

S.r.l.

## Configurazione e portata del diritto di controllo del socio non gestore di s.r.l.

di Sandro Bartolomucci

Il modello di s.r.l. introdotto dalla Riforma societaria del 2003 è costruito intorno alla figura del «socio-imprenditore», baricentro dell'assetto organizzativo e dell'azione gestionale della società, avente connotazione personalistica o, quanto meno, non compiutamente corporativistica. Il suo ruolo centrale, se non anche infungibile, comporta che nell'ipotesi in cui il socio rinunci o non possa essere co-gestore dell'impresa, divenga per ciò stesso titolare di un vero e proprio diritto all'esercizio di un controllo, individuale e pervasivo, sull'altra gestione della società e ad attivarsi per contestare e contrastare fenomeni di *mala gestio*.

### Premessa

Il tema che intendiamo affrontare in queste pagine riguarda, segnatamente, il diritto di controllo del socio non gestore nella nuova società a responsabilità limitata (1).

La rivisitazione operata dalla Riforma del 2003, lungi dal sostanzarsi in un mero *restyling*, ha segnato la completa emancipazione del tipo «minore» dalla disciplina della S.p.a. grazie all'amplificazione dell'autonomia contrattuale dei quotisti e ad un sensibile riavvicinamento al tipo della società personale, spostando il baricentro della società intorno alla figura del socio (*uti singulus* e quale componente della compagine sociale), nonché attenuando i caratteri tipicamente corporativistici (2), impregiudicato il beneficio della limitata responsabilità patrimoniale (3).

Proprio il tema della disciplina applicabile alla nuova s.r.l. ha occupato, da subito, l'esegesi di un *corpus* normativo, autonomo ed autoreferenziale, costituito da soli 34 articoli, salvo limitate e circoscritte norme di rinvio o di richiamo mirato a norme (o commi) del tipo azionario.

Nell'intento di delineare un modello societario propriamente capitalistico, ma adeguato all'esercizio della piccola/medio impresa, il Legislatore ha disegnato un modello regolamentare di *default*, semplificato e destrutturato, utilizzabile ogni qualvolta il socio non intenda «personalizzarlo», amplificando i caratteri propriamente personalistici o, all'opposto,

quelli tipicamente corporativistici. Cosicché l'esercizio dell'autonomia contrattuale nell'architettura del modello empirico, entro un *range* che lambisce il tipo della s.n.c. o, sull'altro versante, quello della s.p.a. «chiusa», si coniuga nel sub-modello personalistico o nel sub-modello corporativistico, secondo una logica modulare che ha soppiantato l'unicità del tipo societario.

Questa naturale attitudine all'elasticità ha fatto parlare della s.r.l. come di un «laboratorio» (Miola) di sperimentazioni e personali adattamenti, nel limite - diremmo - del divieto della mutazione genetica

### Note:

(1) La tematica è stata approfondita dall'autore nel contesto dell'opera monografica, Bartolomucci, *Il socio imprenditore nella nuova S.r.l. - Centralità del socio e costruzione del modello*, in *Collana Diritto delle Società e dei Mercati finanziari*, Milano, 2007, alle cui note bibliografiche e giurisprudenziali rinviamo.

(2) Di «modello corporativo attenuato» ha parlato per primo Zanon, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 109 ss.

(3) Giustificato dalla scelta di politica legislativa di indurre gli operatori ad una traslazione dal tipo propriamente personalistico. Cfr. *Relazione al progetto di legge delega elaborato dalla Commissione Mirone*, sub art. 3.1. ove si dichiara il favore ad «... un ricorso meno diffuso ai modelli normativi corrispondenti a società di persone e ad un maggiore ricorso ad un modello di società cui viene mantenuto il riconoscimento del beneficio della responsabilità limitata». Obiettivo, peraltro, ad oggi centrato considerando la riduzione percentuale del numero di società personali e di imprenditori individuali e la crescita esponenziale dell'adozione del modello s.r.l. - specie uni-personale - a fronte di una sostanziale tenuta di quello azionario.

del tipo. Quanto alle potenzialità adattative si è parlato di «tipo sociale polimorfo» (De Angelis), caratterizzato da una struttura organizzativa «a geometria variabile» (Marchetti).

Tale personalità e autonomia, in uno con la dotazione di un apparato normativo organico e compiuto, ha comportato una mutazione della tecnica di integrazione in caso di lacune.

Tramontata la fisiologica ed unidirezionale riconduzione al «tipo maggiore», ove la lacuna non possa essere colmata attingendo alle prescrizioni del ministero della s.r.l., l'integrazione dovrà essere ricercata - a seconda dei casi, ma sempre nel rispetto della coerenza sistematica e funzionale del modello - nella disciplina ordinaria delle società personali (nei limiti anzidetti), o all'opposto in quella tipicamente corporativistica. (4)

Deve ritenersi che la libertà di auto-regolamentazione da parte dei soci possa estendersi dal semplice riempimento delle prescrizioni legali in bianco, alla personalizzazione del modello base, fino ad ipotizzarsi una s.r.l. atipica (art. 1322, comma 2 c.c.) sempreché risulti «*diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*». Atipicità, beninteso, di rilievo contenutistico (nel limite delle norme inderogabili) afferente la configurazione del modello statutario rispetto a quello legale, diversamente operando il principio di tipicità delle strutture organizzative dell'impresa collettiva ex art. 2249 c.c. (5). La nuova declinazione dell'autonomia contrattuale trova ispirazione e ragione proprio nella presenza caratterizzante del «socio-imprenditore» (6), colui che ha fondato la società, magari insieme ad una selezionata cerchia di partner per realizzare un determinato progetto; ha conferito al capitale denaro o qualsiasi attività strumentale ed utile (economicamente valutabile) vincolandola al raggiungimento di uno scopo sociale, ha ricevuto corrispettivamente una partecipazione al capitale, non necessariamente parametrata sul valore intrinseco del conferito, ma quantificata anche convenzionalmente, in ragione dell'importanza attribuita dai soci a quell'apporto o alla «infungibilità» della partecipazione del singolo (7).

In ragione di un *intuitus personae* gli viene riconosciuto il potere di cogestione dell'impresa e, nel caso in cui non ricorra l'ordinaria equazione «socio = amministratore» (per previsione statutaria espressa, per rinuncia all'investitura, o per nomina condivisa di un amministratore, anche terzo estraneo), è garantito allo stesso il diritto di controllo sull'operato dei consoci-amministratori, a prescindere dall'esistenza dell'organo di controllo societario.

Rispetto a tale configurazione si pone, in posizione antagonista, quello del «socio-risparmiatore» di s.p.a., mero investitore (8), soggetto tendenzialmente estraneo ad una compagine numerosa e variegata - portatrice di interessi disomogenei, che impone la mediazione di organi imparziali -, che acquista la partecipazione azionaria in vista di un auspicato *capital gain*, la cui realizzabilità viene perseguita da amministratori professionali ed indipendenti, *manager* nominati dalla proprietà, ma da essa emancipati, essendo loro riservato l'esercizio dell'impresa (art. 2380 bis c.c.), con la diligenza qualificata (art. 1176, comma 2), con conseguente responsabilità personale (art. 2392) e sotto la vigilanza di obbligatori organi societari.

Il risultato della ri-fondazione della s.r.l., qui solo tratteggiata, propone uno schema contrattuale neutro, ma nel contempo ibrido, giacché pur partecipando caratteri propriamente capitalistici, li vede edulcorati da innesti di stampo personalistico e dall'azione di de-formalizzazione dei processi decisori e di semplificazione e liberalizzazione delle forme raccomandata dalla legge delega n. 366/2001.

Orbene, ad avviso di chi scrive, tale forte *vis innovativa* ha scontato (e sconta) in sede applicativa una sorta di resistenza nel rilevare ed accettare fino

### Note:

(4) L'intervenuta contrattualizzazione del modello s.r.l. apre l'azione integrativa analogica anche al recepimento di norme e principi civilistici di diritto comune (es. in tema di stipula del contratto, di sua invalidità) come anche un più ampio utilizzo delle tecniche di interpretazione del contratto ex art. 1362 e ss. c.c. Per l'approfondimento del tema della contrattualizzazione rinviamo a Rordorf e Rovelli, *Contratto e società, Tratt. Del contratto*, a cura di Roppo, Milano, VI, 2006.

(5) Sull'intento della Riforma di considerare il contratto associativo e, segnatamente, quello costitutivo delle società di capitale non più solo in termini di fattispecie formale ai fini del riconoscimento della soggettività giuridica, ma anche quale autoregolamentazione degli interessi privati, vedasi La Porta, *Dal «tipo contrattuale» al «modello di società»: autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in questa *Rivista*, 2002, 12 ss.

(6) Espressione coniata da Galgano (*Diritto commerciale, Le Società*, Bologna, 2000, 145) contrapposta a quella di «soci-investitori» di s.p.a., sintetizza nei caratteri peculiari delle due categorie il *proprium* dei due tipi societari. In effetti, trattasi non di semplice espressione definitoria di sintesi, rivestendo anche una funzione diremmo qualificatoria; cfr. Bartolomucci, *op. cit.* cap. 7.

(7) Allorché, ex comma 2, art. 2468, la quota riconosciuta al socio risulti, per effetto di una quantificazione negoziale, più che proporzionale rispetto al valore economico dell'apporto. O quando, giusta il comma 3, dell'articolo, vengano convenzionalmente attribuiti al singolo socio, ritenuto un *key man*, «particolari diritti» di natura amministrativa o di natura patrimoniale.

(8) Soggetto e parte di un contratto tipicamente plurilaterale, associativo ed aperto.

in fondo le conseguenze della scelta operata dal Riformatore con l'elaborazione del nuovo modello (legale) di s.r.l. In altre parole, il sospetto è che per «timore reverenziale» nei confronti di istituti e principi tradizionali non si raccolga, né si valorizzi pienamente, il *proprium* della nuova disciplina, cogliendo ed assecondando peculiarità regolamentari che trovano nel carattere della centralità e rilevanza del socio e dei rapporti interpersonali tra i partecipanti all'aggregato sociale, ragione e giustificazione (9).

La sensazione è che si perseveri nell'osservare ed interpretare il nuovo con la lente deformante di categorie e principi ormai obsoleti o, quanto meno, non più adeguati, frutto di un approccio interpretativo e regolamentare recessivo, ancorato al (rassicurante) ricorso ultrattivo ed ormai anacronistico alla disciplina del tipo azionario, in ossequio a tradizionali principi dogmatici.

