

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea in Giurisprudenza



Il Potere di Rappresentanza degli Amministratori di S.p.A.

Relatore: Chiar.mo Prof. Alberto TOFFOLETTO

Correlatore: Dott.ssa Alessandra STABILINI

Gianluigi Musso, Matr. 716824

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

*La libertà dell'individuo deve
essere limitata solo fino a
questo punto: che egli non deve
rendersi una seccatura per gli altri.*

John Stuart Mill

Premessa

L'istituto che qui ci si impegna a descrivere, costituisce una forma speciale della rappresentanza generale che, – quest'ultima – anche una matricola e non solo, conosce. La rappresentanza, in generale, è il potere di porre in essere un atto in nome e per conto del rappresentato; quella oggetto di questo studio, rappresenta una forma speciale, poiché le norme che la disciplinano non sono rivolte a due parti *qualsiasi* – il rappresentante ed il rappresentato – ma riguardano l'amministratore di società che è titolare anche del potere di rappresentanza e la società stessa che egli è incaricato di gestire.

Tentando di spiegare sommariamente al profano le caratteristiche principali di tale disciplina, incorro spesso in reazioni sgomentate, critiche, incomprensioni che non sempre, forse per mia incapacità, riesco a placare. Mi viene spesso chiesto chi possa aver approvato delle leggi simili e, rispondendo che è l'Unione Europea ad averle imposte, tutta la fiducia che il profano aveva fino a quel momento nelle istituzioni comunitarie pare scemare. Fortunatamente, anche i Commentatori hanno riscontrato tale reazione, non solo del profano: in particolare, in un suo famoso articolo, un affermato professionista di cultura italo-elvetica come il Dott. Alemagna afferma che la disciplina del potere di rappresentanza “è essenzialmente rivolta alla tutela dell'affidamento dei terzi che con la società contraggono e ciò nell'interesse della sicurezza degli scambi commerciali. Solo se si parte da tale punto di vista si è in grado di cogliere il perché delle norme che ci accingiamo ad illustrare che, di *prima facie*, possono sembrare sconcertanti”.

L'errore che probabilmente commetto nel tentare di spiegare le ragioni del legislatore, quanto meno nei principi, è questo: non partire dal presupposto che tutto ruota attorno al contemperamento degli interessi del terzo che contratta con la società con gli interessi del mercato, della sicurezza e della certezza dei traffici. Come

è possibile, in effetti, pretendere di spiegare al profano, e forse anche allo studente di discipline giuridiche che non è ancora incorso nell'analisi di tale istituto, perché, ad esempio, la società non può, per legge limitare il potere generale di rappresentanza del suo amministratore? Oppure, perché non è palese che l'atto posto in essere dal rappresentante che viola le leggi – civili – è nullo? Come è possibile che l'atto, posto in essere dal rappresentante di una società edile, col quale si acquista, a spese dell'ente, un elicottero, un'automobile, o una partita di trecento racchette da tennis, difficilmente, potrà dichiararsi invalido?

Di primo acchito, infatti, tali ipotesi, secondo un ragionamento – solo superficialmente ragionevole – dovrebbero tutte avere una disciplina opposta a quella che in realtà le caratterizza. Tuttavia, il diritto e le sue soluzioni, si rifanno sempre al buon senso e alla logica e se, come il Dott. Alemagna suggerisce, si parte dal presupposto che anche il terzo ha degli interessi, che il terzo non può conoscere con certezza l'oggetto sociale dell'ente che l'amministratore rappresenta né tantomeno la *quantità* di poteri di cui questi dispone, – anzi se ciò gli fosse imposto i traffici commerciali, su cui la nostra economia si fonda, avrebbero un tale freno da mettere in pericolo l'economia stessa – forse le ragioni del legislatore sembrerebbero più comprensibili.

Nonostante il suggerimento su come affrontarla, a questo punto della discussione, il profano che, per un aprioristico spirito polemico si era fino a quel momento identificato nelle ragioni del terzo o meglio, contro quelle delle società, cambia “cassacca”, si schiera cioè con *i ricchi imprenditori*, e si domanda come mai tutti i rischi debbano essere sopportati solo da loro.

La spiegazione, entrata nel vivo, si pasce necessariamente dei principi generali degli ordinamenti moderni, primo fra tutti il principio della tutela dell'affidamento nei negozi a titolo oneroso. Si deve entrare nello specifico, spiegando che l'amministratore disonesto è stato incaricato dalla società e che essa, e solo essa, deve *andarci di mezzo* per le azioni di questi. Ancora, l'amministratore sarà responsabile, dovrà risarcire i danni provocati dalle sue azioni, potrà essere denunciato e revocato dall'incarico. Infine, che se il terzo ha agito dolosamente per danneggiare la società, allora l'atto sarà potenzialmente invalido.

Ora, il mio interlocutore, visibilmente confuso e irritato, abbandona la discussione poco convinto. Scopo, forse velleitario, di tale scritto è quello di dare piena

comprensione, anche al più adirato e critico interlocutore, della *bontà* di quelle norme che “*prima facie* possono sembrare sconcertanti”, ma che in realtà, almeno nei principi e un po’ meno nell’attuazione, sono la più ragionevole soluzione ai conflitti di cui sopra.

Nel tentativo di descrivere tutti gli elementi di un imponente istituto quale quello della rappresentanza dell’amministratore di s.p.a. è d’obbligo il ringraziamento alla Dott.ssa Alessandra Stabilini ed ai suoi collaboratori, il Dott. Roberto Drisaldi, la Dott.ssa Giulia Mina e la Dott.ssa Eleonora Parrocchetti, che mi hanno sapientemente guidato e consigliato in questo appassionante percorso, al Prof. Alberto Toffoletto per avermi, con le sue lezioni del corso progredito di diritto commerciale, fatto “scoprire” ed appassionare ad una materia che fino al quinto anno avevo “ignorato”. Un ringraziamento anche a Caterina per la preziosissima collaborazione nell’utilizzo del programma di scrittura e infine un ringraziamento a mia madre, insegnante di lettere, profana del diritto, che con i suoi consigli ha reso tale scritto più leggibile di quanto io potessi fare.

Milano, li 31 agosto 2011

Indice

Premessa	iii
I Origini storiche e percorsi legislativi	1
1 Evoluzione storica	3
1.1 Il testo originario	3
1.2 Il d.p.r. n. 1127 del 1969	5
1.3 La novella del 2003	8
II La rappresentanza	11
2 La rappresentanza nelle società di persone, nella società a responsabilità limitata, nelle cooperative, nei consorzi, nelle associazioni, nelle fondazioni e nei comitati	13
2.1 Le società di persone	14
2.2 La società a responsabilità limitata	16
2.3 Le cooperative e i consorzi	19
2.4 Le associazioni e le fondazioni	21
2.5 Le associazioni non riconosciute e i comitati	25
3 Fonte della rappresentanza	29
3.1 Il rapporto tra il diritto comune e il diritto speciale delle società per azioni	29
3.2 La natura “volontaria” o “legale” della rappresentanza	39

3.3	Il problema della titolarità del potere di rappresentanza in caso di mancanza dell'indicazione nello statuto o nella nomina	43
3.4	Il problema dell'attribuzione del potere di rappresentanza dal consiglio di amministrazione senza un'apposita clausola in statuto	49
3.5	La mancata attribuzione del potere di rappresentanza	54
4	Potere di gestione e potere di rappresentanza: generalità, limiti e opponibilità	61
4.1	Il potere di gestione	62
4.1.1	L'indirizzo del legislatore della riforma e le novità in ordine al potere di gestione nella società per azioni	62
4.1.2	Il potere di gestione come potere originario in capo agli amministratori	66
4.1.3	Il potere di gestione	73
4.1.4	I limiti al potere di gestione	85
4.2	Il potere di rappresentanza	100
4.2.1	La generalità del potere di rappresentanza	100
4.2.2	Le invalidità relative alla nomina	106
4.2.3	I limiti legali al potere di rappresentanza	110
4.2.4	I limiti derivanti dall'oggetto sociale	120
4.2.4.1	Criteri "generalì"	126
4.2.4.2	Criteri "speciali"	134
4.2.5	I limiti statutari	147
4.2.6	I limiti derivanti da decisioni degli organi competenti	151
4.2.7	La ratifica	161
4.2.8	Gli stati soggettivi del terzo	166
5	Le rappresentanze	177
5.1	La rappresentanza congiuntiva	177
5.2	La rappresentanza vicaria	181
5.3	La rappresentanza dell'amministratore delegato	184
5.4	La rappresentanza cambiaria	187
5.5	La rappresentanza processuale	191

