tale silenzio prevalse, all'italiana, l'interpretazione lassista, negandosi nella specie che sul punto si potesse ripristinare la disciplina anteriore in via di integrazione analogica. A giudizio di chi scrive, e ne scrisse allora (nel *Commentario breve al codice civile*⁷, di autori vari e a cura di ALBERTO TRABUCCHI e GIORGIO CIAN, Padova, CEDAM, 2004, *sub* art. 2477, n. 9, p. 2712), gli argomenti addotti dal legislatore (cfr. *Relazione al d. lgs. n. 6/2003*, § 11), sposati dalla maggior parte degli studiosi e infine condivisi dalle supreme magistrature, erano ingiustificatamente ottimistici e tecnicamente discutibili; ma tant'è, *Roma locuta*. A rimediare, vista la prevedibile e poco esaltante esperienza liberalizzatrice, ci ha pensato il recente legislatore del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), disciplina che formalmente entrerà in vigore il 16 maggio 2022 ma che è stata anticipata rispetto ad alcune norme, fra cui quella che c'interessa (art. 379) e che con effetto dal 16 marzo 2019 ha ripristinato il controllo giudiziario per tutte le s.r.l. (nuovo 6° comma dell'art. 2477 c.c.).

³¹ Caso a sé è il cambio della proprietà azionaria, seguito dalle dimissioni o dalla revoca

6. *À la recherche* d'una responsabilità effettiva

Le illustrate difficoltà di promuovere l'azione contro gli amministratori lascerebbero senza efficiente presidio l'esigenza di controbilanciare con la responsabilità per colpa il venir meno della responsabilità da posizione, quella – ricordiamo – consistente nella responsabilità personale per i debiti sociali. Gli ordinamenti basati sulla responsabilità limitata hanno allora sviluppato una serie di accorgimenti per rafforzare le difese contro gli abusi.

Uno di questi accorgimenti è di facilitare l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, quella cioè in teoria più efficiente (perché assistita dall'inversione dell'onere della prova: tocca all'amministratore dimostrare di essere esente da colpa) ma storicamente infrequente a causa della sopra cennata ritrosia dei soci di maggioranza a deliberarla. In Italia aveva provveduto per le società quotate il cosiddetto Decreto "Draghi" (dal nome del presidente della commissione incaricata di elaborarlo) ossia il d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico della Finanza (TUF), il quale aveva stabilito nell'originario art. 129 che l'azione sociale potesse essere introdotta anche per iniziativa di una minoranza qualificata di soci (detentori di almeno il 5% del capitale con diritto di voto). La riforma societaria del 2003 estese l'istituto a tutte le società per azioni dimezzando l'aliquota valevole per le quotate (dal 5 al 2,5%) e fissando al 20% del capitale quella valevole per le società azionarie non quotate (art. 2393 *bis* c.c.); per la s.r.l. fu addirittura introdotta la legittimazione ad agire del singolo socio quotista (art. 2476 c.c.). Sembra l'uovo di Colombo: se l'azione non viene esperita dalla maggioranza, ci penserà la minoranza. In realtà le cose non vanno così piane.

In primo luogo bisogna considerare che le azioni di responsabilità

dei precedenti amministratori. Se ostile, la nuova proprietà non esiterà ad agire contro di loro. Se no, era un tempo diffuso il patto col quale i nuovi soci s'impegnavano con gli uscenti a non esercitare l'azione di responsabilità. La Cassazione ha tuttavia giudicato nullo simile accordo, perché esso «mira a far prevalere l'interesse di singoli soci che, per regolamentare i propri rapporti, si sono accordati a detrimento dell'interesse generale della società al movimento della detta azione, dal cui esito positivo avrebbe potuto ricavare benefici economici» (Cass. 28 aprile 2010, n. 10215, *ex pluribus* in «Giurisprudenza commerciale», 2011, II, p. 802 ss., con note di CRISTIANA FIENGO, *Convenzioni parasociali di rinuncia all'azione sociale di responsabilità*, p. 811-825, di CAMILLO DI DONATO, *Convenzioni di voto e azione di responsabilità nei confronti degli amministratori*, pp. 826-833, e di ANDREA TINA, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori di società*, pp. 833-859). Ciò nonostante il patto è stato ancora ritenuto valido, non riguardando il futuro, da Trib. Roma, 29 settembre 2015 (sentenza n. 19193, inedita ma riferita ne «Il Sole 24 Ore» del 18 novembre 2015, p. 45) sul duplice presupposto che per i soci la decisione di agire o meno in responsabilità è comunque frutto di valutazione discrezionale e che tale accordo non pregiudica la funzione dissuasiva di *mala gestio* inderogabilmente assegnata all'azione di responsabilità.

richiedono spesso indagini istruttorie laboriose, come già si è detto, e molto qualificate. Le relative spese (sia di lite sia anteriori, sostenute per accertare i fatti) sono ragguardevoli e vanno anticipate dalla minoranza attrice, perché altrimenti sarebbero incoraggiate anche iniziative pretestuose; vero d'altra parte che i rispettivi commi 5° e 4° degli articoli del codice ultimi citati prevedono che in caso di accoglimento della domanda la società rimborsi agli attori la parte di spese non poste a carico del soccombente (l'amministratore riconosciuto colpevole) o da lui non recuperate (perché insolubile): però si comprende che non tutti i soci siano disposti a correre l'alea a ciò intrinseca.

In secondo luogo bisogna considerare che nelle società quotate, caratterizzate dalla larga diffusione di un capitale non piccolo se non spesso ingente, l'aliquota del 2,5% sul capitale necessaria a esercitare l'azione di responsabilità non è da tutti, se si pensa al valore monetario assoluto. Di solito, fra i soci di minoranza la detengono soltanto alcuni: che sono non gli azionisti piccoli, ma quelli che investono somme importanti per un limitato periodo, finché cioè il valore di mercato rimane vantaggioso per chi vende, e poi disinvestono non appena avvertono segnali di future flessioni per acquistare titoli migliori. Parliamo insomma dei *fondi comuni di investimento* e degli altri organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR: art. 36 ss. TUF), i quali operano non (solo) per sé ma (anche) nell'interesse della clientela che affida loro i propri denari per averne un incremento patrimoniale. Per questi soggetti l'azione di responsabilità contro gli amministratori di una società della quale abbiano in portafoglio i titoli è una iattura, perché in simili circostanze il mercato reagisce male: svaluta cioè i titoli medesimi, temendo più o meno a ragione che dalla vertenza emergano o conseguano ulteriori profili critici della gestione sociale con imprevedibile riverbero negativo sul patrimonio sociale. Perciò il *fondo*, che ha il mandato di far fruttare la liquidità affidatagli dagli aderenti, invece che esercitare l'azione di responsabilità provocando da sé la perdita di valore dei titoli nei quali abbia investito, correrà piuttosto a venderli prima che il mercato abbia sentore di quanto sta per avvenire. Sembra una furbata, ma è un dovere nei confronti degli investitori. Per rappresentare questo nodo d'interessi contrastanti si dice che in ultima analisi i *fondi* votano con l'*exit* ossia manifestano il loro ponderato giudizio sulla gestione della società, della quale si trovano ad essere soci nel gioco dei mercati, uscendone³².