Il tratto peculiare dell'impronta socio-centrica trova concreta applicazione in ogni ambito della disciplina novellata: come ampiezza dell'autonomia contrattuale dei soci in fase costituente, in sede di conferimento al capitale, come valorizzazione della partecipazione (abbandonando la ferrea regola plutocratica della s.p.a.), nell'aggregazione e movimentazione della compagine sociale (clausola di gradimento o blocco *tout court*), nell'interruzione del rapporto sociale (recesso od esclusione del socio), nella costruzione dell'assetto di *governance* della società, nella determinazione e manifestazione della volontà dei soci.

Ciò nonostante, riteniamo che proprio l'influenza del socio sulla gestione della società costituisca l'espressione emblematica di tale costruzione.

### La radice normativa del binomio «socio=imprenditore»

Sicuramente i caratteri richiamati presentano piena estrinsecazione nell'assetto di *Corporate governance*, da elaborare sulla base dei limiti inderogabili fissati da due articoli. Il 2479 c.c. (10), che attribuisce ai soci sia una competenza «immediata» su determinate operazioni (comma 2), che «mediata» da una espressa previsione statutaria, o da una *provocatio* proveniente dai medesimi amministratori o da una minoranza di soci (comma 1) (11). Poi, l'ultimo alinea dell'art. 2475, che riserva inderogabilmente all'organo amministrativo la competenza a decidere in merito a talune operazioni straordinarie (12).

Entro tali limiti, l'art. 2475, primo comma dispone

che fatta salva una diversa disposizione dell'atto costitutivo, «l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione presa ai sensi dell'art. 2479» (comma 2, n. 2) (13). Spetta a ciascun amministratore la rappresentanza generale della società (art. 2475 bis).

La sovranità dei soci (indifferentemente persone fisiche o giuridiche) ed il loro fisiologico coinvolgimento nella gestione della società ha fatto prospettare finanche la sopprimibilità dell'organo amministrativo quale organo necessario ed autonomo (14). La naturale colleganza dello *status* di socio con la qualifica di amministratore costituisce dato tipico ed ordinario per la s.r.l. riformata, pur restando possibile una deroga convenzionale, quando l'ente empirico sia strutturato con foggia corporativistica (di talché l'ufficio amministrativo potrà essere conferi-

#### Note:

(9) È ciò che accade con la peculiare regolamentazione del conferimento «di opere e di servizi» ex art. 2464, comma 6 c.c., per il quale una serie di problematiche applicative (individuazione dell'oggetto specifico dell'apporto, criterio di valutazione di esso, garanzia dell'obbligazione promessa, trasferibilità della quota, effetti dell'inadempimento) sono affrontate e talora risolte con uno sguardo rivolto al passato, o attraverso una ingiustificabile parificazione di tale fattispecie con quella, diversa, del conferimento «di beni in natura e di crediti» (comma 5, art. cit.). Cfr. Bartolomucci, *op. cit.* 70 ss.

(10) La competenza del socio ad assumere talune determinazioni è prevista da ulteriori specifiche norme: es. gli artt. 2482 bis, 2484, 2487, 2487 ter, 2465. Inoltre, in un contesto di più ampia portata coinvolgente tutte le società di capitali, sebbene nello specifico ambito della procedura di liquidazione, la Riforma ha ancorato alla volontà sovrana dei soci la nomina dei liquidatori, la definizione di funzioni, poteri, criteri operativi di conduzione della procedura, compreso l'esercizio provvisorio dell'impresa. Ci sia permesso di rinviare su tale tematica a Bartolomucci, AA.VV., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali, Riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 67 ss.

(11) Inoltre il quarto comma, art. cit. richiede che talune operazioni siano assunte mediante una formale deliberazione dell'organo assembleare e non con metodo «referendario» (consultazione scritta o consenso espresso per iscritto).

(12) Vincolo giustificabile con la necessità di un organo amministrativo distinto dai soci, o dall'importanza di tali deliberazioni che imporrebbe un quorum consiliare e non assembleare; men che meno una semplice decisione sociali.

(13) Se è incontestabile lo iato con la riserva agli amministratori della gestione professionale della s.p.a. (art. 2380 bis), la costruzione del combinato disposto dei due articoli citt. ha costituito finora un inestricabile «rebus». Cfr. Bartolomucci, *op. cit.* 146 ss. Il senso finale che può sintetizzarsi è che la designazione discenda da una decisione dei soci ex art. 2479, ovvero da una diversa modalità di individuazione stabilita dall'atto costitutivo.

(14) Zanarone, Introduzione cit., 87; Parrellà, *La riforma delle società*, Commentario del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003, sub art. 2476, 105. Soluzione alla quale osta la prescrizione dell'ultimo comma dell'art. 2475 che riconduce solo all'organo amministrativo la competenza ad adottare taluni specifici atti.

to al terzo, non socio), o quando ricorra una s.r.l. unipersonale (magari contraddistinta da un unico soggetto, socio, amministratore e controllore di se stesso in assenza di un collegio sindacale), o ancora allorché tutti i soci di comune accordo, o taluno di essi, abbiano declinato tale riserva di investitura.

Problema ulteriore e non meno coinvolgente - ma che esorbita dal perimetro delle presenti riflessioni - è quello dell'esercizio dei poteri di co-gestione da parte dei soci-amministratori nelle diverse opzioni organizzative delineate dal terzo comma dell'art. 2475 c.c. (15)

Tornando al tema del controllo, ove ricorra il rapporto ancillare tra *status* di socio e qualifica amministrativa in base alla regola dispositiva dell'art. 2475, comma 1, il soggetto sarà naturalmente co-protagonista della gestione della società.

Sarà, pertanto, titolare di ogni potere di informazione, rilevazione, consultazione, verifica, valutazione e accertamento, inerenti e correlati all'esercizio dei poteri di gestione della società. Tali prerogative, con peculiari caratteri, non vengono meno neanche nell'ipotesi in cui lo stesso rivesta la qualifica amministrativa, ma non la eserciti, o l'esercizio risulti mediato dal necessario concorso di altri, o ancora si uniformi ad altrui iniziative gestorie: in tali ipotesi, l'amministratore «silente» non sarà certo estromesso, né deprivato dell'esercizio dei propri poteri.

Nella medesima direzione dell'amministrazione diretta muove, su altro piano, l'esercizio del diritto di controllo (interno) dell'amministratore rispetto al comportamento degli altri amministratori, «potere-dovere» diversamente modulato a seconda dei connotati della s.r.l. empirica (stante l'omesso richiamo dell'art. 2392 c.c.) e rapportato allo specifico assetto di *governance* prescelto. In tal caso, benvero, più che di potere di controllo trattasi di coinvolgimento nell'attività di co-gestione, sebbene il singolo amministratore sia gravato (art. 2476, comma 1, ultimo periodo) da un vero e proprio «dovere» di vigilanza di portata inter-organica, funzionale all'adempiimento degli obblighi gestori ed alle conseguenti responsabilità, tant'è che solo la manifestazione formale di un dissenso può garantire l'esclusione della sua responsabilità solidale (16).

Nelle s.r.l. di più articolata strutturazione organizzativa l'art. 2381 c.c. applicato analogicamente, stante l'omesso richiamo espresso - regolerà i rapporti e le relazioni biunivoche tra organo delegante (c.d.a.) e delegato (consiglieri o comitato esecutivo), in virtù dell'obbligo dell'amministratore di «agire in modo informato» (ultimo comma).

Nei sistemi amministrativi elementari, come per il caso dell'organo pluripersonale non collegiale, rispettivamente l'art. 2257 c.c. fornisce ai singoli amministratori strumenti di informativa e di incidenza (diritto di veto), idonei a contemperare l'esercizio disgiuntivo dei poteri (17), mentre nel caso dell'amministrazione congiuntiva (art. 2258 c.c.) il coinvolgimento del socio amministratore sarà pieno, stante la necessità (tendenziale) di un consenso unanime per il compimento delle operazioni sociali.

Ciò vuol dire che la potestà amministrativa presuppone come naturali, immanenti e funzionali l'informazione, l'aggiornamento e la partecipazione del singolo membro, e ciò anche quando il concreto assetto di governo societario legittimi decisioni individuali, iniziative personali, o riservi solo a taluni membri le funzioni gestorie. O ne condizioni il concreto esercizio entro limiti espressi (di valore o di assunzione di costo; di firma congiunta; di natura dell'atto, ecc.).

Cosa affatto diversa si prospetta allorché, per una qualsivoglia ragione, il socio si trovi a non essere amministratore, né a concorrere nell'esercizio diretto dell'impresa, restando estraneo alla gestione della società.

### Il socio non amministratore

Sebbene l'enunciato dell'art. 2476, secondo comma sembri piano, un primo dubbio interpretativo riguarda il profilo soggettivo della titolarità del controllo che ingloba, altresì, la legittimazione attiva all'esercizio dei diritti ad esso correlati.

#### Note:

(15) Le *species* di modulo gestionale prospettabili risultano rispettivamente: i) amministratore unico; ii) C.d.A. quale organo collegiale; iii) C.d.A. quale organo pluripersonale, ma non collegiale, con esercizio congiunto dei poteri ex art. 2257; iv) C.d.A. quale organo pluripersonale, ma non collegiale, con esercizio disgiunto dei poteri ex art. 2258; v) organo misto. È improbabile il richiamo alla figura dell'arbitratore, terzo gestore occasionale in casi di insorta controversia, ex art. 37, D.Lgs. n. 5/2003, mentre permane in dottrina una diversità di vedute circa l'applicabilità alla s.r.l. dei Sistemi amministrativi opzionali, monistico e dualistico.

(16) Già nell'imperio del Codice del '42, in dottrina veniva riconosciuto il dovere-potere di vigilanza e di intervento del singolo amministratore anche in un regime gestorio collegiale. Per il distinguo tra «dovere» di avvalersi dell'informazione secondo la diligenza richiesta e «facoltà» di esercizio nel proprio interesse, Cagnasso, *Dell'amministratore della società e dei controlli*, Comm. Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004, II, 1883.

(17) Cfr. Abriani, AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Manuale breve, Milano, 2003, 228.

Il semplice riferimento al «socio non amministratore» pone il dilemma se riconoscerne la titolarità a chi sia sprovvisto di una formale investitura, o a chi risulti fattualmente estraneo ad ogni funzione gestionale. La risposta incide sulla disciplina di situazioni parificabili all'esercizio gestorio: pensiamo al socio titolare di «particolari diritti» di natura amministrativa (art. 2468, comma 3), al socio che adotti una decisione su uno specifico argomento in quanto all'uopo richiesto (art. 2479), ovvero eserciti occasionalmente l'attività amministrativa, come nel caso del socio «indiscreto» (18) (comma 7) (19).

