

RENATO MANGANO

**IL POTERE DI INFORMAZIONE E D'ISPEZIONE DEL SOCIO DI S.R.L.
SPUNTI PER UN'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO**

SOMMARIO: 1. Avvertenza. – 2. La (ri-) scoperta della rilevanza della persona del socio e le tecniche più diffuse per attuarla. – 3. L'art. 2476, comma 2°, c.c. – 4. L'approccio in termini di *market failure*. Critica. – 5. L'approccio contrattualista ed il rischio di generare esternalità negative a danno della società e dei creditori sociali. – 6. L'approccio proprietario e la difficoltà a sistematizzare le prerogative che, come il diritto d'informazione e d'ispezione, spettano al socio in misura non proporzionale alla percentuale di partecipazione al capitale sociale. – 7. La tesi della *dual nature of the firm*. Un'occasione per riflettere. – 8. Alla ricerca di altre categorie gnoseologiche e di comportamento. – 9. La proposta di valorizzare il potere e la responsabilità del singolo quotista e di costruire su questo binomio un nuovo paradigma, che per comodità espositiva, potrebbe essere chiamato *networking*. – 10. Significato dell'operazione e conseguenze applicative per la materia in esame. – 11. Conclusioni

1. Avvertenza. – Le riflessioni che seguono mirano a dimostrare come il diritto d'informazione e d'ispezione del socio di s.r.l. non si lasci facilmente catalogare fra i diritti di *voice* e, viceversa, come esso consista in uno strumento di partecipazione responsabile alla vita della società, secondo un modello che - volendo anticipare le conclusioni del presente *paper* - non incontrerebbe precedenti, né nelle società di persone, né in quelle azionarie.

Il presente testo - elaborato con l'ausilio dell'analisi economica del diritto e finalizzato a mitigare la crescente litigiosità dei quotisti mediante

un'applicazione dell'economia del benessere - ha contenuto e forma di *work in progress*.

2. La (ri-) scoperta della rilevanza della persona del socio e le tecniche più diffuse per attuarla. – Nella cultura del diritto societario si va diffondendo sempre di più un ordine di idee riassumibile nell'imperativo - contenuto nel progetto di Riforma del diritto societario britannico (*Final Report of the English Company Law Review Steering Group*, URN 01/943) - "think small first", ovvero nell'idea - espressa in un passo della Relazione del nostro Guardasigilli (di accompagnamento alla riforma delle società di capitali e cooperative introdotta dai decreti legislativi del 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6) - di "offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità e che, imperniato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell'ambito del settore delle piccole e medie imprese".

Ogni riforma ha la sua storia ed i suoi contenuti. Sorvolando sul c.d. *Small business Act* di diritto europeo (COM(2008) 394, che il Parlamento italiano ha trasferito nella recentissima l. 11 novembre 2001, n. 180, recante "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese"), adottando il metodo della comparazione funzionale (Zweigert-Kötz) e tentando di compiere una ricognizione a carattere generalissimo, emerge con chiarezza come al fine di raggiungere gli obiettivi poc'anzi espressi i singoli legislatori nazionali procedano secondo percorsi tutto sommato omogenei e, più specificatamente, come essi: *a)* per un verso, si preoccupino di ridurre o addirittura di eliminare la soglia di capitale minimo obbligatorio; *b)* per altro verso, si sforzino di semplificare le regole di *governance* e di adottare un numero sempre maggiore di norme dispositive; *c)* infine e per altro verso

ancora, consentano di dotare o dotino il singolo socio di specifiche prerogative, da esercitarsi individualmente a prescindere dalla percentuale di partecipazione al capitale sociale.