³² Questo comportamento non è di necessità correlato al buon andamento dell'impresa. Come tutti gli speculatori, i fondi comuni spostano il denaro dove rende di più nel breve periodo, il che quasi mai dipende dall'altrui solidità imprenditoriale (la quale permette crescita costante nel tempo, ma senza sbalzi su cui scommettere). Accade piuttosto che il desiderio

Posto che attribuire anche alla minoranza dei soci, anziché soltanto alla loro maggioranza, la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità è accorgimento non così efficiente come appare, il legislatore ha compiuto un altro passo. Con la cosiddetta Legge "Tremonti" sul risparmio (28 dicembre 2005, n. 262), promulgata in reazione agli scandali finanziari Cirio e Parmalat, è stata aggiunta a quella della minoranza la legittimazione, quanto alle s.p.a., del collegio sindacale (nuovo 3° comma dell'art. 2393 c.c.). Questa misura è senz'altro più utile dell'altra vista in precedenza, perché i sindaci sono una sorta di funzionari privati che esercitano il controllo gestionale sulla società nell'interesse tanto dei soci quanto, se non soprattutto, dei terzi e del mercato in genere. Dovendo così vigilare che gli amministratori osservino nella loro attività la legge, lo statuto sociale e i principi di corretta amministrazione (quelli che, sunteggiando, impongono il dovere di una condotta prudente e avveduta nel perseguire l'accrescimento patrimoniale e l'utile di periodo attraverso l'assunzione del rischio d'impresa nel compimento degli affari), i sindaci rispondono in concorso con gli amministratori vigilati quando, subito dalla società un danno a causa della inosservanza da parte degli amministratori medesimi di dette norme giuridiche e tecniche, si accerti che «il danno non si sarebbe prodotto se essi [*scil.* sindaci] avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica» (art. 2407, comma 2°, c.c.). Poiché allora la legge attribuisce anche a loro la legittimazione ad esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori, col che li costituisce nel potere-dovere di agire ricorrendone i presupposti di fatto e di diritto, i sindaci diventano a loro volta responsabili del danno prodotto dalle malefatte degli amministratori medesimi, vi abbiano o no concorso, qualora omettano colpevolmente di esperire la detta azione di responsabilità.

di attirare o trattenere l'investitore induca talvolta gli amministratori ad avventurarsi in speculazioni azzardate per inseguire alti profitti e mantenere così la prospettiva della crescita galoppante di valore dei titoli di partecipazione nella società amministrata. Paradigmatico in proposito il caso della *Enron Corporation* («Endless possibilities», recitava il logo aziendale), multinazionale statunitense fallita con bancarotta fraudolenta nel 2001. Operante da monopolista nel settore dell'energia con un modello tradizionale d'impresa manifatturiera, all'avvento del libero mercato abbandonò la originaria attività di produzione per creare piattaforme di mercato *online*, alleggerendosi dell'azienda di *pipeline* per cercare il guadagno nell'intermediazione finanziaria. Accompagnando l'attività principale con le solite di supporto in questi casi (*lobbying* politica – ovvero corruzione – *bipartisan*, dislocazione di rami operativi in paradisi fiscali, attivazione di rapporti opachi con società di revisione e di *rating*, e così via), il profitto *Enron* aumentò alimentando una straordinaria corsa al rialzo delle proprie azioni, che attirò sulla società di tanto successo l'attenzione e l'elogio della stessa – poteva mancare? – comunità accademica. Fino al crollo disastroso, specie per i dipendenti che perdettero anche il futuro avendo i loro fondi pensionistici investito nei titoli della casa madre.

Quella dei sindaci è una responsabilità per fatto proprio (l'omesso controllo) ma concorrente e solidale con quella degli amministratori colpevoli e, come la loro, avente natura innanzitutto contrattuale (poiché anche i sindaci agiscono sulla base di un preesistente rapporto in corso con la società) e quindi extra-contrattuale (verso creditori e terzi in genere). È soprattutto una responsabilità che, sebbene sia anch'essa in concreto destinata ad essere attivata in caso di cambio della proprietà societaria o di liquidazione coattiva dell'ente o di controllo giudiziario esterno, come avviene con l'azione contro gli amministratori esercitabile dalla maggioranza dei soci, chiama però in causa soggetti in genere più sensibili degli amministratori, perché vulnerabili non solo dal danno patrimoniale – a cui in genere pensano le assicurazioni, almeno fino a massimali ragionevoli – ma anche e soprattutto dal danno professionale e d'immagine in genere, suscettibile di riverberarsi sul futuro lavorativo personale se non addirittura del *collettivo* nel quale si sia inseriti (studio associato) e dal quale magari si venga all'esito espulsi. Un amministratore azzardoso può anche non dispiacere al mercato, ma un controllore sbadato o colluso no, perché non rileva quando sia passata la linea oltre la quale l'azzardo finirà col ritorcersi in danno di chi intanto ne profitta³³.

³³ Si apre qui una gigantesca faglia d'interessi, dalla quale è alterato lo stesso ruolo dei controllori. Molto infatti si gioca sulla rappresentazione della società all'esterno e così sul principale strumento a ciò deputato e soggetto a controllo, ossia il bilancio di esercizio. Prima ancora del rischio di manipolazione, come nel citato caso *Enron*, è utile ricordare che rispetto a questo cruciale documento contabile la tradizione del continente europeo si è sempre contrapposta a quella d'oltreoceano: volta a misurare e conservare la consistenza del patrimonio nell'interesse principale dei creditori, la prima (ricordiamo la funzione di *garanzia* del capitale); e invece tutta protesa a documentare la cosiddetta *performance* ossia l'idoneità a produrre un immediato aumento di valore nell'interesse principale degli investitori, la seconda. I valori patrimoniali economici e finanziari esposti secondo la prima impostazione possono essere molto diversi da quelli rispondenti alla seconda, con margini di aleatorietà crescenti dall'una all'altra: troppe variabili entrano così nel lavoro dei controllori. La globalizzazione mira d'altra parte a far prevalere la seconda prospettiva, assai meno favorevole alla tutela della stabilità patrimoniale, perché più congeniale al Far West finanziario senza confini dove pochi si arricchiscono in maniera vertiginosa mercé vorticosi movimenti finanziari e tutti gli altri vivono schiavizzati dai debiti, di quando in quando condonati per dare respiro *ne cives ad arma ruant* e per avere nuovo loro indebitamento su cui speculare (il debito, si sa, viene cartolarizzato, cioè incorporato come contro-credito in astrusi strumenti finanziari trasferiti a piccoli investitori sprovveduti i quali, rimettendoci poi sull'investimento fatto, finiranno col pagare il debito stesso al posto degli originari obbligati nel frattempo rimessi sulla giostra del sovra-consumo straccione). Poco tranquillizzante risulta da questo punto di vista l'inedito istituto della *esdebitazione dell'incapiente*, ossia della liberazione dai debiti (dichiarati allo scopo inesigibili) di chi non può pagare nulla ai propri creditori, entrato in vigore con anticipo rispetto al testo normativo che lo contiene (il già nominato *Codice della crisi d'impresa*) grazie al cosiddetto Decreto "Ristori" (decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176) il cui art. 4 *ter* ha introdotto nella legge 27 gennaio 2012, n. 3 (legge anti-usura, detta anche anti-suicidi) il nuovo art. 14