In costanza di orientamenti dottrinali antagonisti (20), il dato che vale evidenziare è che la richiamata disposizione normativa, abbinando il potere *de quo* non ad una mancata investitura, quanto alla circostanza della «non partecipazione all'amministrazione», sembrerebbe evocare il criterio selettivo della non ingerenza - concreta, certa e neanche occasionale - nell'attività di gestione dell'impresa. Circostanza che ricorre in varie ipotesi: rinuncia alla carica da parte del singolo, diversa prescrizione dell'atto costitutivo, scelta di un peculiare assetto di governo.

In siffatte situazioni, la carenza di qualificazione del singolo socio come amministratore risulta condizione necessaria e sufficiente per la legittimazione all'esercizio, personale e diretto, del controllo sugli amministratori. Ancorché estraneo alla co-gestione della società, il singolo non per questo perde i suoi tratti fisiognomici di «soggetto imprenditore», né la sua tipica collocazione centrale e rilevante nella compagine sociale, tanto meno il suo diritto di concorrere, nel caso *ab externo*, all'esercizio dell'attività sociale. Prova ne sia che gli viene espressamente riconosciuto un ampio ed incisivo potere di vigilanza sull'attività gestoria svolta da altri, esplicitandosi dapprima come potere di informazione (nell'accezione lata) ed, eventualmente, come attivazione all'azione di responsabilità contro chi gestisce.

Tale attribuzione sembra coerente con il sottostante mandato ad amministrare conferito ad altri soci (o anche a terzi), comunque nell'interesse di sé socio-mandante, in virtù di un rapporto più fiduciario, che professionale.

Quanto all'oggetto del controllo - esclusa la sindacabilità del merito delle scelte gestionali compiute (21), qualificandosi l'obbligazione di amministrare come «di mezzi» e non «di risultato» - esso afferisce alla legalità e conformità dell'agire ed al rispetto dei doveri imposti all'amministratore dalla legge e dall'atto costitutivo.

Giova evidenziare, altresì, che in assenza di una

norma analoga, o di un richiamo all'art. 2380 bis disponente la riserva *ex lege* di gestione esclusiva degli amministratori di s.p.a., come anche del vincolo di requisiti di professionalità, indipendenza e onorabilità, tendenzialmente l'amministratore di s.r.l. risulta soggetto privo di particolare competenza e perizia professionali, coincidendo naturalmente con la persona del socio-imprenditore o del socio-familiare, raramente con un *manager* esterno.

La costruzione contrattualistica delle s.r.l. enfatizza il carattere fondante e regolamentare del patto negoziale che ha aggregato una particolare compagine sociale intorno ad un'iniziativa imprenditoriale. Per

**Note:**

(18) Stiamo parlando dei soci che, sebbene privi di investitura amministrativa, abbiano «intenzionalmente» deciso od autorizzato - quindi, concorrendo ad una determinazione di contenuto positivo o negativo - il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. Trattasi di un comportamento indebito che, sostanzialmente, è una forma di eterogestione, ancorché episodica, occasionale e non riconducibile ad un esercizio fattuale e stabile dell'attività gestoria. Per approfondimenti, *inter alios*, cfr. Rescigno, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in questa Rivista, 2003, 331 ss.; S. Rossi, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.* 2004, I, 1060 ss. Da ultimo, Zanardo, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci «cogestori»: luci e ombre della disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 498 ss.

(19) L'evocazione di altre figure resta controversa, come quella dell'amministratore di fatto, limitatamente alla concorrenza dello status di socio e, da un punto di vista oggettivo, al carattere sistematico e pervasivo dell'ingerenza nei fatti di gestione. Quanto alle situazioni di titolarità sostanziale dell'interesse, ma di strumentalità della funzione, possiamo richiamare il rappresentante comune dei comproprietari di quota *ex art.* 2468, ultimo comma e, in concorrenza con il socio debitore e con il nudo proprietario, il creditore pignoratizio e l'usufruttuario (art. 2352, ultimo comma). Del pari, il custode in ipotesi di sequestro della quota. Resta da ultimo incerto il riconoscimento di tale potere in capo al socio recedente e al socio escluso, rispetto ai quali la strumentalità del controllo sulla gestione assume un ulteriore rilievo in fase ed al fine della quantificazione della quota liquidanda. Rispetto ad essi, risulta assorbente la determinazione del momento in cui può dirsi realizzata l'interruzione del rapporto sociale. Cfr. la sent. Trib. Arezzo, 16 novembre 2004, *Corr. merito* 2005, 279. Per una disamina delle singole ipotesi, cfr. Monia Buta, *I diritti di controllo del socio di S.r.l.: il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, 3, 593 ss.

(20) Parrella, *op. cit.*, 125, esclude la legittimazione al controllo. Cfr. S. Rossi, *op. cit.*, 1064.

(21) Sebbene l'ambito del controllo, allargandosi all'efficacia dell'azione amministrativa, arrivi a lambire il merito delle scelte gestionali compiute. Infatti il controllo di legittimità sostanziale, senza sconfinare nel giudizio in merito all'esercizio dell'attività gestionale, può estrinsecarsi in un'indiretta sindacazione delle scelte imprenditoriali rispetto alle regole aziendalistiche ed ai principi di una prudente gestione. Così Racugno, *L'amministrazione della s.r.l. e il controllo legale dei conti*, in questa Rivista, 2004, 16, nt. 34.

essa il singolo socio si attiva personalmente, già in fase di conferimento (ora finanche di «opere o servizi», art. 2464, comma 6) (22) e partecipa attivamente alle decisioni ed all'azione di gestione; ove ritenga di declinare tale impegno, concorre comunque in via indiretta, con il monitoraggio dell'azione da altri espletata e con la partecipazione alle decisioni sociali nei casi previsti.

Potremmo dire che tale potere di controllo è eventuale, in quanto alternativo al (tendenziale) concorso personale e diretto nell'attività di gestione, ma necessario a permettergli di verificare l'eterogestione della società, la legittimità e l'efficacia dell'azione, l'assenza di fenomeni «eversivi» di perseguimento di interessi estranei o conflittuali rispetto a quelli propri del sodalizio.

Se ieri l'art. 2489 c.c. concedeva al singolo (e con maggior incisività alla minoranza) di bilanciare l'assenza dell'organo di controllo interno, oggi la sorveglianza sostanzia un diritto incondizionato di ciascun socio (23) non partecipante alla gestione a tutela di un interesse soggettivo, tanto che l'eventuale presenza del collegio sindacale aggiunge, ma non sottrae, strumenti ed occasioni di verifica individuale (24). Qualificandosi in tal modo quale vero e proprio diritto individuale e strumento di autotutela del quotista, in palese contrapposizione con il regime ordinario, pienamente corporativo, previsto per l'azionista ed in rapporto di mera similitudine con il trattamento del socio accomandante di s.a.s. (25). Nella configurazione dell'antesigmo art. 2261, era considerato «personale» del socio, nel senso del dover essere esercitato dallo stesso, senza alcuna intermediazione da parte di terzi (26).

I caratteri della «personalità» ed «inderogabilità», quanto meno *in pejus*, emergono anche dall'interpretazione funzionale della norma, che pone in risalto la necessaria preordinazione dell'informazione all'esercizio degli strumenti di *voce*: in situazioni «fisiologiche», l'esercizio del diritto di voto; in situazioni «patologiche», l'attivazione in sede giudiziale. Ciò vale, altresì, per i diritti di *exit*, in ipotesi di possibile esercizio del recesso, *ex art.* 2473 c.c. (27).

Tale strumentalità - vedremo nel seguito - trova ulteriore conferma nella non casuale scelta legislativa di omettere per la s.r.l. ogni richiamo espresso all'art. 2409 c.c., ossia al controllo giudiziario sulla regolarità della gestione, ritenuto «superfluo e contraddittorio», potendo i singoli soci esperire l'azione di responsabilità per risolvere i conflitti interni alla società (28).

**Finalità e latitudine del controllo endosocietario**

La disciplina del controllo e della responsabilità degli amministratori di s.r.l. trova paradigma normativo nel novellato art. 2476 c.c. e riproduce sostanzialmente l'art. 2261 in tema di controllo dei soci di società di persone (29).

La disposizione risulta centrale, considerando l'arti-

**Note:**

(22) Superando il divieto comunitario della II Dir. CEE del 1976 tuttora operante per le s.p.a., la norma istituzionalizza per la s.r.l. la conferibilità al capitale di un'opera (quale risultato favorevole per la società) o di un servizio (prestazione diretta di un'attività lavorativa), sempreché ritenute utili ed economicamente valutabili. Tale «sdoganamento» dell'istituto legittima per la s.r.l. tipologie di apporto fino a ieri impraticabili, si pensi alle prestazioni negative o al conferimento di prerogative personali (immagine, accreditamento, relazioni).

(23) Cfr. Costi, *Note sul diritto di informazione e di ispezione del socio*, in *Riv. soc.*, 1963, 71 ss., già in costanza del vecchio Codice rilevava che il diritto di controllo del socio è concesso per la tutela dei suoi interessi in società, nel limite del loro carattere antisociale, risultando la tutela, incidentalmente realizzata mediante l'esercizio dei poteri di controllo, non un fine, quanto un limite al loro esercizio.

(24) Secondo De Angelis, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 485, la presenza dell'organo di controllo interno, della quale può avvalersi lo stesso socio, giusta l'art. 2408 c.c. in un'ottica di tutela del proprio personale interesse, non esclude *ex se* l'esercizio diretto del controllo in forma di autotutela, ogni qualvolta il socio non confidi nell'indipendenza o nella competenza dei sindaci, ovvero tema il loro asservimento agli amministratori o alla maggioranza.

(25) Diverge infatti l'ampiezza delle facoltà accordate al socio di s.r.l. rispetto alla prescrizione dell'ultimo capoverso dell'art. 2320 cod. civ. che riconosce all'accomandante il diritto alla comunicazione del bilancio di esercizio e del conto profitti e perdite, con facoltà di verificarne l'esattezza, comparando le risultanze dei libri di cui all'art. 2421 e gli altri documenti sociali.

(26) La *ratio* e l'ampiezza di siffatto potere riservato al socio non amministratore di società personale è stato tradizionalmente (Galgano) correlato al regime di responsabilità illimitata cui lo stesso è soggetto, sebbene tale dottrina sia stata recentemente messa in forse. Per una trattazione allargata alla nuova s.r.l. cfr. Guidotti, *op. cit.*, 76 ss.

(27) Sui «costi» indotti di tale strumento democratico di tutela del socio «oppresso», Bartolomucci, *op. cit.*, 114 ss.