5.6	La procura generale	198
6	Il conflitto di interessi del rappresentante	205
6.1	Il conflitto di interessi dell'amministratore: le fattispecie	205
6.2	Le norme che disciplinano le ipotesi <i>de quibus</i>	208
6.2.1	Gli artt. 1394 e 1395 del codice civile	210
6.2.2	Il campo di applicazione dell'art. 2391 del codice civile	216
6.3	L'opponibilità al terzo del conflitto di interessi del rappresentante	219
	Riflessioni	227
	Bibliografia	231
	Giurisprudenza	237
	Riferimenti Normativi	239

Parte I

Origini storiche e percorsi legislativi

Capitolo 1

Evoluzione storica

Indice

1.1	Il testo originario	3
1.2	Il d.p.r. n. 1127 del 1969	5
1.3	La novella del 2003	8

1.1 Il testo originario

Dal momento che l'istituto della rappresentanza dell'amministratore di società di capitali ha subito, dal '42 ad oggi, delle importanti modifiche sostanziali ritengo che sia necessario ripercorrere per cenni l'iter legislativo che ha caratterizzato le norme in questione.

L'attuale articolo 2384 del codice civile¹ è il prodotto di una evoluzione normativa che è passata dal privilegiare gli interessi dell'ente a garantire maggiormente quelli dei terzi, con una progressiva erosione delle limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori, nonché della opponibilità ai terzi delle stesse.

¹Art. 2384 c.c. **Poteri di rappresentanza.** Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale.

Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

La disciplina della rappresentanza degli amministratori di società di capitali era definita dal combinato disposto dagli artt. 2384² e 2298.1³ c.c. che conferiva agli amministratori rappresentanti il potere di porre in essere tutti gli atti che rientravano nell'oggetto sociale, salvo eventuali limitazioni contenute nell'atto costitutivo o nella procura. Per quanto concerne il regime di opponibilità le suddette limitazioni erano opponibili, in ogni caso, se iscritte nei pubblici registri ovvero se i terzi ne erano comunque a conoscenza, caso in cui l'onere della prova era a carico della società.

Il rinvio alla disciplina della società in nome collettivo consentiva alla società di limitare discrezionalmente il contenuto del potere di rappresentanza, imponendo ai terzi l'onere di controllo e accertamento di questo potere.

Essendo questo il regime della rappresentanza è evidente come si privilegiasse l'interesse della società garantendole un maggiore controllo sull'azione amministrativa, mediante il diritto di limitazione preventiva della procura e con l'inefficacia dell'atto posto in essere dall'amministratore infedele nei confronti dell'ente⁴.

Si può concludere sul punto dicendo che l'oggetto sociale rappresentava il limite, convenzionabile o meno, che il codice del 1942 poneva al centro delle norme della rappresentanza per tutte le società⁵.

Questo sistema entrò in crisi col passare degli anni in quanto il principio di conformità dell'atto all'oggetto sociale non riuscì a convincere a fondo in ordine ad un paio di temi.

Il primo era quello delle garanzie rilasciate dalla società, tema che tutt'ora non sembra essere stato risolto definitivamente. Se è vero che questi atti potevano non essere previsti dallo statuto e quindi superficialmente erano considerati eccedenti i poteri dei rappresentanti, è anche vero che sarebbe difficile considerarli aprioristicamente estranei all'attività della società.

²Art. 2384 c.c. 1942 **Poteri di rappresentanza**. Agli amministratori che hanno la rappresentanza della società si applicano le disposizioni dell'art. 2298.

³Art. 2298 c.c. **Rappresentanza della società**. L'amministratore che ha la rappresentanza della società può compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, salve le limitazioni che risultano dall'atto costitutivo o dalla procura. Le limitazioni non sono opponibili ai terzi, se non sono iscritte nel registro delle imprese o se non si prova che i terzi ne hanno avuto conoscenza.

⁴Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. not.*, II, 2004, 6, 1332.

⁵Così L. SALAMONE, *Oggetto sociale e poteri di rappresentanza dell'organo amministrativo*, in *Giur. comm.*, I, 2008, 1101.

Altro tema spinoso fu, ed è, quello del criterio necessario per valutare la conformità dell'atto all'oggetto sociale. In dottrina ci fu un grande dibattito al culmine del quale l'istituto della rappresentanza dovette confrontarsi con i modelli proposti da altri ordinamenti europei che prevedevano maggiori poteri per gli amministratori e di conseguenza una tutela più accentuata per i terzi che interagivano con la società⁶.

1.2 Il d.p.r. n. 1127 del 1969

La direttiva del Consiglio dei Ministri della CEE del 9 marzo 1968, n. 151, recepita nel nostro ordinamento con il d.p.r. 29 dicembre 1969, n. 127, ritoccò l'art. 2384 c.c. ed introdusse l'art. 2384-*bis* c.c., modificando in modo sostanziale la disciplina della rappresentanza nella società di capitali.

L'art. 2384 c.c.⁷ attribuiva agli amministratori la rappresentanza, sempre che questa gli fosse conferita, per tutti gli atti che rientravano nell'oggetto sociale e un regime di opponibilità che escludeva la possibilità di rendere inefficaci nei confronti della società le limitazioni che risultavano dallo statuto o dall'atto costitutivo, salvo l'*exceptio doli*.

L'introduzione dell'art. 2384-*bis* c.c.⁸, invece, sanciva l'inopponibilità dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale ai terzi in buona fede.

Per quanto concerne quest'ultima disposizione c'è da dire che la direttiva europea all'art. 9, n.1⁹ prevede che “gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la

⁶Così C. MALBERTI, *Commento sub art 2384 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L. A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2005, 172.

⁷Art. 2384 c.c. previgente **Poteri di rappresentanza**. Gli amministratori che hanno la rappresentanza della società possono compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, salvo le limitazioni che risultano dalla legge o dall'atto costitutivo.

Le limitazioni al potere di rappresentanza che risultano dall'atto costitutivo o dallo statuto, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

⁸Art. 2384-*bis* c.c. **Atti che eccedono l'oggetto sociale**. L'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori in nome della società non può essere opposta ai terzi in buona fede.

⁹Art. 9, n.1 Direttiva 68/151/CEE. Gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la società nei confronti dei terzi, anche quando tali atti sono estranei all'oggetto sociale, a meno che eccedano i poteri che la legge conferisce o consente di conferire ai predetti organi.

Tuttavia, gli Stati membri possono stabilire che la società non sia obbligata quando tali atti superano i limiti dell'oggetto sociale, se essa prova che il terzo sapeva che l'atto superava detti limiti o non poteva

società nei confronti dei terzi, anche quando tali atti sono estranei all'oggetto sociale", consentendo però agli Stati membri di stabilire "che la società non sia obbligata quando tali atti superano i limiti dell'oggetto sociale, se essa prova che il terzo sapeva che l'atto superava detti limiti o non poteva ignorarlo, considerate le circostanze, essendo escluso che la sola pubblicazione dello statuto basti a costituire tale prova". È evidente che il legislatore italiano si sia avvalso di questo potere prevedendo che l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale sia opponibile solo ai terzi in mala fede, mantenendo con ciò l'oggetto sociale quale limite legale al potere di rappresentanza.