7. La responsabilità collaterale dei quotisti gestori e il silenzio della legge sugli azionisti

Caricare altre categorie di soggetti con la responsabilità per *mala gestio*, così da compensare la genetica inadeguatezza dell'azione contro amministratori e controllori rispetto all'efficienza della responsabilità patrimoniale da posizione dei soci, dove assente, non era fino a qualche tempo fa possibile. Non si potevano in specie attrarre nella sfera della suddetta responsabilità i soci stessi, perché a loro favore si ergeva il dogma della irresponsabilità per il cattivo governo che della società avessero fatto gli organi di amministrazione e controllo. Come infatti nei regimi monarchici nei quali *il re regna ma non governa*, i soci organizzati in assemblea sono bensì i sovrani della società – di cui, per cominciare, nominano e revocano in via diretta o indiretta gli altri organi³⁴ ma non si occupano della corrente attività d'impresa ossia delle «operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (art. 2380 *bis* c.c.)³⁵, la quale attività – ripetiamo – è appannaggio degli amministratori sotto la vigilanza dei sindaci o del diverso organo a cui spetti controllare: donde le eventuali responsabilità per colpevole dannoso esercizio dei loro compiti, dall'un lato, e la programmatica irresponsabilità invece dei soci, dall'altro lato.

Sia chiaro che anche in tale assetto “dogmatico” delle responsabilità non è impossibile chiamare a rispondere per concorso in *mala gestio* soci non amministratori; ma ciò avviene in situazioni patolo-

quaterdecies in materia di disciplina del sovraindebitamento privato («Il debitore persona fisica meritevole, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura, può accedere all'esdebitazione solo per una volta» ecc.). C'è da chiedersi se resisterà il limite dell'accesso al beneficio per una sola volta. Se in futuro fosse tolto (com'è ad esempio in Giappone: legge 2 giugno 2004, n. 75, artt. 248 ss.) o mitigato, il senso della norma virerebbe da filantropico *favor* per le persone cadute in disgrazia economica, quale oggi si presenta, a mezzo di incoraggiamento del consumo compulsivo, nella pelosa logica speculativo-condonistica cennata dianzi.

³⁴ Sebbene oggi si svaluti la tradizionale rappresentazione dell'assemblea sociale come “organo sovrano”, bisogna riconoscere che essa detiene ben più poteri del monarca costituzionale. Basti pensare che la modifica dell'oggetto sociale, ossia dell'attività economica esercitata, è decisione riservata all'assemblea dei soci in sede straordinaria, nelle società di capitali (nella cui disciplina una norma, l'art. 2361 c.c., è poi concepita per impedire modificazioni surrettizie da parte degli amministratori che acquistino partecipazioni massive in altre società e imprese), se non addirittura al loro consenso unanime, nelle società personali (collettiva, accomandita semplice). Altrettanto dicasi per lo scioglimento anticipato e volontario della società e per tutte le altre decisioni di modifica dell'atto costitutivo o dello statuto riservate inderogabilmente dalla legge alla compagine sociale. Nelle società personali, poi, ogni modifica del contratto richiede il consenso unanime dei soci, salvo patto contrario (art. 2252 c.c.).

³⁵ In quanto beninteso i soci non siano pure amministratori, come ad esempio non di rado accade per tutti loro nelle società anche di capitali a ristrettissima base sociale.

giche, nelle quali il socio esorbita dalle competenze sue proprie e finisce con l'assumere ruoli che non gli spetterebbero. È soprattutto il caso del cosiddetto socio tiranno, che si caratterizza per ingerirsi sistematicamente nell'amministrazione della società e nel disporre della cassa sociale come propria usurpando così le prerogative di un organo gestorio peraltro connivente³⁶. La giurisprudenza affronta questi abusi con tecniche repressive collaudate: o pertanto i giudici qualificano il personaggio come amministratore di fatto, in modo da applicargli *de plano* la responsabilità civile e penale di qualsiasi amministratore regolarmente nominato, ed è la soluzione più frequente; oppure, ricorrendo presupposti ulteriori, qualificano il personaggio come socio (anche) di una super-società costituitasi di fatto tra lui e la società tiranneggiata: e poiché tale super-società di fatto non può essere altro che una collettiva (si ricordi quanto detto sopra, § 2, circa la residualità di questo tipo sociale), il socio tiranno finisce con l'essere ritenuto solidalmente e personalmente responsabile dei debiti super-sociali, sorti formalmente a carico della società tiranneggiata ma in conseguenza dell'attività abusiva compiuta in comune col socio stesso e dunque imputabili alla super-società e per il tramite di essa a entrambi i super-soci.

Tornando invece alla fisiologica distinzione dei ruoli fra amministratori e soci, la conseguente barriera della irresponsabilità dei secondi per la gestione della società, di cui sopra si è detto, è stata rimossa dalla più volte ricordata riforma societaria del 2003 con espresso riguardo alla società a responsabilità limitata (s.r.l.). In essa infatti i soci (detti anche quotisti) sono stati resi, essi volendolo, *sovranamente governanti*: dal 1° gennaio 2004 l'art. 2479, comma 1°, c.c. prevede che essi «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». È facile capire, mettendo insieme le varie possibilità di attribuzione della competenza, che non c'è in pratica atto gestionale il quale sfugga alle prerogative dei soci quando essi inten-

³⁶ Distinto dal socio tiranno è il socio cosiddetto sovrano, quello cioè che grazie all'quota di capitale detenuta con diritto di voto determina da solo la formazione della maggioranza nella assemblea in sede ordinaria (competente alla nomina e revoca degli organi sociali e alla approvazione del bilancio) ma che non esorbita dal proprio ruolo come disegnato dalla legge e dallo statuto. Oltre al caso del socio tiranno, si può ricordare quello del socio che vota in conflitto d'interessi con la società permettendo col suo voto decisivo che sia adottata una delibera foriera di danno per la società medesima. A norma degli articoli 2373 (s.p.a.) e 2479 *ter* (s.r.l.) del codice civile la delibera è annullabile; ma si deve anche ritenere che, verificandosi il danno, la società abbia diritto di essere risarcita dal socio che ha votato in conflitto.

dano deciderci al posto degli amministratori. Come contrappeso di questa generale competenza l'art. 2476, comma (già 7° e ora) 8°, c.c., dopo avere disciplinato nei commi precedenti la responsabilità degli amministratori, stabilisce 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». A parte il problema ermeneutico posto dall'avverbio *intenzionalmente*, la disposizione è chiara: i quotisti che a norma di statuto o per devoluzione o per avocazione decidono in merito al compimento di un atto gestionale (acquistare o vendere beni, accedere a un finanziamento, assumere o licenziare dipendenti ecc.) rispondono in solido con gli amministratori che abbiano dato esecuzione alla decisione (stipulando ad esempio i necessari contratti) se dalla decisione medesima è derivato un danno ingiusto alla società o ai terzi, della cui possibilità i decisori stessi erano consapevoli³⁷. Lo stesso vale quando i soci si siano consapevolmente rifiutati di autorizzare il compimento di un atto che avrebbe impedito il verificarsi di un danno alla società o ai terzi.