(28) Cfr. la Relazione accompagnatoria, par. 11. Il tema dell'applicabilità dell'art. 2409 cod. civ. alla s.r.l. riformata ha animato un ampio dibattito ancora non sopito. (vedi *infra*).

(29) Che attribuisce al socio non amministratore il diritto di avere «notizia» «dello» svolgimento degli affari sociali, di «consultare» i documenti relativi all'amministrazione e di avere il «rendiconto» finale o di esercizio degli affari conclusi. Perrino, *La «rilevanza» del socio nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 817 ritiene eccessiva e pericolosa l'estensione dei poteri di informazione ed ispezione nell'art. 2476 rispetto a quella concessa dall'art. 2261 al socio di società di persone, tenuto ad esercitarli personalmente e nel rispetto delle esigenze di riservatezza degli affari sociali.

colazione e la molteplicità dei principi che introduce (30).

Confermando la preesistente articolazione del controllo nell'azione di «informazione» e di «consultazione» del socio, l'articolo *de quo* ne segna un carattere incisivo, modificandone l'ambito oggettivo, senza peraltro dettare limiti espressi o preclusioni. Portato dell'accentuazione del tratto personalistico della s.r.l. riformata, il diritto d'informazione del socio non partecipante all'amministrazione si caratterizza come generale ed incondizionato. Certo presuppone un'istanza, in ciò distinguendosi dall'ordinario diritto del socio ad essere informato (senza sollecitazione) dagli amministratori, a ciò tenuti in ragione del loro ruolo. E si diversifica da quello dell'azionista, la cui informazione è correlata e funzionale all'esercizio (ed in occasione) del diritto di voto assembleare.

Oggi l'accesso alla documentazione sociale risulta ampio, potendo riguardare sia l'andamento generale della società, che aspetti particolari in merito ad un singolo e determinato affare, per qualche ragione, «sensibile». L'istanza può essere avanzata nelle sedi deputate, ad esempio nel corso di una riunione assembleare, o rivolta all'amministratore come interrogazione espressa, o ancora sostanziarsi nel diritto di ricevere nei termini le ordinarie comunicazioni sociali (bilancio di esercizio ed allegati), come le relazioni accompagnatorie (di periodo o straordinarie) da parte degli organi deputati. Essa può risultare finalizzata alla conoscenza, aggiornata ed esaustiva, dello svolgimento della gestione sociale, del trend dell'attività imprenditoriale, della situazione patrimoniale corrente, dello stato di una determinata trattativa negoziale. In sostanza, la legittima aspettativa dell'istante è avere notizie dettagliate, aggiornate, inerenti, riguardanti aspetti degli «affari sociali» anche al momento *in fieri*.

Anche rispetto al diritto di «consultazione», sostanziate nella presa visione (diretta o per il tramite di un professionista di fiducia (31)) ed esame dei libri sociali e dei documenti inerenti l'amministrazione, si registra una amplificazione, sebbene già del 2489 vecchio conio se ne prospettasse una lettura estensiva (32). Oggi è la lettera della legge che aggiunge ai libri sociali (obbligatori ex art. 2478) (33) tutti «i documenti relativi all'amministrazione», nell'accezione ristretta (soli libri sociali) (34), o estensiva (contabilità, documenti fiscali, documentazione bancaria, contratti, verbali di accertamento, atti giudiziari ed amministrativi, pareri dei consulenti professionali) (35).

Risulta, quindi, opportuna, sebbene impegnativa,

l'adozione di linee-guida operative, essendo l'invocata regolamentazione convenzionale decisiva al concreto esercizio del controllo, oltre a prevenire e contrastare fenomeni di abuso (36) (della minoranza), di strumentalizzazione, di disturbo, di «invasione» nell'attività gestoria o, ancora di pressione psicologica su chi si sia assunto l'onere e la responsabilità di amministrare.

In tale ottica, sono auspicabili la pre-qualificazione dei professionisti abilitati all'attività di consultazione e/o ispettiva (es. iscrizione ad Albi), la previsione del *timing* (momento di effettuazione, frequenza, formalità di preliminarizzare richiesta, necessità di un preavviso), la modalità di espletamento e la proceduralizzazione dell'intervento (verbalizzazione dell'attività esperita, elenco della documentazione

**Note:**

(30) Quali: la responsabilità solidale degli amministratori verso la società per il pregiudizio arrecato (comma 1); la responsabilità solidale dei soci che abbiano concorso con i gestori nella determinazione dell'atto dannoso (comma 7 ed comma 8); il diritto di sorveglianza riconosciuto al socio pur in presenza di un organo di controllo istituzionale (comma 2), funzionale all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori (commi 4 e 5), all'eventuale istanza di revoca cautelare degli stessi (comma 3), nonché all'*exit* dalla società (art. 2473). Da ultimo, il sesto alinea conferma la responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti del singolo socio o del terzo.

(31) La «personalità» del diritto di controllo non è da intendere in senso assoluto, non essendo richiesto un esercizio diretto da parte del socio, né la sua presenza durante l'effettuazione delle verifiche. Ciò nondimeno, il conferimento dell'incarico ad un terzo impone la selezione del tecnico di fiducia, l'identificazione e la formale investitura del soggetto, la delimitazione dell'oggetto del controllo richiesto, le modalità di effettuazione, la comunicazione alla società della volontà di effettuare siffatto controllo.

(32) Foschini, *Il diritto dell'azionista all'informazione*, Milano, 1959 riteneva ricompresi anche i libri contabili ex art. 2241 c.c.

(33) La conoscenza del contenuto di questi è limitata alla composizione della compagine sociale ed all'azione valutativa e deliberativa svolta dagli organi sociali. Se il previgente art. 2490 riconosceva espressamente il diritto del socio di esaminare il libro soci e quello delle riunioni assembleari, nonché di ottenerne estratti, il nuovo art. 2478 - il cui n. 1) del primo comma è stato successivamente abrogato dall'art. 16, D.L. 29 novembre 2008 n. 185 convertito nella legge n. 2/2009 - non riporta tale prescrizione.

(34) Associazione Disiano Preite, *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e cooperative*, a cura di Olivieri-Presti-Vella, Bologna, 2003, 287.

(35) Cfr. Fico, *Il diritto di informazione e di consultazione del socio non amministratore di s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2006, 169 ss. con riferimenti in nota; Ambrosini, *op. cit.* 1590. In giurisprudenza per la consultabilità documentale globale che ricomprende anche libri e scritture contabili si sono espressi Trib. Civitavecchia, 21 aprile 2004, in *www.dircomm.it*, Trib. Bari, 10 maggio 2004, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 261 e Trib. Milano, 30 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1246.

(36) In tema cfr. Ferrari, *L'abuso del diritto nelle società*, Padova, 1998 e App. Milano 13 febbraio 2008, in questa *Rivista*, 2009, 2, 205.

visionata, eventuale autorizzazione - nel silenzio della norma - a produrre copie (37) e/o estratti, imputazione dei relativi costi; ammissione, o divieto, di consultazione fuori dai locali sociali (38); divieto di copiatura integrale dei libri; ecc.).

Ancorché l'esercizio di tali diritti sia ancorato al rispetto dei principi di correttezza (art. 1176) e di buona fede (art. 1375), anche a tutela degli interessi di riservatezza e *Privacy* dell'ente in una dimensione estrinseca (39), lo stesso atto costitutivo potrà (*rectius*, dovrà) apprestare *ex ante* strumenti di cautela e tutela della società e dei suoi interessi (es. sottoscrizione di un patto di riservatezza; richiesta della prestazione di una garanzia durante la fase di esame documentale; riconoscimento di responsabilità per ipotesi di esercizio difforme, ecc.), trovando l'esercizio dell'autotutela limite nel sovraordinato interesse dell'ente ed in quello meta-individuale della compagine sociale (40).

In tale ordine d'idee si colloca il quesito circa la natura inderogabile o dispositiva del diritto *de quo*. Problema accentuato da una norma silente, nonché dal senso della mancata riproduzione nell'art. 2476 c.c. dell'ultimo capoverso dell'abrogato art. 2489 che recitava «*E nullo ogni patto contrario*».

Nell'alternativa tra il riconoscimento della natura imperativa ed inderogabile del secondo comma dell'art. 2476 (tale risultante in ragione dell'omessa salvezza di una diversa prescrizione statutaria), ovvero dell'altrettanto sostenibile natura dispositiva (tesi che troverebbe giustificazione nella soppressione della sanzionabilità espressa del patto difforme (41)), possono fornire supporto ermeneutico argomenti eterogenei.

Nel segno dell'inderogabilità muove la rilevata propedeuticità dell'informazione del socio all'esercizio di taluni diritti amministrativi (voto), specie di valenza contestativa (*in primis*, l'azione sociale di responsabilità): senza un'adeguata, esaustiva ed aggiornata conoscenza, l'esercizio di tali diritti sarebbe precluso o fortemente condizionato. Cosicché la collocazione del secondo comma nell'ambito della disciplina - questa certamente inderogabile - in tema di sanzionamento dei fenomeni di *mala gestio* dovrebbe del pari qualificare il medesimo diritto di controllo come non derogabile. La connotazione tipologica della s.r.l. quale realtà chiusa intorno ai soci imprenditori, evidenzia esigenze di simmetria tra il diritto di *exit* del socio, garantito come inderogabile, e quello di *voice*, non incline ad essere ridotto o limitato da una diversa prescrizione contrattuale (42).

Ulteriori spunti a supporto di tale impostazione sono rintracciabili sempre nella formulazione della

legge, che non nega la prerogativa del singolo all'esercizio del controllo (43) neanche quando operi un organo istituzionalmente preposto a tale funzione. E che, con l'art. 2625 c.c., commina la responsabilità penale dell'amministratore per «*impedito controllo*» (44) quando, mediante l'occultamento o

**Note:**

(37) Le prime decisioni applicative dei giudici di merito appaiono assolutamente contrastanti; escludono il diritto del socio all'ottenimento di copie ed alla consegna degli originali, Trib. Parma 25 ottobre 2004, in questa *Rivista*, 2005, 758; Trib. Milano 30 novembre 2004, in *Giur. it.* 2005, 1245. Diversamente, lo ha riconosciuto Trib. Ivrea, 2 luglio 2005, in questa *Rivista*, 2005, 1542, Trib. Pavia, ord., 29 giugno 2007, in questa *Rivista*, 2009, 4, 503 e Trib. Taranto, 13 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2008, 1, 122. Esclude invece un dovere di ottemperanza alla richiesta di invio diretto di copia del materiale da visionare, App. Milano, cit. Nella sent. Trib. Nocera Inferiore del 13 ottobre 2005 viene riconosciuto al diritto di estrazione di copia anche una tutela d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. Ne ritiene indispensabile l'estrazione per esigenze probatorie strumentali all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, Trib. Milano, 28 giugno 2001, *Giur. it.* 2001, 2333. Idem Trib. Bologna, 6 dicembre 2006, *Giur. comm.* 2008, II, 213 ss, con note di Guidotti e Ricciardiello.