La direttiva CEE aveva lo scopo di facilitare gli scambi commerciali all'interno della Comunità e, stravolgendo il regime di opponibilità fino a quel momento in vigore in Italia, stabiliva un principio nuovo per il nostro ordinamento¹⁰. La disciplina del '42 era ancorata al regime di pubblicità nei registri delle imprese, in base al quale erano opponibili ai terzi le limitazioni al potere di rappresentanza che nei registri stessi erano pubblicati.

Fu questa la svolta fondamentale per il nostro sistema: mentre il codice del '42 aveva fino a quel momento stabilito un regime di tutela della società, rispetto agli atti degli amministratori infedeli, dal 1969 si tutelavano maggiormente i terzi.

Con queste scelte si intese favorire maggiormente la sicurezza, la velocità dei traffici e, secondo gran parte della dottrina, con un effetto a lungo periodo, le società stesse in quanto con il nuovo sistema si eliminava ogni remora alla contrattazione con gli enti¹¹.

Secondo alcuni autori il legislatore italiano sembrò disattendere in parte le linee guida comunitarie; introducendo l'art. 2384-*bis* c.c. si rischiava di andare contro la direttiva stessa, infatti il quinto considerando¹² chiedeva che la tutela dei terzi fosse assicurata mediante disposizioni che limitassero le cause di invalidità delle obbligazioni, considerate le circostanze, essendo escluso che la sola pubblicazione dello statuto basti a costituire tale prova.

¹⁰Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1333.; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo - G. B. Portale, IV, Torino, 1991, 138.

¹¹Così F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 90.

¹²Considerando che è necessario, per garantire la certezza del diritto nei rapporti tra la società ed i terzi nonché nei rapporti fra i soci, limitare i casi di nullità e gli effetti retroattivi della dichiarazione di nullità e fissare un termine breve per l'opposizione di terzo a tale dichiarazione.

zioni assunte in nome della società¹³. Secondo il parere di chi scrive al legislatore del 1969 si può contestare, sul punto, solo l'introduzione del principio di buona fede, insufficiente in questo caso per la sua indeterminatezza. Per ciò che concerne invece il supposto contrasto con la direttiva ritengo, come gran parte della dottrina, che sia la stessa direttiva a legittimare, con la clausola di riserva di cui all'art 9, n.1, i legislatori statali a rendere parzialmente opponibili ai terzi le limitazioni dell'oggetto sociale¹⁴.

Altro punto controverso della trasposizione della direttiva riguarda l'art. 2384 c.c. che prevede l'opponibilità dei limiti statutari e costitutivi ai terzi dolosi; la direttiva non contempla questo elemento soggettivo, non ne contempla nessuno evidentemente.

A questo punto possiamo plausibilmente ritenere che il diritto comunitario - recependo la regola della Germania federale contenuta nel par. 82 *AktG* del 1965¹⁵ e disattendendo viceversa la dottrina della c.d. *ultra vires* britannica¹⁷ - con l'art. 9

¹³Così L. SALAMONE, (nt. 5), 1101.

¹⁴Così V. CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, in *Assemblea - Amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa - G. B. Portale, Vol. 2, UTET, 2007, 673.

¹⁵§82 *AktG* del 1965, per approfondimento vedasi C. Malberti, (nt. 6), .

¹⁶In Germania, fin dalla prima metà del secolo scorso si ritenne che l'oggetto sociale non dovesse essere un limite all'azione societaria.

¹⁷Quest'idea nasce alla fine del diciannovesimo secolo dalla celebre sentenza della Camera dei Lords *Ashbury Carriage Company v. Riche*, per approfondimento vedasi C. Malberti, (nt. 6), 174. In tale sentenza venne sancita la regola per cui la capacità di agire di una società è limitata dagli *objects* previsti nel suo statuto, ossia nel c.d. *memorandum of association*. È evidente come tale principio tutelasse sì le partecipazioni minoritarie, ma costituisce anche un eccessivo rischio per coloro i quali contrattavano con la società. Tale principio rendeva loro opponibili gli atti estranei all'oggetto sociale.

A risolvere la problematica, tutt'altro che risibile, fu posto il limite della "ragionevolezza", ossia la giurisprudenza stabilì che la società sarebbe comunque stata vincolata agli atti che ragionevolmente inerissero l'oggetto sociale. La tradizionale dottrina dell'*ultra vires* entrò evidentemente in crisi e possiamo dire che, con l'adesione alla Comunità Europea del 1971 che ha reso i principi della direttiva 151 applicabili al Regno Unito, ha ormai perso quasi completamente il suo significato originario.

Il Companies Act del 1989 assicura nella sezione 35A(1) una tutela più forte ai terzi, infatti "*In favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the board of directors to bind the company [...], shall be deemed to be free of any limitation under the company's constitution*". Evidentemente i terzi che in buona fede contratteranno con la società non potranno subire opposizioni di sorta fondate sull'estraneità dell'atto all'oggetto sociale. Inoltre la buona fede è presunta, con ciò che ne consegue in ambito probatorio,

della direttiva abbia stabilito il principio di inderogabilità del contenuto legale della rappresentanza, da qui una serie di conseguenze importanti:

la prima, che le limitazioni poste in essere dallo statuto o da decisioni degli organi competenti, come vedremo, avranno solo rilevanza interna, con la conseguenza che atterranno unicamente al potere di gestione degli amministratori¹⁸;

la seconda conseguenza è che l'unico onere del terzo sarà quello di verifica dell'investitura del potere di rappresentanza dell'amministratore, essendo il contraente esonerato dall'accertamento in ordine al contenuto ed all'ampiezza del potere stesso. È qui che si evidenzia, probabilmente, il cambio di mentalità, voluto o imposto, del nostro legislatore per quanto riguarda la tutela delle parti¹⁹;

infine l'art. 9, n.2²⁰ della direttiva non prevede una deroga al diritto comune per quanto riguarda l'efficacia della pubblicità legale. L'inopponibilità nei confronti dei terzi è la conseguenza ovvia della norma che attribuisce un contenuto generale e inderogabile alla rappresentanza istituzionale della società, in un contesto dove le società devono moltiplicare i propri affari e valorizzare il proprio capitale.

1.3 La novella del 2003

La legislazione è nuovamente cambiata con la riforma delle società di capitali e cooperative introdotta con il d. lgs. n. 6 del 2003, che ha infatti abrogato, senza sostituire, l'art 2384-*bis* c.c. e ha riscritto l'art. 2384 c.c.²¹.

L'art. 2384 c.c., sempre rubricato "Poteri di rappresentanza", stabilisce al primo comma che il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale. Il limite dell'oggetto sociale non è più previsto e questo consente di "avvicinarsi" definitivamente, forse superandola, alla direttiva del 1969. Al secondo comma del medesimo articolo si disciplinano le limitazioni c.d. volontarie le quali non sono opponibili ai terzi, salvo l'*exceptio doli*.

e la semplice conoscenza che un atto trascende i poteri degli amministratori non la esclude, per lo meno in senso assoluto.

¹⁸Vedi Sez. 4.1.

¹⁹Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1333.

²⁰Art. 9, n.2 Direttiva 68/151 CEE. Anche se pubblicate, le limitazioni dei poteri degli organi sociali che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi.

²¹Vedi nt. 1

Dal momento che l'attuale articolo 2384 c.c. ha modificato il regime di opponibilità dell'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori, accomunandolo con quelle delle limitazioni statutarie, l'art 2384-*bis* c.c. non ha più motivo di esistere. Di conseguenza non sussistono nemmeno i contrasti palesati da alcuni autori tra la nuova disciplina della rappresentanza e la direttiva n. 151²². È vero probabilmente che l'attuale art 2384 c.c. non coincide totalmente con il dettato comunitario, tuttavia non pare possibile sostenere che la riforma abbia violato quanto disposto in sede europea.