a) Il primo orientamento consiste nel ridurre o addirittura eliminare la soglia di capitale minimo obbligatorio. Richiamando nozioni fin troppo note, i singoli legislatori nazionali – a seguito dei casi *Centros*, *Überseering* ed *Inspire Art* – si sono resi conto di come gli imprenditori europei siano alla continua ricerca di ordinamenti più “attraenti” e, soprattutto, di come in tale competizione essi prediligano quei sistemi come quello britannico, che consentono la costituzione di società senza capitale (arg., *a contrario*, dalla s. 763 del *Companies Act 2006*). Con la conseguenza che nell’arco di poco tempo si è assistito ad una stagione di riforme, nella quale – solo per citare qualche esempio – il legislatore francese e recentissimamente quello portoghese hanno previsto per la *société à responsabilité limitée* (SARL) e per la *sociedade por quotas* (anche unipersonale) che “le montant du capital ...est fixé [librement] par les statuts” (art. L223-2 del *Code de commerce*) e rispettivamente che “o montante do capital social é livremente fixado no contrato de sociedade” (art. 201 del *Código das Sociedades Comerciais*), il Parlamento europeo e quello tedesco consentono di costituire la *societas privata europaea* (SPE) o rispettivamente una *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* con un solo Euro di capitale (SPE e GmbH, § 5a GmbH-G), mentre altri ordinamenti dell’Unione hanno abbassato progressivamente la soglia minima necessaria per la costituzione delle società di capitali (così, per esempio, è avvenuto nell’ordinamento spagnolo, ove la *Ley de Sociedades de Capital* prevede che, con un capitale sociale minimo di 3000 Euro si possa costituire la *Sociedad de Responsabilidad Limitada* mentre, con un capitale

sociale minimo di Euro 3012, si possa costituire una forma di essa, semplificata negli adempimenti necessari per la costituzione e la gestione, denominata *Sociedad Limitada Nueva Empresa*).

b) Il secondo indirizzo consiste nella semplificazione della *governance* e nell'introduzione di regole di diritto dispositivo, ora secondo il modello più liberale *opt-in* (o delle *permissive rule*) – al fine di consentire alle parti di costruire il tipo empirico “su misura” – ora secondo quello più paternalistico *opt-out* (o delle *presuntive rules*) – al fine di permettere alle parti di scegliere fra una regolamentazione, che – come la precedente – è calibrata sul concreto assetto degli interessi ed una disciplina di *default* (Cheffins)

c) Il terzo orientamento consiste, infine, nel consentire alle parti di dotare i singoli soci di particolari prerogative individuali, come si ricava per esempio dall'art. 2468, comma 3°, c.c., ovvero nel costituirle di diritto, come avviene tra l'altro nel caso dell'art. 2476, comma 3° c.c., ovvero ancora nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2476, comma 2°, c.c.: della quale ultima – unicamente – ci si intende occupare.

3. L'art. 2476, comma 2°, c.c. – L'art. 2476 c.c., comma 2°, c.c. prevede che “i soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione”. Essa, per altro, non ha precedenti, dal momento che l'art. 2489 c.c., oggi abrogato, prevedeva che “nelle società in cui non esiste il collegio sindacale, ciascun socio ha diritto di avere dagli amministratori notizia dello svolgimento degli affari sociali e di consultare i

libri sociali”, né conosce confronti, dal momento che, in materia di s.p.a. e comunque sulla stessa lunghezza d’onda di quanto stabilito dal legislatore del 1942, l’art. 2422 c.c. stabilisce che i soci hanno diritto di esaminare i libri dei soci e delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee e di ottenerne estratti a proprie spese. Con la conseguenza che il quotista post-riforma, rispetto a quanto era previsto dall’abrogato art. 2489 c.c., vanta sempre e comunque (e quindi a prescindere dall’esistenza del collegio sindacale), il diritto di cui di cui si discute, mentre rispetto all’azionista, ha una prerogativa che attribuisce, non solo *a)* un diritto d’ispezione sui libri sociali, ma anche – molto probabilmente sotto l’influenza, sostanziale, del § 51 del *GmbH-G* tedesco e dell’Art. 802 del *OR* svizzero e, formale, dell’art. 2261 c.c. – un potere di: *b)* ispezionare gli altri documenti relativi all’amministrazione; *c)* farsi assistere, in questa attività, da un professionista di propria fiducia; *d)* chiedere notizie sullo svolgimento degli affari sociali (art. 2476, comma 2°, c.c.).