(38) Escluso secondo Fregonara, *I nuovi poteri di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 800.

(39) Sebbene, tendenzialmente, la s.r.l. si presenti come società con compagine sociale ristretta e coesa. In ogni caso, di riservatezza dei dati e delle informazioni sociali può parlarsi rispetto ai terzi, non certo nei confronti del socio. Così sent. Trib. Milano, 30 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 682. Quanto ai rapporti interni, esclusa la configurabilità di un segreto tra società e socio, né potendo l'amministratore opporre un segreto sociale, è ipotizzabile e sanzionabile l'utilizzo antisociale delle informazioni ricevute dal socio, o la strumentalizzazione delle stesse ad un interesse terzo ed estraneo, ancor più difettando nella disciplina legale della s.r.l. una disposizione equivalente all'art. 2390 (divieto di concorrenza).

(40) Di limiti oggettivi può parlarsi allorché ricorrano vincoli contrattuali di segretezza (es. *know how*) o il segreto aziendale (es. in relazione agli artt. 2105; 2598 c.c., e al D.Lgs. n. 30/2005).

(41) De Angelis, *op. cit.*, 486, in ragione dell'enfatizzazione dell'autonomia contrattuale del socio di s.r.l., ipotizza la facoltà del singolo di rinunciare o limitare, per sé e i propri aventi causa, al proprio diritto di controllo. Ragioni di tutela di interessi non solo individuali (creditori sociali) muovono altresì alla negazione della disponibilità negoziale del diritto di controllo da parte del socio titolare.

(42) Fregonara, *op. cit.*, 803.

(43) Garantita mercè l'approntamento, in via residuale, degli strumenti cautelari come il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. Tale forma di tutela si avvantaggia, ex art. 23, D.Lgs. n. 5/2003 dell'innovativa regola della mancata decadenza del provvedimento cautelare in materia societaria, ove non venga promosso il relativo giudizio di merito. Oggi tale articolo risulta abrogato dall'art. 54, legge 18 giugno 2009 n. 69 (vigente dal 4 luglio u.s.).

(44) Come riformato dal D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61. In sede civilistica, invece, la violazione da parte dell'amministratore è valido presupposto per l'esercizio dell'azione di responsabilità, ex art. 2476, per l'istanza di revoca cautelare dell'amministratore in ipotesi di grave irregolarità, per la denuncia al collegio sindacale se esistente, ex art. 2408 c.c.

altri idonei artifici, impedisca o comunque ostacoli lo svolgimento delle attività di vaglio o di revisione legalmente attribuite - tra gli altri - ai soci.

Proprio l'eventualità di un ingiustificato diniego o l'inottemperanza dell'amministratore ad accogliere l'istanza di informazione e/o di consultazione del socio, non adeguatamente supportate da efficaci rimedi civilistici (45), può costituire ulteriore argomento per la configurazione della cogenza del diritto.

A medesima conclusione mena anche il diverso percorso logico che esclude la (sola) *reformatio in pejus* del diritto di verifica del socio (46), legittimando clausole negoziali con contenuto condizionante o derogatorio, la determinazione delle modalità e condizioni del concreto esercizio o l'adozione di una disciplina che ampli le prerogative spettanti al socio vigilante.

Le conclusioni cui siamo pervenuti non ci impediscono di rilevare un «rovescio della medaglia».

Il diritto di controllo del socio non amministratore, proprio in quanto individuale, incondizionato ed inderogabile, definito dalla prima giurisprudenza come «potestativo» (47), resta esposto al rischio di possibili abusi e strumentalizzazioni.

Il quotista potrebbe piegarlo ai propri interessi utilitaristici, utilizzarlo come mezzo di coercizione psicologica nei confronti dell'amministratore (e, quindi, anche dei soci), o di ostacolo o impedimento alla conclusione di un atto o di un affare. Situazioni, invero, non contrastabili invocando i principi generali di buona fede e correttezza cui deve conformarsi il socio in sede di verifica dell'operato dei gestori (48).

Tali considerazioni evidenziano, segnatamente per la società a responsabilità limitata dotata di una struttura organizzativa non elementare, la necessità di un *balance* tra corretto esercizio del diritto individuale e tutela dei diritti della società, degli altri soci e dei medesimi organi destinatari dei controlli, quale ricerca del limite di sostenibilità sociale del costo riflesso dell'esercizio del *monitoring* individuale.

Discorso che introduce quello della possibile coesistenza del socio controllore con l'organo endosocietario di vigilanza. Presenza non indifferente, che impone una sincronia di funzioni, la certezza dei rispettivi ruoli e poteri, un temperamento tra cura di interessi individuali e collettivi, un coordinamento tra iniziative spontanee e procedure standardizzate, oltre alla valorizzazione di competenze ed esperienze professionali.

In verità - a nostro modo di vedere - non è corretta la lettura della norma nel senso dell'indifferenza del

diritto di controllo del socio all'eventuale compresenza del collegio sindacale.

Torneremo sul punto per ricercare il possibile temperamento (auspicabilmente, la sinergia) nel contesto del sistema dei controlli della s.r.l. tra istanze individuali e funzione di vigilanza legale.

### Rilievo sociale dell'azione individuale di responsabilità

Abbiamo anticipato del carattere strumentale del controllo (anche) ai fini dell'espletamento dell'(eventuale) azione di responsabilità avverso gli amministratori. Ai fini dell'inquadramento e della qualificazione del diritto di controllo del socio non gestore, la verifica di tale facoltà e delle condizioni di esercizio riveste rilievo non marginale. A cominciare dall'interrogativo se la legittimazione sia riconosciuta a ciascun socio quale massima estensione del suo diritto di autotutela (art. 2476, comma 2), ovvero debba confermarsi, come per il passato (e tutt'ora per la s.p.a.), la natura prettamente sociale dell'azione, esperita dal singolo (ma) nell'interesse dell'ente (ex 1 comma).

Entro tali limiti svolgiamo alcune considerazioni.

In base al dato testuale, ciascun socio può esperire

#### Note:

(45) Il socio nell'impossibilità di esercitare l'azione ex art. 2409 c.c., assumendo il comportamento dell'amministratore quale «grave irregolarità» nell'adempimento dei doveri cui è tenuto, troverebbe unica e non agevole tutela residuale nell'istanza di revoca dello stesso ai sensi dell'art. 2476, comma 3.

(46) Salvo posizioni isolate, come per Abriani, *Controlli e autonomia statutaria: attenuare «l'audit» per abbassare «la voce»*, in *Analisi giur. econ.*, 2003, 352, propenso ad ammettere clausole sociali e parasociali dirette a restringere l'esercitabilità del diritto, la preminente dottrina è incline ad escludere una derogabilità *in pejus*: Mainetti, *Commento sub art. 2476 c.c.*, Codice commentato delle nuove società, a cura di Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf, Salafia, Milano, 2004, 1064; Cagnasso, *Dell'amministratore della società e dei controlli*, Comm. Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004, 1883; Parrella, *op. cit.*, 126, ritenendo il controllo de quo carattere tipologico essenziale della s.r.l. In giurisprudenza, Trib. Bari, ord. 10 maggio 2004, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 259 ha ritenuto inderogabile, se non *in melius*, il diritto di controllo del socio ex art. 2476, comma 2.

(47) Cfr. Trib. Biella, 18 maggio 2005, in questa *Rivista*, 2006, 50; Trib. Ivrea, 2 luglio 2005, in questa *Rivista*, 2005, 1542. In ragione della configurazione di un vero e proprio diritto potestativo del socio non amministratore, la sent. Trib. Roma 4 dicembre 2007, in *Riv. not.*, 2009, 3, 668 riserva agli amministratori una posizione di mera soggezione.

(48) Neanche risolutivo appare il possibile sanzionamento di fenomeni abusivi, che va dal rifiuto motivato dell'amministratore a fronte di richieste inopportune, incongrue, ingiustificate, all'esperimento dell'azione di risarcimento del danno arrecato dal socio alla società, fino alla configurazione di una «giusta causa» di esclusione del socio, ricorrendone i presupposti ex art. 2473 bis c.c.

l'azione di responsabilità avverso gli amministratori, con facoltà di richiedere «altresì» (nel senso di ulteriormente) - secondo alcune pronunce, anche *ante causam* (49) - la loro revoca cautelare ove ricorrano «gravi irregolarità» gestorie, lesive del patrimonio sociale (comma 3). In caso di accoglimento della domanda, il socio attore ha diritto al rimborso da parte della società (a sua volta facoltizzata all'esercizio del regresso interno) delle spese di giudizio e di quelle sostenute per l'accertamento dei fatti (comma 4). «Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo» (50) l'azione può essere rinunciata o transatta solo con un *quorum* favorevole dei 2/3 dei soci, sempre che non si opponga una minoranza qualificata (1/10 del capitale) (comma 5).

Esclusa la ricorrenza di un *lapsus calami*, l'azione di responsabilità è «promossa da ciascun socio» (51) a prescindere dalla misura della partecipazione detenuta (52).

La Letteratura maggioritaria riconduce la legittimazione sostanziale, nonché gli effetti, esclusivamente in capo alla società (53), mentre taluna Giurisprudenza ne ha legittimato l'esercizio anche da parte del medesimo ente (54).

Si sostiene che è la società direttamente danneggiata dalle violazioni commesse dall'organo amministrativo (ex art. 2476, comma 1, responsabile «verso la società»), cosicché le compete l'interesse ad agire per la tutela del proprio patrimonio, come ad essa spetta il risarcimento accordato dal giudice (55). Prova ne sia che la rinuncia o la transazione a fronte dell'azione esperita (comma 5, art. cit.) richiedono una duplice condizione: la deliberazione della minoranza qualificata e la mancata opposizione da parte di una diversa quota di soci dissenzienti.

L'azione si configura come sociale in quanto l'esito positivo impone alla società il rimborso delle spese sostenute od anticipate dal socio attore per la tutela di un interesse sostanziale non proprio, bensì collettivo. Inoltre, ove il singolo quotista (o un terzo) fosse direttamente danneggiato dagli amministratori, avrebbe tutela diretta (aquiliana) attraverso la diversa azione di cui al comma 6, art. cit. (56).