Niente di tutto ciò è previsto nelle norme sulla società per azioni. Per essa dispone l'art. 2364, comma 1°, n. 5, il quale recita che nelle s.p.a. prive di consiglio di sorveglianza³⁸ l'assemblea ordinaria «delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti». A differenza dalla s.r.l., qui non è prevista alcuna devoluzione o avocazione di materie; e anche dove lo statuto preveda il voto dei soci *per il compimento di atti degli amministratori*, ossia relativo ad atti gestionali, tale voto non ha mai valore decisivo ma soltanto autorizzatorio: rimuove cioè un impedimento all'esercizio del potere gestionale, che rimane degli amministratori³⁹, i quali ne rispondono tanto rispetto ai terzi quanto

³⁷ La norma sanziona i comportamenti occasionali, non la sistematica ingerenza nella gestione sociale, per la quale ultima – come si è detto sopra – scatta senz'altro la responsabilità dell'amministratore, benché di fatto.

³⁸ Le s.p.a. col consiglio di sorveglianza sono quelle denominate dualistiche, di derivazione tedesca, nelle quali detto organo (in Germania: *Aufsichtsrat*) rimpiazza il collegio sindacale, convogliando su di sé competenze che nel sistema tradizionale o latino sono distribuite fra il collegio medesimo e l'assemblea dei soci (cfr. art. 2364 *bis* e 2409 *octies* ss. c.c.).

³⁹ Se tanto è richiesto dallo statuto, gli amministratori sono comunque liberi di decidere o meno il compimento dell'atto, ma una volta deciso possono metterlo in esecuzione soltanto col voto conforme dell'assemblea dei soci. Se tuttavia gli amministratori compiono l'atto senza la richiesta l'autorizzazione dei soci, tale vizio interno non può essere opposto ai terzi (cioè l'atto è valido ed efficace e la società non può rifiutarsi di darvi corso) salvo il solo caso che il terzo abbia agito intenzionalmente a danno della società (cfr. art. 2384 c.c.).

rispetto alla società⁴⁰.

La peculiarità della norma si coglie ancora meglio confrontandola con la versione originaria, rimasta in vigore dal 16 marzo 1942, giorno di entrata in vigore del codice civile, al 31 dicembre 2003, vigilia dell'entrata in vigore della riforma societaria. All'epoca disponeva il n. 4 dell'art. 2364, comma 1°, il quale stabiliva – per la parte ora in esame – che l'assemblea ordinaria dei soci deliberasse anche «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, la riforma societaria ha operato una immediata duplice stretta: sia perché nel sistema fino ad allora vigente, ferma l'inesistenza di un potere di avocazione degli azionisti soci, gli amministratori potevano però devolvere loro la decisione su *oggetti attinenti alla gestione della società*; sia perché le delibere previste nello statuto non erano qualificate autorizzazioni, sicché si ammetteva che avessero anche contenuto decisorio sotto forma di “direttive vincolanti”, imponendosi allora come tali agli amministratori salvo solo il loro diritto-dovere di non darvi esecuzione mediante impugnazione davanti al giudice quando le ritenessero foriere di danno per la società o i terzi e dunque fonte di eventuale responsabilità⁴¹.

Ha completato la stretta normativa, almeno nelle intenzioni del legislatore, l'art. 2380 *bis* c.c. (amministrazione della s.p.a. tradizionale o latina), inserito dalla medesima riforma societaria e ripreso in punto dagli art. 2409 *novies* (competenze del consiglio di gestione nella s.p.a. duale) e 2409 *septiesdecies* (amministrazione della s.p.a. monistica): «La gestione dell'impresa [...] spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»⁴². Il precetto è in effetti leggibile nel senso che

⁴⁰ Prima della riforma del 2003 si era per lungo tempo ritenuto che, nel silenzio in punto dell'antecedente versione della norma (riportata poco sotto nel testo), l'autorizzazione sollevasse gli amministratori dalla responsabilità nei confronti della società (mentre è sempre stato pacifico che nessun effetto ne derivasse ai creditori e ai terzi, dei cui diritti la società non può disporre). La manleva interna era anzi la ragione preponderante per la quale gli amministratori chiedevano di essere autorizzati dall'assemblea dei soci. Si cominciò a dubitare della soluzione dopo l'entrata in vigore del T.U.F., poiché essa risultava ormai incongrua con la nuova legittimazione della minoranza ad esercitare l'azione sociale di responsabilità (*supra*, § 6).

⁴¹ Diversa e drastica soluzione per l'amministratore, che non volesse correre il pericolo della responsabilità per avere cooperato nell'esecuzione della delibera illegittima e dannosa, sarebbe stato di dimettersi prima dalla carica.

⁴² Con identica formula era stato integrato anche l'art. 2475 c.c. (amministrazione della s.r.l.) dall'art. 377 del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*), norma entrata in vigore con alcune altre il 16 marzo successivo ossia con anticipo sul corpo normativo principale (che salvo altri rinvii entrerà in vigore il 16 maggio 2022). La modifica creò gravi problemi interpretativi, non essendo affatto facile conciliare la esclusi-

agli azionisti non possa spettare alcun potere gestionale oltre i casi di volta in volta previsti dalla legge (acquisto di azioni proprie, assunzione di partecipazioni che comportino responsabilità illimitata per i debiti delle imprese partecipate; e non molte altre). Ne verrebbero due conseguenze particolari: (i) che, dove l'art. 2364 citato ammette i soci a rilasciare le *autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori*, ciò sia lecito soltanto sulla base di previsioni circoscritte con esclusione di quelle late che si concedevano invece prima della riforma 2003 (ad esempio il compimento degli atti di straordinaria amministrazione)⁴³; (ii) che sarebbe da negarsi una competenza non scritta o implicita avente a oggetto le operazioni concernenti quelli che i giuristi nostrani si sono acconciati a chiamare "interessi primordiali"⁴⁴ dei soci, ossia le operazioni che producono una rilevante modificazione nell'oggetto o nella organizzazione societaria oppure nella posizione dei soci stessi alterando le condizioni del rischio da loro accettato. Si tratta di operazioni non riconducibili a un preciso quadro di riferimenti normativi, sulla individuazione delle quali può pertanto esserci disaccordo: si pensa ad esempio al conferimento dell'azienda sociale in una controllata, che converte la società operativa in *holding*; oppure, all'inverso, alla dismissione del controllo sopra un'altra società; o ancora all'esercizio del voto in controllate che deliberino aumenti del capitale con esclusione del diritto di opzione⁴⁵, destinati così a diluire la partecipazione della controllante socia; e via elencando⁴⁶. Mentre però la conse-

va competenza degli amministratori a gestire la società, ivi proclamata, con la competenza gestoria dei soci di cui all'art. 2479 c.c. sopra ricordato nel testo (per l'esame dell'intricata questione mi permetto di rinviare al mio *L'arrocco gestorio nel riformato comma 1° dell'art. 2475 c.c.*, «Le nuove leggi civili commentate», 2020, p. 112-148). La difficoltà è stata rimossa dal d. lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (decreto correttivo del C.c.i.i.), il quale con l'art. 40 ha di nuovo riformulato l'art. 2475 c.c. eliminando l'espressione che statuiva la competenza esclusiva degli amministratori di s.r.l.