Infine è da rilevare l'assoluta novità posta dall'art. 2380-*bis*.1 c.c.²³ che afferma testualmente che "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale". Questa nuova norma, insieme al nuovo regime di opponibilità degli atti posti in essere dai rappresentanti, sancisce una totale scissione tra il potere di gestione, cioè il potere deliberativo degli amministratori definito appunto dall'art 2380-*bis* c.c., e il potere di rappresentanza che è il potere di manifestare all'esterno, nei confronti dei terzi, la volontà sociale²⁴.

Con la riforma del 2003, quindi, il legislatore ha completato la tutela dei terzi mediante l'estensione agli atti *ultra vires* della disciplina dei limiti statuari. L'oggetto sociale non rappresenta più un limite legale al potere di rappresentanza degli amministratori, ma solo un limite al loro potere di gestione, con la conseguenza che l'oggetto sociale costituisce puramente un limite interno all'ente, con tutto ciò che ne concerne per quanto riguarda i rimedi e le sanzioni.

È importante rilevare come storicamente l'istituto della rappresentanza delle società per azioni ha sempre avuto un rinnovamento legislativo successivo ad un attento approfondimento dottrinario e giurisprudenziale. Con la novella del 2003 sembrerebbe che il legislatore sia andato oltre la semplice recezione di modelli già studiati, compiendo scelte coraggiose nel riformare l'istituto, egli ha salvaguardato l'interesse dei terzi e la sicurezza dei traffici²⁵.

²²Vedi nt. 13.

²³Art. 2380-*bis*.1 c.c. **Amministrazione della società**. La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.

²⁴Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 660.

²⁵Così C. MALBERTI, (nt. 6), 174.

Parte II

La rappresentanza

Capitolo 2

La rappresentanza nelle società di persone, nella società a responsabilità limitata, nelle cooperative, nei consorzi, nelle associazioni, nelle fondazioni e nei comitati

Indice

2.1	Le società di persone	14
2.2	La società a responsabilità limitata	16
2.3	Le cooperative e i consorzi	19
2.4	Le associazioni e le fondazioni	21
2.5	Le associazioni non riconosciute e i comitati	25

2.1 Le società di persone

La rappresentanza nelle società di persone è disciplinata dagli artt. 2266 c.c.²⁶ e 2298 c.c.²⁷ i quali, immutati dal 1942, regolano rispettivamente il potere di rappresentanza della società semplice e della società in nome collettivo.

In ordine alle modalità di amministrazione, per tutti i tipi di società di persone, nel silenzio dell'atto costitutivo, il potere di amministrare spetta disgiuntamente ad ogni socio, tuttavia, al fine di mitigarne l'assolutezza gestionale, è previsto un potere di veto spettante agli altri soci amministratori. Nel caso di opposizione spetterà a tutti i soci, amministratori e non, decidere sulla stessa secondo una maggioranza calcolata in base alle quote. La legge stabilisce inoltre che nel caso di conflitto tra gli amministratori si possa rimettere, qualora lo statuto lo preveda, la decisione ad un terzo, caso in cui troveranno applicazione le norme dell'arbitratore (art. 1349.2 c.c.²⁸) che non procederà alla decisione, ma sceglierà, tra le posizioni, quella, a suo avviso, più idonea per gli interessi societari²⁹.

Vi sarà amministrazione congiuntiva nel caso in cui il contratto sociale preveda questa modalità di gestione, in difetto, invece, la decisione sarà presa all'unanimità.

In linea di principio il potere di gestione coincide con il potere di rappresentanza della società che, dal punto di vista quantitativo, si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale³⁰. Rinviamo la problematica analisi dei parametri uti-

²⁶Art. 2266 c.c. **Rappresentanza della società.** La società acquista diritti e assume obbligazioni per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza e sta in giudizio nella persona dei medesimi.

In mancanza di diversa disposizione del contratto, la rappresentanza spetta a ciascun socio amministratore e si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale.

Le modificazioni e l'estinzione dei poteri di rappresentanza sono regolate dall'articolo 1396.

²⁷Vedi nt. 3.

²⁸Art. 1349 c.c. **Determinazione dell'oggetto.** Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice.

La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.

Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento.

²⁹Così G. PRESTI - M. RESCIGNO, *Società*, in *Corso di diritto commerciale*, IV ed., Bologna, 2009, 39.

³⁰Così P. G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, VII ed., Milano, 2010, 162.

lizzabili per la valutazione della compatibilità o meno di un atto all'oggetto sociale, vale qui sottolineare come lo stesso oggetto sociale, sia nella società semplice che nella società in nome collettivo, rappresenti il limite naturale dei poteri rappresentativi dell'amministratore e che le differenze in ordine all'opponibilità, si riscontrano solo per quanto riguarda le limitazioni volontarie³¹. C'è da dire che nella società di persone vige evidentemente una presunzione di estensione del potere di rappresentanza a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale. Le limitazioni volontarie sono opponibili solo alle condizioni legate agli effetti della pubblicità commerciale ovvero del diritto comune³².

In particolare se il terzo contratta con chi non è amministratore avremo l'applicazione della disciplina generale della rappresentanza e di conseguenza la carenza di tale potere sarà pianamente opponibile al terzo.

La questione si complica se analizziamo il caso in cui ci sia una limitazione dei poteri dell'amministratore rappresentante, per cui è opportuno distinguere tra limiti previsti dalla legge o limiti convenzionalmente stabiliti.

I primi, imposti da norme cogenti, saranno sempre opponibili ai terzi, i secondi invece sono trattati diversamente in base al tipo di società.

Nella società semplice, l'art. 2266 c.c. rimanda alla disciplina di diritto comune (art. 1396 c.c.³³) la quale prevede che le limitazioni e le modificazioni al potere di rappresentanza sono opponibili solo ove siano portate a conoscenza del terzo con mezzi idonei salvo che se ne provi l'effettiva conoscenza al momento della conclusione del contratto. Tuttavia si dovrebbe ritenere che dopo la previsione dell'iscrizione nel registro delle imprese della società semplice, la pubblicazione delle limitazioni sia mezzo idoneo per la prova della conoscenza del terzo; ciò evidentemente ci permette di concludere che ci sia uniformità disciplinare tra le società di persone³⁴.

Per quanto riguarda la società in nome collettivo e la società in accomandita

³¹Così L. SALAMONE, (nt. 5), 1096.

³² *Ibidem*.

³³Art. 1396 c.c. **Modificazione ed estinzione della procura.** Le modificazioni e la revoca della procura devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. In mancanza, esse non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione del contratto.

Le altre cause di estinzione del potere di rappresentanza conferito dall'interessato non sono opponibili ai terzi che le hanno senza colpa ignorate.

³⁴Così G. PRESTI - M. RESCIGNO, (nt. 29), 41.

semplice i limiti convenzionali, come anticipato, sono opponibili compatibilmente col regime pubblicitario previsto per queste società. Stabilisce infatti l'art. 2298 c.c.³⁵ che i limiti al potere di rappresentanza risultanti dallo statuto o dalla procura sono opponibili ai terzi solo se iscritti nel registro delle imprese ovvero, in difetto, se ne provi l'effettiva conoscenza.

2.2 La società a responsabilità limitata

L'art. 2475-*bis* c.c.³⁶ stabilisce che gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società e, al secondo comma, che le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo o dalla nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

Effettivamente pare che la disciplina della rappresentanza della s.r.l. si conformi a quella della s.p.a.³⁷:

gli amministratori dotati del potere di rappresentanza hanno un potere generale e le limitazioni sono inopponibili ai terzi, salvo l'*exceptio doli*. In ogni caso, dalle disposizioni di cui all'art. 2475-*bis* c.c. deriva che:

- la rappresentanza spetta a ciascun amministratore della società, disgiuntamente;
- le limitazioni al potere di rappresentanza c.d. convenzionali, ossia, definite nell'atto costitutivo o nella nomina, sono inopponibili ai terzi, salvo si dimostri il dolo di quest'ultimi.