La difficoltà di bilanciamento e coordinazione tra legittimazione attiva all'azione e titolarità sociale dell'interesse si manifesta specie in sede processuale, ma per ovvie ragioni non affrontiamo in questa sede le problematiche emerse (57) e restiamo sul campo sostanziale della disciplina *de qua*.

Il rilievo «sociale» dell'azione attivata dal singolo imporrebbe logicamente una previa deliberazione circa la volontà di procedere giudizialmente nei confronti degli amministratori (58). Se tale pro-

nuncia sostanzia una *condicio iuris* per l'esperimento nell'interesse della collettività (59), è singolare il silenzio dell'art. 2479, comma 2 c.c. nell'elencare le competenze riservate ai soci. Diversamente opinando, ove non sia indispensabile, ma permanga la qualificazione sociale, dovremmo ipotizzare un esercizio diretto da parte del legale rappresen-

#### Note:

(49) Cfr. Trib. Lucca, 13 settembre 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 216, Trib. Marsala, 15 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 3469.

(50) L'incipit viene interpretato nel senso della possibile esclusione convenzionale della rinuncia e/o della revoca, o nel senso dell'adozione di una disciplina capace di rendere più agevole l'abbandono dell'azione operando sui *quorum* deliberativi, non nel senso di una derogabilità peggiorativa. Cfr. Ambrosini, *Società di capitali*, Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, III, sub art. 2476, 1598 con riferimenti in nota.

(51) Come dicevamo, anche dagli altri soggetti parimenti legittimati all'esercizio del diritto individuale di controllo nei confronti dei gestori.

(52) Scelta diversa da quella operata per la s.p.a. nella quale è azione propriamente «sociale» (art. 2393), o quanto meno esercitabile da minoranze qualificate (art. 2393 bis), nonché per deliberazione qualificata del collegio sindacale (ex comma 3, art. 2393 inserito dall'art. 3, comma primo, lett. a), n. 1, legge 28 dicembre 2005 n. 262. Per le società di persone, secondo l'orientamento prevalente, è del pari esperibile dall'ente.

(53) Ambrosini, *op. cit.* 1594; Salafia, *op. cit.* 8; Cagnasso, *sub art. 2476*. In giurisprudenza, riconosce la legittimazione attiva della società, Trib. Milano 10 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 523.

(54) Se la sent. Trib. Roma 16 dicembre 2008, in *Giur. merito*, 2009, 6, 1585 ha riconosciuto anche un esercizio diretto da parte dell'ente, altro orientamento esclude una legittimazione concorrente della società, es. App. Milano, 28 maggio 2008, *idem*, 2008, 12, 3173.

(55) Cfr. sent. Trib. Milano, Sez. VIII, 25 ottobre 2006, in *Giust. a Milano*, 2006, 10, 70.

(56) Cfr. Trib. Palermo, 9 settembre 2006, in *Foro it.*, 2007, 2270.

(57) Per uscire dall'*impasse* sono stati evocati istituti come la «sostituzione processuale» ex art. 81 c.p.c., quale ipotesi eccezionale di sollecitazione della tutela giudiziale in nome proprio, ma nell'interesse altrui; una forma di «legittimazione straordinaria», o una singolare forma di «gestione d'affari processuale». È stato altresì prospettato l'esercizio da parte del singolo dell'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c., sebbene tale soluzione presupponga un omesso esercizio da parte dell'ente e la posizione del socio quale creditore. Altre problematiche di natura procedurale riguardano la qualificazione della società quale litisconsorte necessario nel caso di esercizio individuale dell'azione; il diritto dell'amministratore convenuto di difendersi sollevando le eccezioni opponibili all'ente; il diritto della società ad ottenere in caso di successo una pronuncia giudiziale che la qualifichi beneficiaria del risarcimento del danno.

(58) Principio condiviso in giurisprudenza in costanza del Codice del 1942 e successivamente da Cass. 26 agosto 2004, n. 16999, in questa *Rivista*, 2005, 599 con nota di Cardarelli.

(59) *Inter alios*, Ambrosini, *op. cit.*, 1598; Teti, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, *Il nuovo diritto delle società*, cit., 644.

tante, il che presenterebbe serie controindicazioni (60).

Seguendo un percorso esegetico sicuramente «solitario» rispetto all'orientamento preminente, riteniamo siano prospettabili alcuni argomenti a supporto della tesi della legittimazione individuale del quotista (61), perché connessa alla tutela di un interesse proprio (62), sebbene in via mediata anche collettivo. Tant'è che già la Relazione accompagnatoria riconosceva che «la soluzione adottata non esclude che pur sempre si tratta di un'azione sociale di responsabilità esperita dal socio nel suo interesse».

Certo la configurazione sociale dell'azione non è esente da antinomie e perplessità. Se la legittimazione è individuale, per quale ragione dovrebbe essere necessario un previo *placet* della maggioranza dei quotisti, espressamente richiesto solo per l'abbandono dell'azione? Se la facoltà è esercitabile condizionatamente ad un assenso della maggioranza, ove non intervenga, il singolo sarà impossibilitato all'esercizio? Tutt'oggi l'orientamento giurisprudenziale non è univoco, prospettandosi talora la preclusione di un'iniziativa autonoma dell'ente (63), tal'altra riconoscendosi la legittimazione attiva della società (64).

Sul piano concreto non sempre è realizzabile la condivisione sociale dell'attivazione dell'azione. I soci attestati su posizioni difformi (in quanto espressione della maggioranza e/o designatori dell'amministratore incriminato e/o autori morali dell'atto gestorio pregiudizievole, solo realizzato dall'amministratore contestato) potrebbero non condividere, o peggio, contrastare fino all'inibizione le ragioni della tutela azionata dal singolo attore. Nel caso in cui questo abbia declinato l'investitura amministrativa, diversamente dai suoi colleghi, non dovrebbe negarsi un suo diritto individuale degno di tutela, a fronte della compromissione operata dai gestori rappresentativi della maggioranza dei soci. In difetto di un suo interesse esclusivo e di un pregiudizio diretto (causalmente) frutto del comportamento doloso o colposo dei gestori, l'impraticabilità della diversa tutela accordata dal sesto comma, art. 2476 (65) gli precluderebbe ogni sostegno risarcitorio.

Altra ipotesi paradigmatica può prospettarsi per la s.r.l. unipersonale amministrata da un terzo (non socio), per la quale difficilmente l'azione può apprezzarsi come «sociale» e non rilevare, invece, quale strumento di tutela dell'interesse soggettivo dell'unico socio, a fronte dell'inadempimento contrattuale dell'amministratore.

Nonostante venga oggi accettata l'asimmetria tra «individualità» dell'agire e «socialità» del risultato,

pensiamo permanga un *deficit* di coerenza sistematica della norma. Proprio quando il diritto di controllo serve l'interesse strettamente personale del socio non amministratore assume massima estrinsecazione con l'attivazione giudiziale avverso i gestori «infedeli», l'interesse personale sottostante recede per presentarsi come interesse meta-individuale, dal singolo socio solo rappresentato in giudizio.

A parere di chi scrive sembra soluzione salomonica proclamare la natura personale dell'azione giudiziale del socio non coinvolto nella gestione, salvo ritenere la sociale quando ha avuto esito favorevole (condanna dell'amministratore). Si è soliti dare risalto alla circostanza che la società è onerata del rimborso all'attore delle spese giudiziali e di accertamento (che in ogni caso non coprirà il tempo e le energie profuse, né i costi collaterali), sottacendo

**Note:**

(60) Non solo in presenza di un amministratore unico, ma ogni qualvolta un amministratore si trovi a dover agire avverso un collega cui sia addebitabile la responsabilità dell'atto di *mala gestio*.

(61) Tale posizione antagonista è stata assunta da Ciampi, *Novità nella Novella per le azioni di responsabilità*, in questa *Rivista*, 2006, 286 ss. Perino, *op. cit.*, 641, riconosce la finalizzazione del controllo alla protezione dell'interesse stesso della società, considerata come ente e come collettività «oltre che nell'interesse del socio in quanto tale, interesse che pure è quanto specificamente al controllo individuale, l'oggetto immediato della tutela».

(62) Trib. Roma, 22 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, 1, 307, ha riconosciuto l'agire del socio in nome proprio, ma per conto ed interesse della società.

(63) *Inter alia*, Trib. Milano, 2 novembre 2006, in *Giur. It.*, 2007, 3, 655. Ove si propenda per l'inquadramento che riconosce il socio attore quale legittimato straordinario e la società legittimata ordinaria e titolare del diritto sostanziale dedotto in giudizio, ancorché non previsto espressamente dalla legge, la chiamata in giudizio della società in veste di litisconsorte necessario ex art. 102 c.p.c. assume un rilievo indispensabile a far sì che ad essa possano imputarsi gli effetti favorevoli della sentenza di merito. Diversamente, l'esperimento dell'azione da parte del socio condurrebbe ad una pronuncia *inutiliter data*. Cfr. sent. Trib. Napoli, sez. VII, 17 settembre 2008, in questa rivista n. 10/2009, 1289.

(64) Trib. Roma, sez. III, 16 dicembre 2008, in *Giur. mer.*, 2009, 6, 1585 riconosce l'azione della società, così da qualificare il socio attore quale sostituto processuale. Per la legittimazione attiva della società anche Trib. Treviso, 16 gennaio 2006, in *Giur. It.*, 2006, 10, 1878. Segnaliamo inoltre la sentenza del Trib. Milano, 30 giugno 2008 n. 8611, in *Giust. a Milano*, 2008, 7-8, 53, che ha ritenuto improcedibile *ex officio* l'azione di responsabilità esperita dalla società in difetto di una previa deliberazione o comunque autorizzazione dei soci. Tale lettura recessiva sembra, comunque, ristabilire la simmetria con la previsione legale che richiede una deliberazione per la rinuncia e transazione successive.

(65) Azione di danni, anch'essa individuale, ma avente natura extracontrattuale, discendendo la responsabilità dall'art. 2043 c.c., con la conseguente qualificazione e regolamentazione propriamente aquiliana.

che ciò non avviene nel caso di sua soccombenza, giusta l'art. 91 c.p.c. Peraltro, tra i costi non propriamente economici risalta, altresì, l'onere probatorio gravante sul socio attore solitario in merito alla violazione commessa dagli amministratori e al danno chiesto in risarcimento.

L'interessamento solo tardivo della società all'azione isolata del socio sembra rispondere, in ultima analisi, alla concreta esigenza di dover giustificare l'acquisizione degli effetti positivi del risarcimento. Salvo ritenere che tale involuta costruzione miri a disincentivare l'attivazione del singolo, evitando la pernicioso proliferazione di solitarie azioni giudiziali.