La norma – comprensibilmente, ma non necessariamente a ragione – è al centro di un acceso dibattito, tanto più – si fa rilevare (Weigmann) – che nella maggior parte dei casi l’esercizio del potere ispettivo è il primo passo verso l’esperimento di un’azione risarcitoria: la quale, nella s.r.l. compete al singolo socio (art. 2476, comma 3°, c.c.). Mentre la giurisprudenza, in quelle poche decisioni rese in sede di applicazione dell’art. 2476, comma 2°, c.c., appare propensa ad estendere alla s.r.l. i propri orientamenti maturati in sede di applicazione dell’art. 2422 c.c. e, di conseguenza, a ritenere che il socio avrebbe un potere tendenzialmente illimitato di avere notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare i documenti della società, fatto salvo il dovere generale del socio di agire secondo correttezza e buona fede ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c. e, in alcuni casi, il diritto/dovere

dell'amministratore di mantenere il segreto d'ufficio negli affari, oggi si direbbe più "sensibili", della persona giuridica (Trib. Novara (ord.), 21 dicembre 2009; Trib. Roma, 9 luglio 2009; Trib. Taranto, 13 luglio 2007; Trib. Bologna (ord.), 6 dicembre 2006; Trib. Ivrea, 4 luglio 2005).

4. L'approccio in termini di *market failure*. Critica. – Ma, viene da chiedersi, quale è il fondamento del potere di informazione e di ispezione del socio? E, poi e ancora, esiste una differenza di funzioni fra il diritto di cui all'art. 2422 c.c. e quello contenuto nell'art. 2476, comma 2°, c.c.? I primi studiosi che hanno avuto occasione di misurarsi con l'art. 2422 c.c. o con disposizioni funzionalmente equivalenti hanno affermato che il diritto del socio ad essere informato sui fatti concernenti la società sarebbe un diritto soggettivo che scaturisce dal contratto sociale (Foschini; e, con riferimento al § 51a *GmbHG*, K. Schmidt) e ancora che il socio "ha diritto e necessità di essere messo al corrente in quale modo e con quali risultati si svolga in concreto la gestione sociale" (Foschini) e, infine, che a fronte di esso gli amministratori ed i sindaci avrebbero un obbligo giuridico di fornire le informazioni richieste (Foschini), fatti salvi i limiti di cui si è detto.

Nessuno di questi autori, a quanto risulta, ha mai fatto riferimento alle categorie di *L & E*, vuoi per ovvie ragioni cronologiche (Foschini), vuoi per precisa scelta di metodo (K.Schmidt). Tuttavia, tentando di rileggere le pagine poc'anzi citate alla luce della più moderna letteratura di analisi economica, emerge con chiarezza come ad avviso degli studiosi poc'anzi citati il socio dovrebbe conoscere tutto quanto accade all'interno della società sulla base del contratto sociale, della sua esecuzione e quindi delle sue relazioni con gli altri protagonisti della intrapresa e pertanto come – per l'ipotesi in cui la fisiologia di tali meccanismi fallisca – lo stesso dovrebbe

esercitare il diritto in parola: come dire che – secondo una simile prospettiva – il diritto del socio all’informazione sarebbe un rimedio contro uno dei tanti casi di *market failure*.

Tale interpretazione, però, non ha riscosso particolare successo. Ciò, non solo perché chi ha studiato sul versante teorico-generale la categoria del diritto soggettivo ha dimostrato come la tesi secondo la quale tale situazione soggettiva si fonderebbe sul potere incondizionato del titolare (Hart e la c.d. *Will theory*) avrebbe ceduto il passo ad un’altra concezione secondo la quale il baricentro della disciplina risiederebbe nella sua *ratio* (Raz e la c.d. *Interest theory*); ma anche perché – così facendo – i fautori della tesi del *market failure* finiscono con l’esaltare eccessivamente la dimensione individuale del socio senza tenere conto del fatto che l’iniziativa del singolo confluisce e si stempera in un’attività organizzata.

5. L’approccio contrattualista ed il rischio di generare esternalità negative a danno della società e dei creditori sociali. – In effetti, per lo meno sul versante societario, gli studiosi di *L & E* sembrano aver preso le distanze dai modelli secondo i quali il diritto servirebbe a superare un problema di *market failure* per coltivare altri approcci, come quello espresso dalla c.d. *nexus of contracts theory*, secondo la quale la società si comporterebbe – sul piano funzionale – come se fosse un reticolo di relazioni contrattuali esistenti fra tutti i protagonisti dell’impresa, soci e non (*stakeholders*), mentre il singolo *shareholder* avrebbe ritrovato la sua dignità nel ruolo di soggetto sul quale ricadono le conseguenze finali della gestione (*residual claimant*).