Per quanto riguarda i limiti legali il discorso è più complesso ed incerto, anche nel rapporto con i limiti convenzionali.

In effetti le stesse incertezze interessano il rapporto tra l'art. 2384 c.c.³⁸ e l'art.

³⁵Vedi nt. 3.

³⁶Art. 2475-*bis* c.c. **Rappresentanza della società.** Gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società.

Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

³⁷Così P. G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, (nt. 30), 545.

³⁸Vedi nt. 1.

2388 c.c.³⁹, per cui si rimanda ai capitoli che seguono per l'analisi della supposta antinomia tra queste disposizioni.

Mette conto qui dire che qualora si tratti di limiti schiettamente legali, e quindi di una vera e propria violazione di norma imperativa, saranno le norme del diritto comune ad essere applicate, come ad esempio l'art. 1418 c.c.⁴⁰ ovvero le norme specifiche dell'istituto violato. Ma non è questa l'ipotesi problematica, qui ci troviamo evidentemente in un caso di difetto di rappresentanza ovvero di violazione di norma cogente, e non di violazione dei limiti c.d. legali.

I problemi sorgono quando si debba decidere della opponibilità o meno dei limiti derivanti da una delibera o decisione invalida del consiglio di amministrazione. In questo caso l'opinione da preferirsi è quella che si basa sulla natura, legale o convenzionale, della decisione, o meglio: se la decisione o la delibera sono stabilite dalla legge, i limiti imposti in tali sedi saranno inopponibili "solo" ai terzi in buona fede. Se l'affidamento della decisione ad altro organo è stabilita dallo statuto, e quindi ha natura convenzionale, non la decisione, ma la restituzione di questa al consiglio o all'assemblea, ecco che l'invalidità della delibera o della decisione sarà opponibile solo ai terzi che hanno intenzionalmente agito a danno della società⁴¹.

Altro profilo interessante, in rapporto tra i due modelli di società di capitali, riguarda, in questo caso, la differenza della natura della investitura del potere di rappresentanza.

Come anticipato, e come si dirà più avanti, nella società per azioni il potere di rappresentanza spetta a chi è investito di tale potestà dallo statuto o dalla deliberazione di nomina.

Nella società a responsabilità limitata il potere di rappresentanza degli amministratori non è conferito, ma è previsto dalla legge⁴².

³⁹Vedi Sez. 4.2.5.

⁴⁰Art. 1418 c.c. **Cause di nullità del contratto.** Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabili dall'articolo 1346.

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.

⁴¹Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4.), 1345.

⁴²*Ibidem*, 1330.

Nella s.r.l., in cui gli amministratori rappresentano la società per il solo fatto di gestirla, c'è, almeno in via suppletiva, una corrispondenza tra il potere di gestione ed il potere di rappresentanza, come si può comprendere se si pensa al carattere più schiettamente personalistico che caratterizza questo tipo di impresa collettiva.

Con questo brevissimo *excursus* si sono voluti tracciare i principi fondamentali della rappresentanza delle società di persone e di capitali; si sono viste le affinità e le differenze tra i vari modelli societari e le problematiche di una disciplina non sempre rigorosa, che in ogni caso sembrerebbe aver voluto definire in maniera sostanziale la differente ampiezza tra il potere di rappresentanza degli amministratori di società di persone e il potere corrispondente degli amministratori di società di capitali.

Prima di concludere è interessante prendere atto dell'orientamento della Suprema Corte che, con una serie di pronunce, pare aver fornito una chiave di lettura più "sostanziale" del rapporto che intercorre tra il modello personale e il modello capitalista.

Cito testualmente: "pur escludendo l'applicabilità diretta di tale normativa alla società di persone, regolate dall'art. 2298 c.c., l'introduzione della disciplina contenuta negli artt. 2384 e 2384-*bis* c.c. svolge indubbiamente un «effetto di irraggiamento» sull'intero sistema, nel senso di imporre, anche per le società di persone, una concezione meno rigida e più sfumata dei limiti al potere di rappresentanza degli amministratori, a tutela dell'affidamento dei terzi in buona fede" (Cass. N. 4774/1999). "In tale ottica, non appare più coerente con la lettura sistematica del complesso della normativa escludere in radice, da un lato, per le società di persone, la configurabilità dell'affidamento, soltanto per la presenza di strumenti legali di pubblicità, ed affermare d'altro lato, per le società di capitali, l'inopponibilità ai terzi delle limitazioni statutarie, anche se pubblicate nelle forme di legge. Sarà quindi necessario verificare tutti gli aspetti della vicenda, allo scopo di accertare se il comportamento tenuto da colui che agiva in nome e per conto della società potesse o meno aver ingenerato nella controparte, considerate le modalità di svolgimento del rapporto, il ragionevole convincimento della sussistenza dei poteri di rappresentanza" (Cass. N. 1817/2000).

Difficile comprendere fino a che punto ci sia stato questo "irraggiamento"; c'è evidentemente una considerazione evolutiva della questione, tuttavia ritengo che,

anche a seguito della riforma del 2003, non si possa forzare eccessivamente il dettato normativo che ha voluto stabilire una forte linea di confine tra l'opponibilità dei limiti al potere di rappresentanza nelle società di persone e la stessa opponibilità nelle società di capitali. Discrimine forte quello previsto dal legislatore dato che nelle prime abbiamo una forma di pubblicità, seppure volontaria, che fonda una presunzione assoluta di conoscenza dei limiti alla procura, mentre nelle seconde, per motivi evidenti, ciò è esplicitamente escluso.

2.3 Le cooperative e i consorzi

Mi si consenta, in via meramente incidentale, un cenno alla disciplina che regola il potere di rappresentanza nelle cooperative e nei consorzi.

Per quanto riguarda le prime, l'art. 2519 c.c.⁴³ stabilisce che, in quanto compatibili, si applicano le norme previste per le società per azioni ovvero quelle per le società a responsabilità limitata, qualora l'atto costitutivo lo preveda e il numero di soci cooperatori sia inferiore a venti oppure vi sia un attivo patrimoniale inferiore ad un milione di euro.

Altra disposizione rilevante è l'art. 2521.3, n.10 c.c.⁴⁴, quale prevede che l'atto

⁴³Art. 2519 c.c. **Norme applicabili.** Alle società cooperative, per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni.

L'atto costitutivo può prevedere che trovino applicazione, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata nelle cooperative con un numero di soci cooperatori inferiore a venti ovvero con un attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di euro.

⁴⁴Art. 2521.3 c.c. **Atto costitutivo.** L'atto costitutivo deve indicare:

- 1) il cognome e il nome o la denominazione, il luogo e la data di nascita o di costituzione, il domicilio o la sede, la cittadinanza dei soci;
- 2) la denominazione, e il Comune ove è posta la sede della società e le eventuali sedi secondarie;
- 3) la indicazione specifica dell'oggetto sociale con riferimento ai requisiti e agli interessi dei soci;
- 4) la quota di capitale sottoscritta da ciascun socio, i versamenti eseguiti e, se il capitale è ripartito in azioni, il loro valore nominale;
- 5) Il valore attribuito ai crediti e ai beni conferiti in natura;
- 6) i requisiti e le condizioni per l'ammissione dei soci e il modo e il tempo in cui devono essere eseguiti i conferimenti;
- 7) le condizioni per l'eventuale recesso o per la esclusione dei soci;
- 8) le regole per la ripartizione degli utili e i criteri per la ripartizione dei ristorni;
- 9) le forme di convocazione dell'assemblea, in quanto si deroga alle disposizioni di legge;

costitutivo indichi, tra gli altri, il sistema di amministrazione adottato, il numero degli amministratori e i poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società.

Dal combinato disposto delle due norme citate è possibile comprendere come l'istituto della rappresentanza nelle società cooperative sia pienamente compatibile con lo stesso delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata, con la precisazione che lo stesso articolo 2519 c.c. fa in ordine all'applicazione delle norme.