⁴³ Clausola nulla secondo Trib. Roma, 1 aprile 2019, «Banca borsa e titoli di credito», 2019, II, p. 757 ss. (ivi, p. 764), con nota di GIUSEPPE BENEDETTO PORTALE e NICOLA DE LUCA, *Il sovrano non ha abdicato. Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*, pp. 765-777.

⁴⁴ Calco maccheronico del francese *intérêt primordial*, meglio traducibile col nostro *interesse capitale*.

⁴⁵ La delibera di aumento del capitale è competenza inderogabile dell'assemblea in sede straordinaria; ma nell'assemblea della controllata il voto della socia controllante è esercitato dal rappresentante di quest'ultima, che viene delegato ad esprimerlo con le istruzioni *ad hoc* dagli amministratori della medesima.

⁴⁶ Esempi portati da PIETRO ABBADESSA e AURELIO MIRONE, *Le competenze nell'assemblea delle s.p.a.*, «Rivista delle società», 2010, pp. 269-349, ivi, p. 303 s. Ma già sul primo esempio indicato (conversione in *holding*) si registra un dissenso nella giurisprudenza in argomento: Trib. Roma (ord.), 23 novembre 2012, nella banca-dati «Leggi d'Italia» (WKI). Conforme invece alla teoria degli "interessi primordiali", ma con riferimento alla dismissione del con-

guenza *sub* (i) sembra accettata senza dissensi, non altrettanto avviene per quella *sub* (ii): nella specie, la dottrina si divide fra chi (Portale e altri)⁴⁷ ammette la competenza implicita (dell'assemblea) dei soci circa il compimento delle operazioni attinenti "interessi primordiali" (la sanzione sarebbe allora l'annullabilità oppure nullità dell'atto compiuto⁴⁸ ossia un rimedio *demolitorio* – rimozione dell'atto e dei suoi effetti – non condizionato alla prova di alcun danno) e chi invece (Abbadessa e altri)⁴⁹ nega detta competenza virtuale ammettendo piuttosto uno specifico dovere di condotta degli amministratori i quali, essendo tenuti per clausola generale ad agire secondo correttezza e buona fede, dovrebbero sempre convocare l'assemblea per averne l'autorizzazione al compimento dell'operazione involgente "interessi primordiali", come tale non bisognosa di essere contemplata nell'eventuale clausola statutaria devolutiva di cui al citato art. 2364 (la sanzione sarebbe allora una responsabilità facilitata sul piano della prova, ma comunque rimedio risarcitorio condizionato alla prova del danno).

La prima opzione (rimedio demolitorio) sembra quella verso cui si va orientando la tuttora scarsa giurisprudenza. La cosa è comprensibile, perché è l'opzione meno onerosa e aleatoria per la minoranza colpita dall'abuso della maggioranza (della quale gli amministratori sono in tutto o in larga parte espressione). In ogni caso, operi cioè il rimedio demolitorio o risarcitorio, la circostanza che la competenza implicita sugli interessi *primordiali* non sia contemplata nell'art. 2364 c.c., né sia pertanto di per sé contenuta nell'orizzonte della tradizionale irresponsabilità dei soci, schiude un latente scenario di corresponsabilità: gli azionisti che deliberassero in materia di competenza implicita risponderebbero in solido con gli amministratori per il danno derivante alla società o ai terzi dal compimento dell'atto? E se rispondessero in tale ipotesi, non dovrebbero rispondere anche in tutti i casi di delibera autorizzativa prevista dalla legge o dallo statuto, come accade ai quotisti di s.r.l. per effetto del sopra ricordato art. 2476 c.c.?

trollo, il citato Trib. Roma, 1 aprile 2019 (sopra, nota 43).

⁴⁷ GIUSEPPE BENEDETTO PORTALE e NICOLA DE LUCA, *Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*, «Rivista del diritto commerciale», 2020, pp. 39-57.

⁴⁸ Per la prima specie di invalidità: Trib. Piacenza 14 marzo 2016, «Banca borsa titoli di credito», 2017, II, p. 377 ss.; per la seconda, in nota al provvedimento: NICOLA DE LUCA, *Da "Holzmüller e Gelatine" a "Bulli e Pupa"*. *Competenze implicite dell'assemblea e limiti legali ai poteri degli amministratori nelle società di capitali*, pp. 380-388, ivi, p. 387.

⁴⁹ Al quale (cit. nella nota 46) *adde* CARLO ANGELICI, *A proposito di «interessi primordiali» dei soci e «gestione esclusiva» degli amministratori*, «Rivista del diritto commerciale», 2020, pp. 59-90.

8. Avanti, c'è posto

Nella disciplina della società per azioni una norma del genere manca. Secondo il brocardo *ubi voluit lex dixit ubi noluit tacuit* se ne dovrebbe concludere che gli azionisti restino irresponsabili anche quando rilasciano autorizzazioni *ex art. 2364 c.c.* al compimento di atti degli amministratori. Non sarebbe peraltro un'inferenza granché attendibile: l'aforisma curiale appartiene al novero degli orpelli retorici, non di rado anche fuorvianti. Nel caso di specie tuttavia esso risulta per avventura consonante con una delle grandi direttive della riforma societaria del 2003, da tutti riconosciuta: assegnare cioè alla società a responsabilità limitata una fisionomia propria e indipendente dalla società per azioni, dotando perciò ciascuna di discipline in sé complete e autosufficienti così da evitare prestiti normativi dall'una all'altra. Tanto risultava dalla stessa legge di delega al Governo per la riforma del diritto societario (l. 3 ottobre 2001, n. 366): in particolare l'art. 3, comma 1°, lett. a), stabiliva che la nuova disciplina della s.r.l. fosse innanzitutto ispirata al principio di «prevedere un autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci»⁵⁰. In effetti, anche dal mero profilo quantitativo, all'esito della riforma la disciplina della s.r.l. appare oggi assai più corposa di quella anteriore⁵¹, che risaliva all'originaria stesura del codice civile (1942) ed era caratterizzata da varie norme contenenti rinvii alla disciplina della s.p.a., tanto da fare in allora parlare della s.r.l. come di una «piccola s.p.a.». La s.r.l. uscita dalla riforma appariva molto diversa dall'antico tipo sociale⁵² e, sebbene negli undici anni successivi essa abbia accolto alcuni istituti già noti al diritto azionario, ha comunque mantenuto la guadagnata caratteristica di autonomia di modello a sé stante, benché variegato, rispetto a quello della sorella maggiore.