Il legislatore della novella ha attinto senz’altro a questo filo di pensiero, come si ricava dalla *Relazione*, ove si legge che la riforma “intende offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed

accentuata elasticità” che risulti “imperniato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali”.

Tanto detto, resta da chiedersi però consenta di spiegare pure la prerogativa in esame. Come si sa, di fronte ad un simile interrogativo una parte della dottrina fornisce una risposta affermativa, sostenendo che – attraverso la previsione contenuta nell’art. 2476, comma 2°, c.c. – il legislatore avrebbe voluto fornire al socio uno strumento di scambio, destinato alla negoziazione. La tesi coglie certamente un profilo interessante della materia, dal momento che nella pratica quotidiana della s.r.l. i soci si fanno reciproche concessioni con la conseguenza che, dopo la riforma, essi potrebbero negoziare anche la minaccia o l’esercizio del potere di informazione e di ispezione (Perrino). Sennonché, coerenza vorrebbe che chi propone di leggere la prerogativa di cui all’art. 2476, comma 2°, c.c. alla luce della *nexus of contracts theory* ritenesse altresì che le parti possano escludere consensualmente la prerogativa medesima: come in effetti è stato proposto (Abriani); ma come è stato ampiamente criticato (Angelici). Tanto più, si potrebbe aggiungere, che in una società come la s.r.l., nella quale i soci sono limitatamente responsabili e la legge non prevede, almeno testualmente, un’azione di responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori (per *mala gestio*, s’intende), la tesi secondo la quale l’art. 2476, comma 2°, c.c. conterrebbe una norma dispositiva potrebbe determinare delle vere e proprie esternalità negative in capo a chi ha finanziato l’impresa.

6. L’approccio proprietario e la difficoltà a sistematizzare le prerogative che, come il diritto d’informazione e d’ispezione, spettano al socio in misura non proporzionale alla percentuale di partecipazione al capitale sociale. – Secondo un’altra corrente di analisi economica del diritto – forse meno nota, ma non per questo meno autorevole – la *nexus of contracts*

theory consentirebbe di sistematizzare la *governance* nelle grandi società azionarie, le quali si caratterizzano per elevati costi di agenzia e, nel caso in cui siano quotate in borsa, per la presenza di incentivi o, a seconda dei casi, deterrenti reputazionali; mentre lo stesso approccio risulterebbe molto meno conducente nelle società di piccole e medie dimensioni. Sempre secondo questa impostazione, invece, per spiegare la *governance* di una società, che come la s.r.l. di diritto italiano, ha carattere chiuso e nella quale gli amministratori sono normalmente anche soci, si suggerirebbe di adottare un approccio di tipo proprietario, in base al quale l'analisi sarebbe svolta attraverso ed in funzione del diritto di proprietà, inteso nel senso più ampio del termine, che il socio avrebbe sul patrimonio sociale.

L'approccio conosce, a sua volta, molteplici varianti, e tra questi la più nota è stata utilizzata per spiegare i fenomeni di separazione patrimoniale, l'autonomia patrimoniale delle società non personificate ed il fenomeno della personalità giuridica (Hansmann-Kraakmann). Come si ricava dalla letteratura di *L & E*, sarebbe erroneo ritenere però che l'approccio proprietario si esaurisse nelle tesi che spiegano il c.d. *defensive asset partitioning*. A ben vedere, infatti, secondo un'altra variante del medesimo approccio, l'interprete potrebbe utilizzare l'impostazione proprietaria per spiegare l'organizzazione delle società chiuse e potrebbe spiegare e coordinare i rapporti fra i soci, sia in senso orizzontale, come accade tutte le volte in cui gli stessi prendono delle decisioni all'unanimità, sia in senso verticale, come accade quando entra in gioco il principio maggioritario e si verifica una situazione tale per cui - sul piano funzionale - è come se la minoranza delegasse la maggioranza di decidere anche per sé (Armour).