Quanto alla costruzione dell'azione come esercitata «in nome proprio, ma nell'interesse della società», proprio la circostanza che l'attivazione del sindacato è preordinata all'interesse del soggetto meta-individuale potrebbe edulcorarne il carattere discrezionale, caricandolo di una sorta di doverosità. In altre parole, ove il socio avesse contezza o legittimi sospetti circa la ricorrenza di fenomeni di *mala gestio* (66), quale comportamento dovrebbe assumere? Potrebbe, o dovrebbe, attivarsi giudizialmente nell'interesse della società? E restando colpevolmente inerte, sarebbe sanzionabile per tale atteggiamento omissivo?

Ove si aderisse alla lettura estensiva del settimo comma dell'art. 2476 che imputa la responsabilità solidale anche al socio non gestore che, omettendo intenzionalmente un'adeguata vigilanza, con ciò concorre causalmente alla produzione del pregiudizio, ci troveremmo in una situazione paradossale: la mutazione dell'originario diritto individuale di controllo in chiave di autotutela, in una sorta di dovere di attenzione incombente sul socio non gestore. Ed in più, addossandogli l'alea dell'esito del giudizio.

Sulla scorta di tali osservazioni, qui solo prospettate, riconoscere al diritto di controllo del socio piena estrinsecazione - non solo in termini di legittimazione attiva, quanto di interesse sostanziale all'azione - sembra non peregrino, ma coerente con la configurazione del socio-imprenditore di s.r.l.

D'altronde, «personale» e «sociale» non risultano, in tal caso, qualificazioni irriducibilmente inconciliabili: intanto, *de facto*, la società non potrebbe restare insensibile alla condanna del proprio amministratore per accertata *mala gestio*, ancorché in prima istanza la compagine sociale non lo abbia percepito, o abbia inteso ignorarlo. Del pari, un contemperamento tra i due centri di interesse risulta possibile anche in un'ottica ricostruttiva e sistematica.

Valga il richiamo alla figura della «legittimazione attiva diffusa» al pari di quanto avviene nelle società personali (67), o della legittimazione ad agire in-

dividualmente per la tutela di un diritto personale e nel contempo «mediato». Questa seconda prospettiva interpretativa, incentrata nella risarcibilità del danno indiretto subito dal socio, quale proiezione del danneggiamento del patrimonio sociale, è stata peraltro applicata in materia di «*direzione e coordinamento di società*», ex art. 2497 c.c. (68).

Anche per tale fattispecie è stata dichiarata la legittimazione attiva del singolo socio (e del creditore sociale) della società coordinata e diretta a proporre, nel proprio interesse, l'azione di responsabilità contro l'esercente la direzione che abbia causalmente prodotto un pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione del socio (ovvero alla garanzia patrimoniale generica nei confronti dei creditori sociali) (69).

**Note:**

(66) Valutazione, invero, impegnativa stante il difetto di alcuna indicazione legislativa circa il parametro di misurazione: se quello ex art. 2260 c.c., ovvero quello - pur difettando un esplicito richiamo dell'art. 2392 - dell'art. 1176 ed, in tal caso, se all'insegna di una diligenza ordinaria (comma 1) o professionale (comma 2). La sent. Trib. S.M. Capua Vetere del 15 novembre 2004, in questa *Rivista*, 2005, 477 ha adottato un criterio valutativo della diligenza dovuta dall'amministratore di s.r.l. meno rigida rispetto a quella in caso di s.p.a. In senso più ampio, rileva anche l'orientamento interpretativo riduttivistico dell'art. 2392 c.c., nel senso di declassare il grado d'intensità della diligenza allorché le caratteristiche della società empirica, ovvero il profilo dell'incarico conferito, non giustificano un approccio di standing professionale.

(67) Così Ciampi, *op. cit.*, 288 che in nt. 7 richiama le riflessioni di Ferri in tema di società di persone laddove ritiene l'azione spettante al socio non *uti singulus*, bensì quale membro della collettività, e strumento di restaurazione del patrimonio sociale danneggiato. Una recente sentenza del Trib. Napoli, ord. 3 marzo 2008, in questa *Rivista*, 2009, n. 2, 889 ha riconosciuto al singolo socio non legale rappresentante la legittimazione attiva ad azionare l'interesse della società alla reintegrazione del patrimonio leso da *mala gestio*.

(68) Tra i primi ad affrontare il problema, Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 661 ss., il quale si interroga intorno alla natura del pregiudizio subito dal socio (o dal creditore) della società eterodiretta, se danno «sociale» o «diretto» al patrimonio del singolo. Sul tema, *inter alios*, Salafia, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in questa *Rivista*, 2004, 5 ss.

(69) Con l'omissione normativa dell'indicazione, tra i legittimati attivi all'azione contro la società, della medesima società destinataria della direzione e coordinamento, da cui l'esigenza di ricerca *ex post* di un senso logico a tale carenza, rappresentando la società coordinata quale «coobbligata solidale passiva» insieme alla capogruppo. O, diversamente, ipotizzando l'esistenza di un onere in capo ai soci (e ai creditori) di agire rivolgendosi, prima che alla capogruppo, alla propria società eterodiretta, salvo puntualizzare l'esclusione di una legittimazione passiva di quest'ultima. Per una disamina delle proposte interpretative finalizzate al superamento degli imbarazzi ingenerati dall'art. 2497 c.c., cfr. Carliello, in *Società di capitali*, Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, III, sub art. 2497, 1872 ss.

### La privatizzazione dei controlli

L'aver connotato come individuale il controllo del socio sugli amministratori ed aver previsto la legittimazione personale ad agire in responsabilità, trova completamento nella (contestata (70)) esclusione del controllo dell'Autorità ex art. 2409 c.c., manifestazione della scelta legislativa (71) della privatizzazione dei controlli nella società a responsabilità limitata (72).

L'intento sotteso è impedire l'attivazione dell'oneroso procedimento ispettivo esterno, avendo il socio estraneo alla gestione poteri di informazione, di promozione dell'azione di responsabilità, di richiesta della revoca cautelare dell'amministratore, fino all'esercizio del diritto di recesso dalla società, ove l'atto gestorio abbia realizzato una sostanziale modificazione dell'oggetto statutario.

Alla luce del discorso fin qui svolto, la novellazione appare sistematicamente in linea con il nuovo corpus normativo auto-riferito e conseguente alla logica della centralizzazione della società intorno al socio. Del pari, l'esclusione del controllo giudiziario dell'art. 2409, che sarebbe incompatibile con un regime di tutela tipicamente privatistica e diremmo «domestica», stante la tendenziale assenza di soggetti esterni portatori di legittimi interessi (*stakeholders*), trova proprio nell'accrescimento dei poteri individuali di controllo del quotista fattore compensativo (73).

Tale conclusione vale rispetto al modello legale e tendenzialmente ordinario della s.r.l.; tant'è che rivestendo un profilo corporativistico, non resta precluso il riavvicinamento alla disciplina del tipo azionario «chiuso» mediante l'integrazione analogica, proprio in ragione di un'accertata *eadem ratio* (art. 12 disp. prel. c.c.).

Su tale principio si fonda l'orientamento che ammette l'applicabilità dell'art. 2409 alla sola s.r.l. dotata di collegio sindacale obbligatorio, ex art. 2477 c.c., in ossequio all'esigenza di tutela degli interessi esterni, in una dimensione che da privatistica diviene (o torna) pubblicistica (74).

Il fervido dibattito è stato recentemente alimentato da una pronuncia del Tribunale partenopeo (75) che ha contestato la definitività del pronunciamento della Consulta nel 2005 (76), cui è ancorato l'orientamento giurisprudenziale escludente *tout court* l'applicabilità del controllo giudiziario alla s.r.l., ed ha argomentato ragioni di ordine sistematico e funzionale a sostegno della necessaria legittimazione del collegio sindacale obbligatorio all'esperimento dell'azione *de qua*.

### Incidenza della compresenza del collegio sindacale

Con il controllo individuale del socio può concorrere (art. 2477) lo schema tipicamente corporativistico dell'operatività di un organo di vigilanza, qualificato ed indipendente.

#### Note:

(70) Ciò nondimeno, taluni Autori rilevando la forte distanza tra i due sistemi disciplinari, nonché l'impossibile equiparazione tra gli strumenti offerti, rispettivamente, dall'art. 2476 e dall'art. 2409 c.c., o altresì la diversità di presupposti ed effetti della tutela cautelare ex comma 3 del 2476, hanno tentato comunque di ritagliare spazi applicativi residuali e speciali al controllo giudiziario della s.r.l. Cfr. Zanarone, *La società a responsabilità limitata*, AA.VV. *Diritto commerciale*; Corapi, *Il controllo interno nella S.r.l.*, in questa *Rivista*, 2003, 1576; Ambrosini, *Il problema del controllo giudiziario nella S.r.l., tra tentazioni correttive degli interpreti e dubbi di costituzionalità*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 379.

(71) La Corte Costituzionale con pronuncia del 29 dicembre 2005 n. 481 ha escluso l'incostituzionalità per eccesso di delega del D.Lgs. n. 6/2003 nella parte in cui non riconosce ai quotisti il potere di ricorrere al tribunale ex art. 2409 c.c. allorché si configurino gravi irregolarità nella gestione, alla luce delle diverse situazioni soggettive poste a base dei due tipi di società giustificanti la diversità di disciplina. Conforme anche la giurisprudenza di merito, cfr. App. Roma, 7 aprile 2005, in *www.associazione-preite.it*; Trib. Roma, 6 luglio 2004, in questa *Rivista*, 2005, 359 ss.

(72) Improntata ad un regime legale di autotutela esercitato direttamente dai soci in luogo della eterotutela garantita da organi deputati al controllo e dall'autorità giudiziaria. In tal senso può militare anche la scelta legislativa di non prevedere per la s.r.l. un'azione autonoma dei creditori sociali avverso gli amministratori (art. 2394), stante la tendenziale assenza di un organo costituito da gestori professionali e sistemi di monitoring del loro operato come nella s.p.a. Così Libonati, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa-Portale, Torino, 2007, 3, 623 ss. La tesi dell'inapplicabilità *tout court* della norma è sostenuta, *ex multis*, da Tedeschi, *Il nuovo art. 2409 c.c.*, in *Contr. e impr.*, 2005, 713 ss.; Bussoletti, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2003, 1212 ss.; Racugno, *Società di capitali*, *Comm. Niccolini cit.*, III, sub art. 2477, 1617.

(73) Per tale ragione taluna giurisprudenza (cfr. Trib. Mantova, 10 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2009, 3, 716) ha negato l'applicabilità in via analogica alla s.p.a. delle norme speciali dettate per la s.r.l. dall'art. 2476, comma 3, in ragione di una diversità di ratio.