Ciò spiega perché un esponente fra i più titolati della emergente

⁵⁰ Corsivo aggiunto. La menzione delle norme «anche suppletive» è di speciale importanza, perché indica la volontà del legislatore delegante di evitare per quanto possibile innesti da discipline differenti da quella corrente.

⁵¹ A titolo di curiosità, circa cinquemila parole contro le millecinquecento di prima (alla data di entrata in vigore della riforma, 1° gennaio 2004, perché nel frattempo sono pure aumentate).

⁵² Il legislatore della riforma fu consapevole della forte divaricazione impressa alle due discipline: «la società a responsabilità limitata cessa di presentarsi come una piccola società per azioni ed abbandona la tradizione del nostro ordinamento che ne faceva risalire il più immediato antecedente storico alla anonima per quote. Essa si caratterizza invece come una società personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata [...], può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni» (*Relazione al d. lsg. n. 6/2003, § 11*).

dottrina giuridica italiana possa scrivere nel manuale da lui curato che, siccome «non si profila, in tale modello [la s.r.l. – n.d.r.], una cesura tra gestione e partecipazione sociale» (cesura sussistente invece nella s.p.a.) e pertanto «si determina una *continuità istituzionale tra la responsabilità nell'esercizio della funzione gestoria e i soci che ne possono essere investiti*», per questa ragione sistematica «parrebbe da escludere (...) una estensibilità in via analogica alle s.p.a. [del citato art. 2476 – n.d.r.], per il caso delle autorizzazioni assembleari introducibili dallo statuto *ex art. 2364, n. 5*»⁵³. Va però subito aggiunto che la maggioranza degli autori pensa il contrario⁵⁴.

Che cosa peraltro ne pensino i giudici, che è quanto più importa, non è dato ancora sapere perché al momento non risultano edite decisioni in merito. Forse però una previsione si può azzardare. Basta ad esempio considerare che l'estensione alle s.p.a. della regola dettata per le s.r.l. allargherebbe anche nelle prime la platea dei responsabili, rendendo meno aleatorio un qualche risarcimento del danno (posto che non di rado dagli amministratori si cava poco, salvo decenti ma non molto frequenti assicurazioni); né va trascurato un elemento di fatto importante: che cioè la decisione spetterebbe nel più frequente dei casi a un tribunale fallimentare, sulla domanda del curatore *ex art. 146 l. fall.* (e in futuro *ex art. 255 C.c.i.i.*), ossia spetterebbe a un giudice di per sé molto sensibile alla prospettiva di incrementare le risorse utili a una soddisfazione meno grama dei creditori in procedura.

Qualche istruttivo suggerimento ci può inoltre venire da una recente vicenda di problematica applicazione agli azionisti di regole dettate per i quotisti, nella specie dell'art. 2467 c.c. (finanziamenti anomali dei soci). In questa norma si ipotizza che una s.r.l. in situazione di eccessivo indebitamento e bisognosa di liquidi li riceva dai soci in prestito (ossia con obbligo di restituzione) mentre sarebbe più ragionevole, dal punto di vista della società, riceverli a fondo perduto (ossia senza obbligo di restituzione: nuovi conferimenti oppure versamenti in conto capitale) per non aggravare il debito complessivo. Preso atto della volontà dei soci, ma considerato che non sia corretto da parte loro farsi restituire il denaro poco prima che la società porti i libri in tribunale, sottraendosi così i soci medesimi al concorso con gli altri creditori, in ipotesi ignari di quel che si prepara, la nostra norma posterga il rimborso delle som-

⁵³ MARCO CIAN, *La s.r.l.: la struttura organizzativa*, in *Diritto commerciale*, a cura di IDEM, III. *Diritto delle società*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 696-727, ivi, p. 721 s. (corsivo nell'originale).

⁵⁴ Per tutti si veda ad esempio UMBERTO TOMBARI, *La responsabilità dei soci*, in *S.r.l. - Commentario*, a cura di ALDO ANGELO DOLMETTA e GAETANO PRESTI, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 717-726, ivi, p. 725 s.

me mutate al pagamento degli altri debiti sociali (obbliga dunque gli amministratori a non restituirle se non siano pagati gli altri creditori); e se nell'anno dall'avvenuta restituzione al socio finanziatore la società fallisca, le somme sono senz'altro acquisite al fallimento (con reviviscenza del credito dei soci finanziatori, i quali però saranno pagati, se la procedura darà qualcosa, nella medesima percentuale degli altri creditori di uguale rango chirografario). La valutazione legale di scorrettezza del descritto comportamento del socio dipende dal fatto che nella s.r.l. egli dispone di penetranti poteri di informazione e controllo (pure se non è amministratore può esaminare tutta la documentazione della società, anche con l'ausilio di un professionista di fiducia)⁵⁵. Questi poteri, coniugati col generale dovere di lealtà e buona fede da osservarsi nei rapporti giuridici in genere (art. 1175 c.c.) e contrattuali in specie (art. 1375 c.c.), danno anche luogo al dovere di accertarsi della reale situazione dei conti sociali e di astenersi all'esito da comportamenti contrari all'interesse sociale (com'è aggravare il debito) e a quello riflesso dei terzi, dei quali viene così potenzialmente leso il credito.

Tale *ratio* dell'art. 2467 è confermata dall'applicazione dell'identica regola di postergazione dei finanziamenti anomali quando erogati a una qualsiasi società appartenente a un gruppo (anche cioè non s.r.l.) da parte della capogruppo o di altra società controllata (art. 2497 *quinquies* c.c.) ossia da parte di soggetto che in ultima istanza detiene o può ottenere informazioni in punto paragonabili a quelle del socio di s.r.l. Ognuno tuttavia comprende che una cosa è proporre l'estensione alla s.p.a. della regola sulla postergazione di finanziamenti anomali in quanto predicata dall'art. 2467 c.c. e altra cosa è proporla in quanto predicata dall'art. 2497 *quinquies*. Nel primo caso si può motivare l'estensione argomentando dalla base ristretta della s.r.l. per affiancarle nella disciplina una s.p.a. che presenti base altrettanto ristretta (per dirla col lessico della globalizzazione, una *private company* anziché una *public company*); ma così l'estensione dell'art. 2467 si può anche contrastare, allegando l'autonomia e indipendenza dei plessi normativi propri dei due diversi tipi sociali (s.p.a. e s.r.l.). Nel secondo caso, argomentando cioè l'estensione a partire dalla norma sul gruppo di società, l'allegazione di autonomia e indipendenza dei plessi normativi perde vigore, perché – come si è detto – l'art. 2497 *quinquies* c.c. opera quali che siano i tipi sociali della capogruppo e delle controllate; d'altro canto

⁵⁵ Sono i medesimi poteri di controllo sull'operato di chi amministra che sono attribuiti al socio non amministratore di una società personale (segnatamente le cosiddette società commerciali di persone: s.n.c. e s.a.s.): cfr. le norme parallele degli art. 2261, comma 1°, c.c. (in tema di società semplice, non commerciale, ma valevole per tutte le società di persone) e 2476, comma 2° (s.r.l.).

però l'estensione diventa ammissibile soltanto se l'ipotetico azionista finanziatore anomalo si trovi in una posizione simile a quella della capogruppo ossia eserciti in concreto un'attività di direzione della s.p.a. finanziata anche senza esserne negli organi sociali (una sorta di socio tiranno: sopra, § 7). Da questo punto di vista la tutela dei creditori esterni trova un limite nell'assunto tipologico, in ultima analisi, che nelle società di capitali i soci incolpevolmente ignari delle criticità sociali non ne debbano rispondere, ossia non corrano il rischio d'impresa (se non, s'intende, nei limiti del conferimento).