La prospettiva sembra accattivante. Se non andiamo errati, tuttavia, essa, nella misura in cui poggia sul rapporto *lato sensu* dominicale che il socio

ha con il capitale, può rendere un buon servizio fin tanto che si tratta di sistematizzare quei poteri che, come il diritto di voto, il diritto d'opzione, il diritto agli utili e così via dicendo, spettano (normalmente; cfr. art. 2468, comma 2°, c.c.) in proporzione alla percentuale di capitale sottoscritto; viceversa, la medesima tesi non consentirebbe di sistematizzare anche quelle prerogative che, come il diritto del quale ci stiamo occupando, competono al socio indipendentemente dalla misura della quota sottoscritta. A meno che non si ritenga che, di fronte ad una simile evenienza, il singolo quotista non sia *agent* degli altri soci: la qual cosa consentirebbe, sì, di sottolineare il pericolo che il singolo possa abusare del proprio potere, ma non permetterebbe anche di sistematizzare il relativo rimedio. Ma di questo si avrà modo di scrivere appresso (§§ 7-9).

7. La tesi della “dual nature of the firm”. Un'occasione per riflettere.

– Un autorevole studioso statunitense ha osservato, d'altra parte, come la *nexus of contracts theory* consentirebbe di spiegare soltanto alcuni aspetti del diritto societario e, più specificatamente, come essa consentirebbe di sistematizzare soltanto le norme aventi carattere dispositivo; mentre il medesimo autore ha affermato come la stessa non consenta anche di sistematizzarne i profili proprietari e organizzativi (Eisenberg). Lo stesso studioso ha aggiunto, per altro, come l'interprete non potrebbe nemmeno combinare le due teorie secondo un ipotetico modello in forza del quale la *nexus of contracts theory* risulterebbe arricchita con quella dimensione proprietaria di cui si è detto, dal momento che l'idea del contratto, e della libertà contrattuale ad essa correlata, risulterebbe incompatibile con il profilo organizzativo e la sua natura inderogabile (Eisenberg).

La critica risulta particolarmente penetrante. Basta continuare a leggere il saggio dal quale si cita per rendersi conto per altro come la *nexus of contracts theory* non sarebbe nemmeno compatibile con l'idea di responsabilizzare il socio della propria condotta e – si potrebbe aggiungere – come essa non risulterebbe nemmeno in grado di sistematizzare un atteggiamento della giurisprudenza italiana, e non solo (si pensi all'esperienza tedesca delle *Treubindungen*), in forza del quale il socio dovrebbe esercitare il proprio diritto di informazione e d'ispezione rispettando il canone della buona fede (Trib. Novara (ord.), 21 dicembre 2009; Trib. Roma, 9 luglio 2009; Trib. Taranto, 13 luglio 2007; Trib. Bologna (ord.), 6 dicembre 2006; Trib. Ivrea, 4 luglio 2005).

8. Alla ricerca di altre categorie gnoseologiche e di comportamento. –

Tanto detto, sembrerebbe che chi volesse utilizzare le due chiavi di lettura prima citate rischierebbe di essere accusato di un certo apriorismo, nella misura in cui tenterebbe di utilizzare due modelli di analisi senza averne verificato prima la compatibilità con la nuova s.r.l.; e, più specificatamente, pretenderebbe di utilizzare il *contract* (e la prospettiva della libertà contrattuale in esso contenuta) senza tener conto del fatto che – soprattutto nelle società non quotate, ove non esiste l'incentivo o, rispettivamente, il deterrente reputazionale – la *nexus of contracts theory* condurrebbe ad una negoziabilità senza limiti; ovvero pretenderebbe di utilizzare il *property right* senza tener conto del fatto che il diritto di informazione e d'ispezione spetta al socio indipendentemente dalla misura della sua quota di partecipazione al capitale sociale. E sembrerebbe, soprattutto, che la situazione possa cambiare euristicamente in meglio qualora l'interprete faccia un passo indietro, prenda

atto della circostanza che il legislatore della novella ha voluto valorizzare la persona del socio e – in pari tempo – la ha responsabilizzata.