(74) *Inter alios*, Nazzicone, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409 c.c.: le novità della Riforma societaria*, in questa *Rivista*, 2003, 1079; Rivolta, *Il controllo giudiziario sulla gestione nel nuovo diritto delle società*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 755 ss.; Mainetti, sub art. 2409 c.c., *Il nuovo diritto societario*, a cura di Cottino (e altri), cit., II, 930.

(75) Trib. Napoli, Sez. VII, 14 maggio 2008, in questa *Rivista*, 2009, 8, 1019 con nota di De Angelis. La pronuncia pone in riesame la sentenza della Consulta per non aver proceduto ad alcuna disamina circa il dettato dell'art. 2477 c.c. e, contestando l'orientamento negativo patrocinato dalla Corte d'Appello di Roma, fonda sul richiamo espresso del quarto comma, art. 2477 l'ammissibilità del controllo giudiziario da parte del collegio sindacale delle s.r.l. «non piccole», in ossequio al principio di unitarietà del sistema di controllo sindacale e di certezza della relativa disciplina normativa.

(76) Cfr. nt. 71.

Inderogabile ed intangibile il diritto di vigilanza del quotista, giacché servente una vera e propria situazione soggettiva di cui lo stesso è titolare, l'eventuale istituzione del collegio sindacale non fa venir meno quelle prerogative, ma introduce un regime che vede la coesistenza di due distinti controllori.

Dicevamo che tale (ingombrante) presenza se non può avere effetto riduttivo sui poteri di controllo del socio, tanto meno può liquidarsi come variabile neutra (77). Se non altro, per i latenti rischi di sovrapposizione ed interferenza - se non di antagonismo - in difetto di virtuosa convivenza e collaborazione tra soggetti diversamente qualificati.

L'attivazione della funzione di vigilanza presuppone una volontà uniformata a due diversi criteri: l'uno afferente la società, risultando «obbligatoria» la nomina del collegio (o del revisore) in casi tipici e individuati dalla legge (art. 2477, comma 2 e 3) (78); l'altro residuale, di natura convenzionale, potendo l'organo presentarsi come «facoltativo», con conseguente onere di determinazione delle regole di funzionamento (comma 1).

Per i casi di istituzione obbligatoria abbiamo già espresso le incertezze circa la portata del rinvio ex ultimo alinea dell'art. 2477 c.c. alle disposizioni di settore in tema di s.p.a.; gli orientamenti risultano tuttora non univoci, prospettandosi sia letture estensive, che restrittive della norma (79).

Ai fini del discorso che qui ci occupa, tale aspetto non involge la sola ricostruzione della dotazione di strumenti e poteri spettanti al collegio sindacale della s.r.l., riflettendosi anche sulla configurazione del contermine diritto di controllo del quotista non gestore. Quanto meno in termini di fissazione del punto di equilibrio tra le due diverse sfere del controllo. La rilevanza del tema ci impedisce di compiere un'adeguata trattazione, pertanto ci limiteremo ad una considerazione finale.

La non sovrapposibilità dei due modelli societari quanto al regime di controllo interno ed il carattere «corporativo attenuato» della s.r.l. sollecitano un'interpretazione selettiva e ragionata delle prescrizioni effettivamente applicabili. Nella coesistenza funzione di vigilanza contabile ed amministrativa del collegio sindacale di s.r.l., la prima presenta carattere dispositivo (80), la seconda presuppone il contemporaneo esercizio del controllo da parte del socio non gestore.

Al riguardo, indici di diversificazione sono rintracciabili sia in prescrizioni normative specifiche (81), che in motivi di vera inconciliabilità che complicano l'applicazione (estensiva od analogica) di stru-

menti di regolazione del collegio sindacale del tipo pienamente corporativistico (82).

Non minori problemi interpretativi ed applicativi discendono dall'istituzione convenzionale dell'organo di vigilanza, nel presupposto certo che tale opzione non possa produrre *ex se* l'automatico trascinarsi della disciplina legale prevista per quello obbligatorio. Ne viene la necessità di un'attenta ricognizione dei poteri dei sindaci, diremmo «opzionali», funzionale agli interessi da essi tutelati.

Postulata la diversità (ontologica) degli interessi garantiti e delle funzioni espletate dai due esercenti il controllo endo-societario, nonché dei poteri loro attribuiti dalla legge (83), c'è da ritenere che il di-

#### Note:

(77) Esclude ogni distinguo circa la compresenza dell'organo sindacale, Trib. Milano, 8 luglio 2005, in *www.judicium.org*.

(78) Oltre al richiamo delle soglie di obbligatorietà in funzione di un criterio tipicamente dimensionale (art. 2435 bis), la doverosità dell'istituzione promana anche da leggi speciali, come nel caso di s.r.l. holding tenuta alla redazione del bilancio consolidato di gruppo, ex art. 41, comma 3, D.Lgs. n. 127/1991 o alla s.r.l. sportiva professionistica, ex art. 18, legge n. 91/1981.

(79) Per un riferimento bibliografico indicativo, segnaliamo Cagnasso, *Il ruolo del collegio sindacale nelle s.r.l. e nelle s.p.a.: profili di un confronto*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 346; Cavalli, *Il controllo legale dei conti nelle società a responsabilità limitata*, *idem*, 2003, I, 710 ss.; De Angelis, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 483 ss.

(80) Al collegio sindacale della s.r.l. compete il controllo contabile, salvo una diversa disposizione dell'atto costitutivo, nel senso della nomina di un revisore.

(81) Non sempre è praticabile l'automatica trasposizione di prescrizioni previste per la s.p.a., come per gli artt. 2397 e ss. in tema di nomina e sostituzione dei membri, 2403, comma 1 in tema di doveri del collegio, 2409 ter, comma 1, lett. a) e b) in tema di verifiche periodiche. Difetta una norma analoga all'art. 2388, comma 4 c.c. legittimante i sindaci di s.p.a. ad impugnare le deliberazioni consiliari non conformi alla legge o allo statuto. Carente, altresì, la regolamentazione espressa della responsabilità dei sindaci di s.r.l. Quanto all'art. 2407, ultimo capoverso, sebbene richiami gli artt. 2392, 2393 bis, 2394, 2394 bis e 2395 c.c. permane un'ingiustificata disparità di trattamento tra esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (attivabile individualmente) ed avverso i sindaci, onerata dalla previa deliberazione sociale (art. 2393 bis) con quorum qualificati.

(82) In termini di compatibilità, l'ambito della vigilanza dei sindaci ricomprendente ex art. 2403 anche l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il loro concreto funzionamento, potrà risultare incoerente con la tendenziale de-strutturazione della s.r.l., ancor più con la riduzione, fino all'abbandono, delle strutture propriamente corporativistiche. Inoltre, l'opzione amministrativa del sub-modello personalistico, pluri-soggettivo e non collegiale, rende disagevole il coordinamento intra-organico tra il collegio dei sindaci e singolo amministratore esercente i poteri disgiunti di amministrazione (art. 2257 c.c.).

(83) Rispetto a quello esercitato dai sindaci, il controllo del socio non gestore si caratterizza per essere eventuale, esercitato senza necessaria continuità, diretto, di rilevanza privata, operativamente condizionato dalla collaborazione degli organi sociali, di limitata portata ispettiva.

ritto soggettivo di controllo del socio non gestore, quale espressione e portato della costruzione «socio-centrica» della nuova società a responsabilità limitata, non possa trovare declassamento in caso di compresenza dell'organo di vigilanza a fronte dell'applicazione indifferenziata della disciplina azionaria, in virtù di un rinvio *omnibus* dell'art. 2477, ult. comma c.c.

D'altro canto, dare per scontata una relazione sinergica tra i due controllori in ossequio ad un generale dovere di collaborazione (84) sembra soluzione sbrigativa e non realistica, che sottovaluta il problema della compresenza, salvo sacrificare il diritto (di controllo) individuale del socio.

Ragion per cui la reale portata del diritto *de quo*

non potrà che trovare modulazione in funzione dei connotati della società empirica, se tipicamente personalistica, o di foggia corporativistica, dello specifico assetto di *governance* adottato, elementare o invece strutturato e, nella seconda ipotesi, in ragione della presenza di un collegio sindacale, distinguendosi e soppesandosi la circostanza che risulti obbligatorio, ovvero istituito per scelta e convenienza della compagine sociale.

**Nota:**

(84) In effetti sancito in capo agli amministratori nei confronti dei soci e, transitivamente, attribuibile anche al collegio sindacale ed al revisore.

**RIVISTE**

**I Contratti**

*Mensile di dottrina e giurisprudenza*

**Direzione scientifica:** Umberto Breccia, Ugo Carnevalli, Giovanni D'Amico, Francesco Macario, Claudio Scognamiglio  
**Comitato di redazione:** Christian Romeo

La Rivista, dedicata alle tematiche della **contrattualistica nazionale ed internazionale** e dell'**arbitrato**, offre una risposta completa alla sempre più diffusa esigenza di informazione, attraverso commenti alla **giurisprudenza** più recente, contributi di **dottrina** sulle principali questioni di interesse per il professionista e analisi delle **novità normative**.

**NOVITÀ 2009**

- **Itinerari della giurisprudenza:** una rassegna ragionata d'autore sulla recente evoluzione giurisprudenziale di un singolo istituto.
- **Osservatorio di merito,** a cura di Vito Amendolagine: ogni mese un ampio e completo Osservatorio delle più importanti pronunce di merito in materia contrattuale.

Inoltre la Rivista è stata rinnovata attraverso:

- una **grafica innovativa** per copertina e interni;
- una **nuova impostazione del Sommario:**

per individuare con immediatezza i contributi d'interesse;

- una **nuova struttura** degli **Osservatori**: più agili, più ricchi, più semplici da consultare.
- la **tabella di sintesi degli orientamenti giurisprudenziali** (conformi e difformi);
- L'analisi dei **profilii fiscali** di ogni fattispecie contrattuale.

Il servizio on-line, riservato agli abbonati e consultabile all'indirizzo **www.lpsoa.it/Icontratti**, permette all'utente di accedere alla documentazione d'interesse e all'anteprima in formato pdf dell'ultimo fascicolo della Rivista.

**Periodicità:** mensile  
**Abbonamento annuale:** € 218,00

**Per Informazioni e acquisti**

- **Servizio Informazioni Commerciali** (tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente lpsoa di zona** ([www.lpsoa.it/agenzie](http://www.lpsoa.it/agenzie))
- **http://lpsoshop.lpsoa.it**