La rappresentanza nei consorzi invece, trova un primo cenno nell'art. 2603.2, n.4 c.c.⁴⁵ il quale impone che il contratto indichi, tra gli altri, le attribuzioni e i poteri degli organi consortili anche in ordine alla rappresentanza in giudizio. Questa norma è valida sia per i consorzi c.d. *interni*, "ove l'organizzazione comune si limita a disciplinare fasi della rispettive imprese senza instaurare rapporti con i terzi" sia per quelli c.d. *con attività esterna*, "ove fasi delle rispettive imprese vengono svolte in comune tramite un'attività con i terzi"⁴⁶.

Per quanto riguarda in particolare i consorzi con attività esterna, l'art. 2612.2, n.4 c.c.⁴⁷ dispone che nell'estratto si indichi il presidente, la direzione e la rappre-

10) il sistema di amministrazione adottato, il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società;

11) il numero dei componenti del Collegio sindacale;

12) la nomina dei primi amministratori e sindaci;

13) l'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società.

⁴⁵Art. 2603.1 e 2 c.c. **Forma e contenuto del consorzio.** Il contratto deve essere fatto per iscritto sotto pena di nullità

Esso deve indicare:

1) l'oggetto e la durata del consorzio;

2) la sede dell'ufficio eventualmente costituito;

3) gli obblighi assunti e i contributi dovuti dai consorziati;

4) le attribuzioni e i poteri degli organi anche in ordine alla rappresentanza in giudizio;

5) le condizioni di ammissione di nuovi consorziati;

6) i casi di recesso e di esclusione;

7) le sanzioni per l'inadempimento degli obblighi dei consorziati.

⁴⁶Così G. PRESTI - M. RESCIGNO, *Società*, in *Corso di diritto commerciale*, III ed., Bologna, 2007, 18.

⁴⁷Art. 2612.2 c.c. **Iscrizione nel registro delle imprese.** L'estratto deve indicare:

1) la denominazione e l'oggetto del consorzio e la sede dell'ufficio;

2) il cognome e il nome dei consorziati;

3) la durata del consorzio;

4) le persone a cui vengono attribuite la presidenza, la direzione e la rappresentanza del consorzio ed i

sentanza del consorzio ed i rispettivi poteri. La norma successiva invece dispone che la rappresentanza processuale passiva spetti alla presidenza o alla direzione, anche nel caso in cui la rappresentanza negoziale sia attribuita ad altri soggetti⁴⁸.

Non si riscontrano altre norme rilevanti la rappresentanza nei consorzi, se non la disposizione di cui all'art. 2615.1 c.c.⁴⁹ secondo la quale le obbligazioni contratte dai rappresentanti impegnano esclusivamente il fondo consortile.

Possiamo concludere dicendo che, al di là delle formalità richieste dagli articoli 2603 e 2612 del codice, il contenuto della rappresentanza *negoziale*, in difetto di disposizioni normative inserite nel capo relativo ai consorzi, deve essere disciplinato dalle norme di diritto comune di cui all'art. 1387 ss. c.c.

2.4 Le associazioni e le fondazioni

Anche nelle associazioni e nelle fondazioni l'istituto della rappresentanza acquisisce un'importanza fondamentale. Sebbene la costituzione di questi enti non abbia come scopo principale un'attività di lucro, resta in ogni caso fisiologico che un soggetto – il rappresentante – manifesti all'esterno la volontà dell'organo ed è necessario risolvere i possibili conflitti che spesso caratterizzano *anche* l'azione associativa.

L'art. 4 del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361⁵⁰ impone che, nel registro di cui al-

rispettivi poteri;

5) il modo di formazione del fondo consortile e le norme relative alla liquidazione.

⁴⁸Art. 2613 c.c. **Rappresentanza in giudizio.** I consorzi possono essere convenuti in giudizio in persona di coloro ai quali il contratto attribuisce la presidenza o la direzione, anche se la rappresentanza è attribuita ad altre persone.

⁴⁹Art. 2615.1 c.c. **Responsabilità verso i terzi.** Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile.

⁵⁰Art. 4 D.P.R. 366/2000. Nel registro devono essere indicati la data dell'atto costitutivo, la denominazione, lo scopo, il patrimonio, la durata, qualora sia stata determinata, la sede della persona giuridica e il cognome, il nome e il codice fiscale degli amministratori, con menzione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza.

Nel registro devono altresì essere iscritte le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto, il trasferimento della sede e l'istituzione di sedi secondarie, la sostituzione degli amministratori, con indicazione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza, le deliberazioni di scioglimento, i provvedimenti che ordinano lo scioglimento o accertano l'estinzione, il cognome e il nome dei liquidatori e tutti gli altri atti e fatti la cui iscrizione è prevista da norme di legge o di regolamento.

l'art. 3 della medesima legge, vi siano indicati gli amministratori a cui è attribuita la rappresentanza dell'ente. Per quanto riguarda quindi la *menzione* dell'amministratore rappresentante, non vi sono differenze sostanziali rispetto al regime disciplinante l'indicazione del rappresentante nella società per azioni.

Per quanto riguarda invece le limitazioni al potere di rappresentanza, l'art. 19 c.c.⁵¹ stabilisce che le stesse non sono opponibili ai terzi in buona fede se non iscritte nei registri di cui all'art. 3 del D.P.R. 361/2000. È possibile sostenere che incombe sull'ente l'onere di portare a conoscenza dei terzi le eventuali limitazioni dei poteri di rappresentanza, mediante l'iscrizione delle stesse nei registri delle persone giuridiche; in difetto di tale iscrizione, le limitazioni saranno opponibili solo ai terzi che ne avevano avuto conoscenza. In definitiva, vuoi per difetto di iscrizione, vuoi per una scelta volontaria di non porre limiti alla rappresentanza, il potere di manifestare all'esterno le scelte dell'ente è da reputarsi generale.

Le limitazioni dei poteri di rappresentanza possono consistere, come per tutti gli enti, nel divieto di compiere determinati atti o compierli a seguito di autorizzazione degli organi competenti. Sussistono, come per le società, gli stessi problemi relativi alla valutazione della compatibilità di un atto con l'oggetto sociale. La pertinenza dell'atto all'oggetto è valutazione non sempre agevole: "non è, infatti, accertabile *a priori* l'effettiva e concreta utilizzazione di un singolo atto per lo svolgimento di una data attività; accertabile *a priori* è, da parte del terzo contraente, solo l'esistenza di un rapporto di *potenziale* strumentalità fra il primo e la seconda"⁵².

In passato ci si è chiesti se i poteri di rappresentanza incontrino limitazioni implicite derivanti dalla natura dell'ente. Probabilmente sì, tuttavia una tale valutazione è difficilmente richiedibile al terzo contraente, con la conseguenza dell'inefficacia di tale limitazione nei suoi confronti⁵³.

Il progetto originario dell'art. 19 del codice stabiliva, anche, che al terzo contraente in buona fede, non potevano essere opposte le limitazioni ai poteri di rappresentanza non risultanti dai registri e gli eventuali difetti o irregolarità delle deli-

⁵¹Art. 19 c.c. **Limitazioni del potere di rappresentanza.** Le limitazioni del potere di rappresentanza, che non risultano dal registro indicato nell'art. 33, non possono essere opposte ai terzi, salvo che si provi che essi ne erano a conoscenza.

⁵²Così F. GALGANO, *Delle persone giuridiche, art. 11-35*, in *Libro primo delle persone e della famiglia*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1969, 272.