Il discorso, come si comprende, diviene estremamente delicato. Procedendo sempre per grandissime linee preme rilevare, per altro, come tanto più un ordinamento esalta la rilevanza della persona del socio, quanto più si deve preoccupare di introdurre un sistema di contromisure volte a responsabilizzare l'azione del singolo socio secondo il modello costituzionale statunitense del controllo reciproco (o dei *checks and balances*, e cioè dei controlli e dei contrappesi) o – forse più correttamente – secondo l'idea ordoliberalista del binomio potere-responsabilità (*Macht und Haftung*). Sotto questo profilo, l'esperienza comparatistica si rivela di grande aiuto nella misura in cui dimostra come quanto più si attenua l'astrazione corporativa e quanto più si attribuisce rilevanza alla struttura reale di una società, tanto più si avverte l'esigenza di trovare una misura che regoli l'esercizio dei diritti dei singoli soci. Così, per esempio, avviene nell'ordinamento statunitense, ove la giurisprudenza di quasi tutti gli Stati dell'Unione afferma che gli amministratori delle società chiuse hanno dei doveri fiduciari particolarmente pregnanti nei confronti della società; la maggioranza dei soci ha un dovere di lealtà nei confronti della minoranza; e, soprattutto, che – alla stessa stregua di quanto si registra nelle società di persone – i soci, in quanto soci, hanno un dovere di massima correttezza e di massima lealtà (*utmost good faith and loyalty*) l'uno nei confronti dell'altro: il quale funge da regola di chiusura del sistema e – all'insegna di una nozione solidaristica di *affectio societatis* – per un verso, opera come una causa di sospensione dell'efficacia delle pretese già codificate, e, per altro verso, fornisce una giustificazione per il riconoscimento di un'azione risarcitoria verso gli amministratori, la società o gli altri con-soci (Siegel). Così accade nell'ordinamento tedesco, ove gli

studiosi hanno elaborato la categoria della *Mitgliederschaft-Treubindung* (Lutter) ed il *Bundesgerichtshof* ha statuito che “la legge impone agli azionisti un obbligo reciproco di rispetto e di lealtà” e poi e soprattutto che “se un socio ha intenzionalmente (*vorsätzlich*) violato i suoi obblighi fiduciari nei confronti degli altri soci è responsabile dei danni causati alla società ed ai soci” (caso *Linotype*, BGH 1° febbraio 1988). E così avviene pure nell’ordinamento italiano, ove la dottrina e la giurisprudenza affermano che il quotista, nell’esercizio del potere di cui all’art. 2476, comma 2°, c.c., deve rispettare il canone di buona fede (Zanarone, e in giurisprudenza: Trib. Novara (ord.), 21 dicembre 2009; Trib. Roma, 9 luglio 2009; Trib. Taranto, 13 luglio 2007; Trib. Bologna (ord.), 6 dicembre 2006; Trib. Ivrea, 4 luglio 2005) e ove l’art. 2476, comma 7°, c.c. stabilisce che “sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori ... i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi”.

9. La proposta di valorizzare il potere e la responsabilità del singolo quotista e di costruire su questo binomio un nuovo paradigma che, per comodità espositiva, potrebbe essere chiamato *networking*. – Ma ritorniamo all’art. 2476, comma 2°, c.c. Se si accettano le considerazioni sopra esposte, si potrebbe ritenere – con l’ausilio di una metafora tratta dalla teoria del negozio giuridico – che il diritto di informazione e di ispezione costituirebbe non già un *naturale*, bensì un *essentiale negotii*. E poi e ancora – questa volta sulla scia di uno studioso tedesco (Immenga) – che il legislatore della novella, per un verso, ha attribuito il potere di gestione (prevalentemente) agli amministratori e, per altro verso, ha rinunciato a replicare la disciplina contenuta nell’art. 2409 c.c. e contestualmente ha decentralizzato il controllo distribuendolo fra un *organo*, facoltativo, ad esso

preposto (il collegio dei sindaci e, oggi, il sindaco) ed un *networking* di soci o, per dirla in altri termini, fra un *ufficio*, facoltativo, creato appositamente per espletare istituzionalmente la funzione del controllo, ed un'*attività spontanea* di tanti soggetti: i quali, agendo per il proprio tornaconto personale, finiscono - di fatto - per svolgere lo stesso compito di supervisione.