Attorno alle due prospettive e alle differenti soluzioni che ne derivano si sono confrontati negli anni recenti, se non addirittura scontrati, la Cassazione e il tribunale di Milano, corifeo della giurisprudenza italiana su impresa società e fallimento: l'una in primo tempo collocata nell'ottica della *private company*⁵⁶, l'altro contestandola⁵⁷. Non è mancato nel metaforico duello fra le due sedi giudiziarie l'appello all'argomento dell'autonomia e indipendenza delle discipline di s.r.l. e s.p.a.: come s'intuisce, da parte dei giudici ambrosiani. A loro gli Ermellini romani, che pure in seguito sembrano avere accolto l'altrui prospettiva imperniata sulla disciplina trasversale dei gruppi di società⁵⁸, hanno comunque contrapposto una osservazione di grande rilievo per il nostro problema e – mi permetterei di aggiungere da *quivis e populo juristarum* – di autentica saggezza ermeneutica.

In uno dei provvedimenti ai quali ci si è riferiti la Suprema Corte di Cassazione afferma infatti che «*l'integrazione del diritto, per estensione o per analogia, attiene al rapporto tra le norme e i fatti, piuttosto che al rapporto tra modelli normativi*» sicché «il problema dell'applicabilità dell'art. 2467 c.c., alle società per azioni non può [...] essere risolto

⁵⁶ Cass., 7 luglio 2015, n. 14056, *ex pluribus* in «Banca borsa titoli di credito», 2017, II, p. 409 ss., con nota di ROBERTO CASPANI, *Postergazione dei finanziamenti dei soci e tipi sociali*, pp. 411-428.

⁵⁷ «La pronuncia che rispettosamente si critica sembra [...] aver invertito – senza dar adeguato conto del perché – i termini del procedimento, partendo dal sottolineare il *posterius* [...] ma senza tuttavia dimostrare prima la necessaria esistenza del *prius*, vale a dire della lacuna normativa: lacuna che per definizione non sussiste» eccetera: così, con parole puntute, Trib. Milano, 16 novembre 2017, «Le società», 2019, p. 173 ss. (ivi, p. 175), con nota di SEBASTIANO CASSANI, *Non applicabilità dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni*, pp. 177-186.

⁵⁸ Cass., 20 giugno 2018, n. 16291, «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2018, p. 1785 ss. (con nota di ALBERTO JARACH, *Applicabilità della postergazione prevista dall'art. 2467 cod. civ. alle s.p.a. chiuse*, p. 1787-1794): «È estensibile ad altri tipi di società di capitali il disposto di cui all'art. 2467 c.c. [...] perché la *ratio* della norma consiste nel contrastare i fenomeni di sottocapitalizzazione nominale delle società "chiuse". Tale disciplina deve trovare pertanto applicazione anche al finanziamento del socio di una s.p.a., qualora le condizioni della società siano a quest'ultimo note, per lo specifico assetto dell'ente o per la posizione da lui concretamente rivestita, quando essa sia sostanzialmente equivalente a quella del socio di una s.r.l.» (corsivo aggiunto); nella specie, il socio azionista era anche amministratore.

con un riferimento ad astratti modelli di società», ma «occorre valutare in concreto la conformazione effettiva» delle reali situazioni in campo rispetto alle norme di volta in volta da applicarsi⁵⁹. È come se la Corte ci ricordasse che il diritto non è un *Glasperlenspiel*, un cristallino gioco di concetti, ma è coniugazione di vita e regole: dove le regole sono per la vita e non viceversa e dove pertanto i problemi di raccordo delle une all'altra invocano soluzioni sgorganti dall'*esprit de finesse* piuttosto che *de géométrie*. Le astratte fattispecie e le relative discipline non siano insomma gabbie, ma opportunità (rispettate beninteso le regole irrinunciabili dell'interpretazione).

Va bene allora sottolineare l'indipendenza dei plessi normativi della s.p.a., dall'un lato, e della s.r.l., dall'altro, il che sollecita a cercare le soluzioni ai problemi di disciplina per ciascun tipo sociale innanzitutto all'interno del plesso evitando per quanto possibile applicazioni di norme dall'uno all'altro. Però questo criterio di massima non può di per sé impedire che la medesima fattispecie, la quale sia disciplinata per uno soltanto dei tipi sociali ma ricorra in concreto anche nell'altro, sia trattata anche presso il tipo sociale che non la disciplina con la norma dettata per quello che invece la disciplina (salvo, s'intende, che non vi ostino elementi della disciplina stessa incompatibili col tipo sociale a cui la si vorrebbe estendere: ma non è il nostro caso). A questo risultato convoglia del resto il fondamentale canone di uguaglianza enunciato nell'art. 3 della Costituzione, a mente del quale pari situazioni concrete esigono pari disciplina giuridica: e ciò da parte sia del legislatore sia di chi applica la legge, chiamato per quanto possibile⁶⁰ a preferire le interpretazioni costituzionalmente orientate.

Vero questo, nulla si oppone alla applicazione dell'art. 2476, comma 8°, c.c. anche alle società per azioni, oltre che alla società a responsabilità limitata. Qualora pertanto gli amministratori convochino l'assemblea affinché deliberi l'autorizzazione al compimento di un atto gestionale,

⁵⁹ Cass., 7 luglio 2015, n. 14056, cit., p. 410 (corsivo aggiunto).

⁶⁰ Dove cioè tale possibilità non sia preclusa da dettati normativi insuscettibili di qualsiasi interpretazione compatibile col sistema delle norme costituzionali: nel qual caso, posto che a una norma di significato chiaro e univoco non si può far dire qualcosa d'altro, bisogna far intervenire la Corte costituzionale chiedendo al giudice di sollevare davanti ad essa la questione di legittimità. Già oggi ad esempio si può ritenere che non ci sia altra via per eliminare la ipotetica illegittimità costituzionale dell'art. 146, comma 2°, lett. b), l. fall. («[È] esercitat[a] dal curatore [...] l'azione di responsabilità *contro i soci della società a responsabilità limitata*, nei casi previsti dall'articolo 2476» ecc.) nella parte in cui non consente al curatore di agire con la medesima azione anche *contro i soci della società per azioni*. La questione è tuttavia destinata a risolversi da sé, nel caso in futuro si ponesse, perché la norma corrispondente del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (art. 255, lett. c), prossimo a entrare in vigore, disporrà in maniera meno specifica e perciò adatta a ricomprendere i soci di entrambi i tipi sociali che «il curatore [...] può promuovere o proseguire [...] l'azione prevista dall'articolo 2476, ottavo comma, del codice civile».