⁵³*Ibidem*, 272 ss.

berazioni del consiglio di amministrazione in base alle quali il rappresentante aveva contrattato. Nonostante questa soluzione non fosse stata accolta, poiché si decise di sopprimere il riferimento al consiglio di amministrazione, il principio a cui essa faceva riferimento è ormai presente non solo nelle fondazioni, ma anche, come vedremo, nelle società, con la conseguenza che esso è considerato un principio generale, valido anche per le associazioni, destinato a trovare applicazione in tutti i casi in cui il rappresentante abbia agito senza previa deliberazione del consiglio di amministrazione ovvero in esecuzione di una deliberazione invalida⁵⁴. Secondo altri Autorevoli Autori invece, oltre a doversi intendere come generale tale principio, è rilevante anche l'analogia con l'art. 23 c.c.⁵⁵ il quale fa salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede in forza di una deliberazione assembleare annullata⁵⁶.

Per quanto riguarda il potere di rappresentanza degli amministratori in senso stretto, questo è da considerarsi in difetto di indicazioni nei registri, generale e completo, tale da consentire il compimento di qualsiasi attività, a titolo oneroso o gratuito, necessaria per l'attuazione delle finalità perseguite dall'ente, anche se eccedenti l'ordinaria amministrazione⁵⁷.

È evidente come la pubblicità sia rilevante. Qualora, infatti, non dovesse essere presente all'interno dei registri alcuna indicazione in ordine alle limitazioni dei poteri di rappresentanza degli amministratori, questi *non esisteranno*. L'eccezione è data dalla conoscenza da parte del terzo delle limitazioni: la prova è a carico dell'asso-

⁵⁴ *Ibidem*, 274.

⁵⁵ Art. 23 c.c. **Annulamento e sospensione delle deliberazioni.** Le deliberazioni dell'assemblea contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto possono essere annullate su istanza degli organi dell'ente, di qualunque associato o del pubblico ministero.

L'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritti acquistati da terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima.

Il presidente del tribunale o il giudice istruttore, sentiti gli amministratori dell'associazione, può sospendere, su istanza di colui che ha proposto l'impugnazione, l'esecuzione della deliberazione impugnata, quando sussistono gravi motivi. Il decreto di sospensione deve essere motivato ed è notificato agli amministratori.

L'esecuzione delle deliberazioni contrarie all'ordine pubblico o al buon costume può essere sospesa anche dall'autorità governativa.

⁵⁶ Così B. LIGUORI - N. DISTASIO - F. SANTOSUOSSO, *Disposizioni sulla legge in generale*, in *Libro I delle persone e della famiglia*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Magistrati e Docenti, UTET, Torino, 1966, 221 ss.

⁵⁷ *Ibidem*, 222.

ciazione che può offrirla però con ogni mezzo, anche con la testimonianza⁵⁸. È da considerarsi valida una eventuale ratifica del consiglio di amministrazione⁵⁹.

Prima di concludere sul punto, ritengo rilevante, sempre ai fini di una brevissima descrizione dell'istituto nelle associazioni e nelle fondazioni, l'art. 25 c.c.⁶⁰ il quale, dettato esclusivamente per le fondazioni, disciplina il controllo sull'amministrazione delle stesse. In particolare, al secondo comma, ristabilisce, in perfetta corrispondenza con l'art. 23.2 c.c., che l'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione stessa. Il principio, come detto in precedenza, generale secondo cui non deve esserci, salvo la malafede del terzo, rilevanza esterna dei vizi deliberativi interni, è, nel caso di specie, confermato anche per le fondazioni⁶¹. C'è infine da precisare che deve "trattarsi di deliberazione annullabile e non nulla in modo assoluto, in quanto non potendosi attribuire alcuna efficacia ad una deliberazione nulla, nessun diritto possono derivare da essa i terzi di buona fede"⁶². Tale ultimo assunto, ad irrilevante parere di chi scrive, deve riformarsi, in quanto con la riforma delle società sia le deliberazioni dichiarate nulle dell'assemblea che del consiglio di amministrazione non travolgono i diritti dei terzi acquistati in buona fede.

Per quanto riguarda la rappresentanza processuale, è necessario che il terzo il quale voglia agire nei confronti dell'associazione o della fondazione consulti i registri delle persone giuridiche al fine di conoscere il soggetto che abbia la rappresentanza

⁵⁸ *Ibidem*, 223.

⁵⁹ Così F. GALGANO, (nt. 52), 274.

⁶⁰ Art. 25 c.c. **Controllo sull'amministrazione delle fondazioni.** L'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico e al buon costume; può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge.

L'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritto acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima.

Le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa e sono esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori.

⁶¹ Così B. LIGUORI - N. DISTASIO - F. SANTOSUOSSO, (nt. 56), 243.

⁶² *Ibidem*.

processuale dell'ente che può essere dissociata dalla rappresentanza sostanziale⁶³.

2.5 Le associazioni non riconosciute e i comitati

Nell'ordinamento italiano, a differenza di molte codificazioni straniere, i c.d. *aggruppamenti di persone* costituiti al fine di perseguire un determinato scopo, sia essi a carattere duraturo o temporaneo, trovano piena cittadinanza. Gli artt. 36-42 del codice disciplinano infatti le associazioni non riconosciute e i comitati. Sebbene tali entità non abbiano personalità giuridica, è da riconoscere un limitato carattere di autonomia, confinato nel campo patrimoniale, alle suddette entità. Non essendo questa la sede adatta per affrontare lo spinoso tema relativo alla natura di tali enti e alla loro effettiva riconoscibilità della personalità giuridica o meno, mette qui conto osservare che le associazioni non riconosciute ed i comitati sono degli enti di fatto sforniti di personalità giuridica in quanto privi del riconoscimento, costituiti rispettivamente per uno scopo duraturo e temporaneo.

Ormai, dottrina e giurisprudenza riconoscono che gli enti di fatto possono agire nel mondo del diritto per mezzo dei loro rappresentanti che, in virtù di un mandato tacito loro conferito per amministrare l'associazione, possono porre in essere atti giuridici a nome della stessa. In particolare, la Cassazione, in una storica sentenza del 1960, ha *ufficialmente* attribuito agli enti di fatto funzioni e poteri che hanno una certa rilevanza nel mondo del diritto: nonostante non sia riconoscibile la personalità giuridica per gli enti di fatto con la conseguenza che l'associazione o il comitato agiranno per mezzo degli amministratori, la titolarità dei rapporti giuridici spetterà non già all'ente, ma al gruppo degli associati, all'uopo considerati *uti singuli*, e il patrimonio, cui la legge all'art 37 c.c.⁶⁴ definisce "fondo comune", sarà da considerarsi entità autonoma. Da ciò deriva, per la giurisprudenza di legittimità, che i poteri degli amministratori di porre in essere atti vincolanti per l'ente si inquadra nello schema della rappresentanza, anziché in quello del rapporto organico, trovando fonte, fondamento e limiti nel mandato conferito loro dagli associati⁶⁵.

⁶³Così F. GALGANO, (nt. 52), 271.

⁶⁴Art. 37 c.c. **Fondo comune.** I contributi degli associati e i beni acquistati con questi contributi costituiscono il fondo comune dell'associazione. Finché questa dura, i singoli associati non possono chiedere la divisione del fondo comune, né pretenderne la quota in caso di recesso.

⁶⁵Cass., 26 aprile 1960, n. 927.

L'art. 36.2 c.c.⁶⁶ stabilisce che le associazioni non riconosciute stanno in giudizio nella persona di coloro ai quali è stata conferita dagli associati la presidenza o la direzione. Conformemente l'art. 75.4 c.p.c.⁶⁷ I motivi che sottendono queste norme sono evidenti: manca un sistema di pubblicità che consenta, in questo caso all'attore, di poter verificare chi abbia il potere di rappresentare l'ente. L'art. 36 c.c. è "universalmente *interpretato* – in conformità, del resto, di quanto chiarito dalla stessa Relazione al re (n. 43) – come *dispositivo*"⁶⁸ (corsivo mio), tuttavia secondo un orientamento più recente la derogabilità della rappresentanza processuale del presidente o del direttore andrebbe esclusa⁶⁹.