L'analisi dovrà essere ulteriormente sviluppata. Se si accetta l'ordine di idee appena esposto, non sarà difficile comprendere però che, per affrontare correttamente l'esegesi dell'art. 2476, comma 2°, c.c., l'interprete dovrebbe abbandonare quella visione utilitaristica che - sia pure in modo diverso - caratterizza sia la *nexus of contracts theory* che l'approccio proprietario precedentemente citato e, tutt'al contrario, dovrà migrare verso i lidi della c.d. economia del benessere; e, poi e ancora, dovrà collocarsi nella prospettiva della società e chiedersi *se e quando* il singolo quotista, che esercita il diritto di informazione e di ispezione, concorre a massimizzare il benessere collettivo e, viceversa, *se e quando* lo stesso agisce per il proprio tornaconto personale: con il risultato, ulteriore, che, nel primo caso, la sua richiesta risulterà legittima e potrà godere di *enforcement*; nel secondo, sarà illegittima, non potrà essere accolta e, a seconda dei casi, potrebbe perfino costituire un fatto giuridico, generatore di responsabilità per il socio istante (art. 2476, comma 7°, c.c.).

Ma che significa *se e quando*? Al di fuori della materia in esame, un sociologo ed economista italiano (Pareto) ha affermato che una società (nel senso sociologico del termine) avrebbe raggiunto una situazione di ottimalità quando non sarebbe possibile migliorare la posizione di un individuo senza peggiorare quella di un altro, con la conseguenza che - applicando la teoria in esame alla materia societaria - si arriverebbe alla conclusione secondo la quale ciascun socio potrebbe fare valere il suo diritto di informazione e di

ispezione, danneggiare gli altri consoci, salvo poi adoperarsi per ristabilire l'equilibrio; con il rischio che, qualora ciò non accada, altri potrebbero avanzare delle recriminazioni.

Tale tesi, però, non persuade, dal momento che – qualora venisse applicata alla s.r.l. – per lo meno in alcuni casi finirebbe per giustificare quel clima di litigiosità che si vuole evitare. Sotto questo profilo, sembrerebbe preferibile invece accontentarsi del c.d. ottimo potenzialmente paretiano (Kaldor-Hicks), ammettere che l'esercizio del diritto possa determinare sia vantaggi che svantaggi e ritenere che il quotista sia legittimato ad agire ai sensi dell'art. 2476, comma 2°, c.c. soltanto se e nella misura in cui un ipotetico terzo osservatore possa ragionevolmente prevedere che un'eventuale ottemperanza dell'amministratore (alla richiesta medesima) possa produrre, alla società nel suo complesso, più vantaggi che svantaggi.

10. Significato dell'operazione e conseguenze applicative per la materia in esame. – L'analisi condotta nelle pagine precedenti dimostra come, per comprendere il contenuto della norma in esame, l'interprete non debba richiamare le disposizioni equivalenti, dettate in materia di società di persone o di s.p.a., ma – ben diversamente – debba volgere lo sguardo alla struttura della s.r.l. e, soprattutto, debba riflettere sulla sua natura socio-relazionale. A ben vedere, infatti, se si accetta l'idea secondo la quale la nuova società a rischio limitato è una struttura di capitali a rilevanza personale e soprattutto se si ritiene che, in essa, i soci concorrono a realizzare l'oggetto sociale secondo un modello diverso, tanto da quello delle società di persone (in cui ciascun socio – basti pensare all'art. 2252 c.c. – mantiene una dimensione fortemente individualistica) che da quello delle s.p.a. (nella quale la persona del socio si stempera nella dimensione corporativa), si deve

ritenere che il potere indicato all'art. 2476, comma 2°, c.c., pur partecipando in senso lato delle funzioni di controllo e di "difesa" tipiche delle prerogative codificate agli artt. 2261 c.c. e 2422 c.c., non può essere ridotto né ad una forma di controllo in senso tecnico (inteso, come si diceva, in termini di *contre-rôle*) – tanto è vero che, anche in caso di nomina del collegio sindacale, il socio non perde tale prerogativa – né ad un potere di *voice*, caratteristico delle organizzazioni corporative; e si deve ritenere, piuttosto, che esso consista in uno strumento mediante il quale il singolo quotista entra in quella dimensione socio-relazionale di cui si è parlato o, più semplicemente, partecipa alla vita della società.