la quale autorizzazione sia necessaria per statuto o perché involge un *interesse capitale* (o “primordiale” che dir si voglia), i soci che delibereranno sapendo che l’atto autorizzato può causare danno ingiusto alla società o ai creditori o ad altri risponderanno di tale danno in solido con gli amministratori che l’avessero posto in essere⁶¹. Lo stesso dicasi per l’ipotesi che l’atto da autorizzare si renda necessario ad evitare il verificarsi del danno e i soci, sapendolo, neghino nonostante ciò l’autorizzazione⁶². Anche per gli azionisti varrà poi l’orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi col favore della dottrina, secondo cui i soci (di s.r.l.) rispondono non solo per gli atti autorizzati (o decisi) nell’ambito dei poteri loro attribuiti dalla legge o dall’atto costitutivo, ma anche per l’impulso che avessero comunque dato sul piano decisionale all’attività gestoria anche al di fuori di procedimenti formali di autorizzazione (o decisione)⁶³.

Neo di questa soluzione è il fattore di incertezza che essa introduce nel traffico giuridico. Se n’era lamentato lo stesso tribunale di Milano sopra ricordato⁶⁴, paventando che la non sorvegliata estensione dell’art. 2467 c.c. alla s.p.a. minasse il generale affidamento, meritevole di specialissima protezione, in ordine alle regole valevoli per ciascun tipo di società: le quali regole devono essere note tutte ed *ex ante* soprattutto in un sistema societario improntato come il nostro al principio di tipicità (cfr. art. 2249 c.c.), attuato con crescente rigore trascorrendo dalle società di persone, caratterizzate da molte norme dispositive (derogabili), alle società di capitali e in particolare alle società azionarie, innervate invece queste ultime di molte norme imperative (inderogabili).

Ora, la certezza delle situazioni giuridiche è in effetti un valore dell’ordinamento, come più volte affermato dalla stessa Corte costituzionale⁶⁵. Va detto tuttavia che, sia nel caso dei finanziamenti anomali

⁶¹ L’elemento di raccordo fra i tipi sociali è la *intenzionalità* evocata dall’avverbio dell’art. 2476 ossia la deliberazione consapevole del danno che ne può scaturire: consapevolezza che nelle s.r.l. è presunta (*juris tantum*) dalla legge come effetto della conoscenza che il socio in buona fede deve avere della situazione sociale grazie ai poteri di controllo individuale di cui gode, mentre nelle s.p.a., dove tali poteri non sono previsti, va provata come in concreto sussistente sulla base del grado di intimità con gli affari sociali del socio azionista ed è pertanto presumibile se egli sia anche amministratore od operi da etero-gestore.

⁶² Trattandosi di autorizzazioni, non di delibere vincolanti, gli amministratori sono liberi di dare o no esecuzione alla delibera e perciò possono anche non compiere l’atto autorizzato. Non lo possono invece compiere se l’autorizzazione viene negata.

⁶³ Da ultimo Trib. Roma. 1 giugno 2016, «Giurisprudenza italiana», 2017, p. 115 ss., con nota di ORESTE CAGNASSO, *Il socio di s.r.l. gestore di fatto: ricorso all’art. 2476 c.c. o all’art. 2043 c.c.?*, pp. 121-125.

⁶⁴ Nella sentenza del 2017 citata *supra*, nota 57.

⁶⁵ La quale ne ha fatto ad esempio applicazione, per quanto riguarda la legislazione commerciale, nella storica pronuncia n. 319/2000 circa la fallibilità degli imprenditori (e dei soci illimitatamente responsabili) cessati.

postergati sia in quello della responsabilità gestoria di soci altrimenti irresponsabili, la certezza viene sì incrinata⁶⁶ ma nell'interesse e a potenziale vantaggio dei creditori sociali e dei terzi in genere contro comportamenti sleali di soci e amministratori, in nome delle superiori ragioni dell'impresa e del traffico giuridico ad essa correlato. Ciò non contraddice e anzi esalta il canone fondamentale che vige anche nel campo delle società, qualunque ne sia il grado di tipicità: molto vi è alla fine tollerato, tranne che vada contro l'interesse qualificato dei terzi⁶⁷. A differenza del diritto privato comune, le stesse norme societarie imperative non producono sempre nullità quando siano violate: per diritto vivente la producono – come apprende ogni *colonna* o *anziano* di “Legge” – soltanto se poste (anche) nell'interesse dei terzi. Questo limite sostanziale resta invalicabile anche quando cedono i precetti formali.

Non è beninteso questione di etica, ma di interesse: perché nell'intreccio delle relazioni d'affari terzi, prima o poi, finiremo con l'essere noi stessi e perciò fin da ora ci conviene allestire a beneficio di tutti le protezioni che allora vorremo per noi. È insomma prevedere un rischio e predisporre ad affrontarlo: pura ragione d'impresa. Ma se al lettore sensibile questa conclusione apparisse cinica e amara, ne riscatterà forse l'appello all'art. 41, comma 2°, della Costituzione, a tenore del quale l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». E magari si potrà anche immaginare che la *coscienza infelice*, che ha permesso di edificare nel tempo una tralignante impresa senza rischio, ovvero con traslazione del medesimo su malcapitati terzi, stia cercando di emendarsi virando fra mille contraddizioni verso una visione e una pratica del mondo economico meno ferine, per le quali atti fino a qualche tempo addietro non censurati comincino ad essere percepiti come iniqui in quanto

⁶⁶ Non tanto nei principi, che sono chiarissimi, quanto piuttosto nella loro traduzione pratica, cioè di formazione e di apprezzamento della prova.

⁶⁷ Data la pluralità dei rapporti e degli interessi, ci possono essere nelle situazioni concrete soggetti estranei che subiscano pregiudizio senza portarne alcuna “colpa”: ad esempio, nel caso della responsabilità gestoria, i meno qualificati creditori personali dei soci che fossero tenuti a rispondere nei confronti della società, dei creditori sociali e di eventuali terzi, delle quali ultime categorie di soggetti i creditori personali medesimi finirebbero col subire il concorso sul patrimonio dell'identico loro debitore. L'applicazione estensiva o analogica delle norme avviene tuttavia nell'ambito di un complessivo bilanciamento degli interessi fatto proprio una volta per tutte dal sistema normativo di settore (qui: l'impresa), all'interno del quale operano regole costanti di soluzione dei conflitti in nome dell'interesse assunto a principale tutela e promozione, venendone poi di conseguenza distribuiti gli eventuali sacrifici. Mettere in discussione queste regole è possibile, ma sul piano superiore della politica ovvero, che è pressoché lo stesso, del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi.

lesivi della umana libertà e dignità. Quale delle due prospettive sia l'effettiva che andiamo percorrendo – dell'egoistico calcolo economico o del solidaristico valore etico – e quale dunque il nostro comune destino, lo vedremo (lo si vedrà) inseguendo come sempre il punto di fuga, all'infinito oltre l'orizzonte.