Quest'ultima affermazione – come si intuisce – non ha carattere puramente teorico, ma è foriera di importanti conseguenze applicative. Sotto questo profilo, anzi, proiettando i risultati dell'indagine sul piano delle applicazioni concrete, preme sottolineare che: il socio, che intende giovare del potere di cui all'art. 2476, comma, 2°, c.c., non solo deve formulare la sua richiesta in maniera puntuale e circoscritta, ma deve provare altresì di avere un *interesse concreto* alla conoscenza dei dati richiesti; il socio che esercita il potere di cui all'art. 2476, comma, 2°, c.c. contribuisce a definire la politica sociale, con la conseguenza che – a seconda delle circostanze – può essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2476, comma 7°, c.c.; gli amministratori possono rifiutarsi di adempiere, innanzi tutto, quando ritengono che il citato interesse non sussista, in secondo luogo, quando la salvaguardia di altri interessi, egualmente meritevoli di tutela (quali quello alla riservatezza e così via), vi si opponga, purché – e qui sta la differenza con la posizione assunta dalla giurisprudenza – i gestori siano in grado di dimostrare che questi ultimi interessi, alla luce di un'analisi costi-benefici, prevalgano sulle ragioni del socio istante. E ciò al fine di evitare situazioni

paradossali, come quella di un amministratore che non accolga la richiesta di informazione di un socio che detenga una partecipazione pari al 95 % del capitale sociale, facendo valere il proprio dovere di mantenere il segreto d'ufficio.

11. Conclusioni. – Ci rendiamo perfettamente conto che le considerazioni svolte in queste pagine meriterebbero di essere ulteriormente approfondite e che, allo stato della dimostrazione, taluni passaggi argomentativi possono apparire perfino apodittici. Cercando di sintetizzare i punti più salienti della tesi che si intende patrocinare, preme mettere in evidenza come:

- il diritto di informazione e di ispezione del socio di s.r.l. consisterebbe in uno strumento di partecipazione responsabile alla vita della società, secondo un modello che non incontrerebbe precedenti, né nelle società di persone, né in quelle di capitali;

- tale prerogativa troverebbe la propria giustificazione, non già nell'ennesimo caso di *market failure* e nel conseguente intervento correttivo dell'ordinamento, né nella *nexus of contracts theory*, né in quella visione proprietaria delle società chiuse secondo la quale i soci sarebbero comproprietari di un bene comune, bensì nell'idea - delineata nel testo - secondo la quale la nuova disciplina della s.r.l. asseconderebbe un sistema spontaneo di *governance* fondato sulla coppia ordo-liberale potere-responsabilità (*networking*), in forza del quale ciascun socio sarebbe, in pari tempo, misura e limite di ogni iniziativa sociale;

- il socio vedrebbe la sua prerogativa affievolirsi quando tutti i protagonisti della vicenda societaria hanno raggiunto una situazione di ottimalità *à la* Kaldor-Hicks tale per cui chi intenda esercitare il diritto di

ispezione e di informazione danneggerebbe il benessere collettivo o, nell'ipotesi ancora più grave dell'abuso da parte del socio del diritto di informazione, quando chi intenda agire creerebbe delle esternalità negative: con la conseguenza che – sempre secondo quest'ultima prospettiva, volta a mitigare la litigiosità fra i soci – il quotista sarebbe legittimato ad agire ai sensi dell'art. 2476, comma 2°, c.c. soltanto se e nella misura in cui un ipotetico terzo osservatore possa ragionevolmente prevedere che un'eventuale ottemperanza dell'amministratore (alla richiesta medesima) possa produrre, alla società nel suo complesso, più vantaggi che svantaggi;

– il socio non potrebbe rinunciare *ex ante* alla sua prerogativa (come, per altro, è espressamente previsto nell'ordinamento tedesco (cfr. § 51 a *GmbH-G*), mentre potrebbe disporne entro un perimetro circoscritto fra il momento in cui il diritto è divenuto concretamente esperibile e l'istante in cui ne ha chiesto l'*enforcement*, secondo una logica non molto dissimile da quella attuata, in materia di prescrizione, dall'art. 2937, comma 2°, c.c.