La legge sembra equiparare, nel caso della rappresentanza processuale, le associazioni, sia esse riconosciute o meno, anche se, come Autorevole Dottrina ha sottolineato, si tratta di una eccezione⁷⁰.

Non vi è dubbio che la dizione della norma di cui al secondo comma dell'art. 36 c.c. non sia particolarmente felice: non si comprende effettivamente se la citazione sia da indirizzarsi al direttore o al presidente, o ad entrambi; spesso è possibile che, sebbene si tratti di un'associazione non riconosciuta, questa abbia comunque struttura composta da più organi (caso emblematico quello del movimento politico), rendendo di fatto non facilmente identificabile il "direttore".

In ogni caso, la questione andrebbe risolta mediante il ricorso all'analogia con le norme in tema di rappresentanza delle società semplici con la conseguenza che si presumerà che ciascun associato che agirà per l'ente avrà anche la rappresentanza in giudizio dello stesso⁷¹.

⁶⁶Art. 36 c.c. **Ordinamento e amministrazione delle associazioni non riconosciute.** L'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute come persone giuridiche sono regolati dagli accordi degli associati.

Le dette associazioni possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali, secondo questi accordi, è conferita la presidenza o la direzione.

⁶⁷Art. 75 c.p.c. **Capacità processuale.** Le associazioni e i comitati, che non sono persone giuridiche, stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate dagli artt. 36 e segg., codice civile.

⁶⁸Così F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute, art. 36-42*, in *Libro primo delle persone e della famiglia*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, II ed., Zanichelli, Bologna, 1976, 191.

⁶⁹Così M. BASILE, *Persone e famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Vol. II, Tomo I, II ed., UTET, Torino, 1999, 534 ss.

⁷⁰*Ibidem*, 533.

⁷¹Così F. GALGANO, (nt. 68), 192.

Tutto questo discorso è valido per la rappresentanza processuale, la quale trova però un certo riscontro all'interno del codice, ma non per la rappresentanza negoziale. L'esigenza di consentire al terzo di poter agire in giudizio nei confronti dell'ente non è presente nei casi in cui invece si debba contrattare con questo. Nel secondo caso, essendoci una convergenza di interessi, non dovrebbero esserci problemi nella regolare stipulazione dei contratti. Sarà in ogni caso onere del terzo verificare che la carica conferita al soggetto con cui sta contrattando consenta a questi la conclusione del contratto⁷².

Nel caso in cui nell'atto costitutivo dell'associazione manchi l'indicazione del rappresentante, si ritiene che tale carica spetti agli amministratori, poiché si ritiene che vi sia una tendenziale coincidenza tra il potere di gestione ed il potere di rappresentanza.

Per quanto riguarda i limiti ai poteri di rappresentanza sono opponibili ai terzi se regolarmente contenuti nell'atto costitutivo o, in difetto, se questi ne era a conoscenza.

Infine sono da ritenersi configurabili mandati *ad hoc* per singoli affari o procure generali attribuibili anche a dipendenti dell'associazione.

L'art. 41 c.c.⁷³ regola al primo comma la responsabilità per le obbligazioni assunte dal comitato, imponendo che, nel caso di mancato ottenimento della personalità giuridica, tutti i membri rispondano solidamente e personalmente; al secondo comma, riprendendo la stessa dizione di cui all'art. 36.2 c.c., stabilisce che il comitato sta in giudizio, attivamente e passivamente⁷⁴, nella persona del presidente. Per quanto riguarda la rappresentanza negoziale restano ferme le considerazioni fatte per le associazioni non riconosciute.

⁷²*Ibidem*, 193.

⁷³Art. 41 c.c. **Responsabilità dei componenti. Rappresentanza in giudizio.** Qualora il comitato non abbia ottenuto la personalità giuridica, i suoi componenti rispondono personalmente e solidalmente delle obbligazioni assunte. I sottoscrittori sono tenuti soltanto a effettuare le obbligazioni promesse.

Il comitato può stare in giudizio nella persona del presidente.

⁷⁴Così B. LIGUORI - N. DISTASIO - F. SANTOSUOSSO, (nt. 56), 300.

Capitolo 3

Fonte della rappresentanza

Indice

3.1	Il rapporto tra il diritto comune e il diritto speciale delle società per azioni	29
3.2	La natura “volontaria” o “legale” della rappresentanza	39
3.3	Il problema della titolarità del potere di rappresentanza in caso di mancanza dell’indicazione nello statuto o nella nomina	43
3.4	Il problema dell’attribuzione del potere di rappresentanza dal consiglio di amministrazione senza un’apposita clausola in statuto	49
3.5	La mancata attribuzione del potere di rappresentanza	54

3.1 Il rapporto tra il diritto comune e il diritto speciale delle società per azioni

Sarebbe interessante svolgere un’analisi che metta in luce i rapporti tra la rappresentanza *comune* del codice civile e la rappresentanza *speciale* del diritto delle società per azioni. Tuttavia quest’analisi, forse meramente teorica ma non troppo, non ha interessato ancora la dottrina, o per lo meno nessuno ha affrontato in modo organico la questione. Sono possibili, infatti, solamente dei riscontri per così dire *empirici*, che parte degli autori hanno posto in essere nei propri scritti, nelle analisi che interessano in generale i vari aspetti dell’istituto, ma che non si focalizzano sull’applicabilità o meno, e se sì di quali norme, del Capo VI del libro IV del codice civile alla rap-

presentanza degli amministratori delle società per azioni. La conseguenza è che la maggior parte delle opinioni esposte qui di seguito non trovano alcun riscontro in dottrina.

Ci si può domandare, in effetti, quali norme di diritto comune vengono invocate dagli operatori del diritto al fine di avere una completa disciplina della rappresentanza *ex art. 2384 c.c.* Ad avviso di chi scrive questa richiesta è legittima poiché, il legislatore ha delineato una disciplina, quella della rappresentanza nelle società per azioni, scarna e lacunosa, per cui è fondamentale comprendere in che modo è possibile servirsi della disciplina generale al fine di superare le lacune legislative.

Tuttavia ritengo che la reale questione ed il vero interrogativo da porsi non riguardino quali norme del libro IV del codice siano applicabili, ma il contrario, ovvero quali disposizioni non lo siano.

Sebbene, infatti, intercorra un rapporto di specialità tra le due discipline ritengo che la rappresentanza *ex art. 2384 c.c.* poco aggiunga a quella comune che, come molte norme di *parte generale* dei contratti, nonostante la sua completezza, assume spesso la natura di legislazione programmatica e dispositiva. In realtà di norme dispositive nel capo VI del libro delle obbligazioni non ne troviamo e, a parte l'art. 1388 c.c., il resto delle norme sono imperative. Ciò nonostante penso, a differenza della rappresentanza dell'amministratore di s.p.a., che proprio questa disposizione, e solamente questa disposizione, renda in generale tutta l'architettura normativa della rappresentanza comune programmatica e dispositiva. L'art. 1388 c.c.⁷⁵ dispone, infatti, che il contratto concluso dal rappresentante vincola il rappresentato, nei limiti delle facoltà che questi ha conferito al rappresentante stesso. È questo l'elemento che, seppur unitario, rende tutta la disciplina della rappresentanza comune "un programma". Sono le parti, anzi il conferente infatti che, in piena autonomia, definisce i poteri che chi agirà in suo conto disporrà. La definizione dei poteri è il punto qualificante e fondamentale di tutto l'istituto e prescindere significherebbe svuotare, in questo caso, tutta la disciplina. La definizione dei poteri calibra sostanzialmente tutte le norme successive, influenza tutta l'azione rappresentativa e le patologie che possono intercorrere nella stessa. È questo il punto fondamentale che

⁷⁵Art. 1388 c.c. **Contratto concluso dal rappresentante.** Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato.

mi porta a ritenere questa disciplina programmatica, nonostante tra tutte le norme del capo solo l'art. 1388 possa definirsi norma dispositiva. L'art. 1388 c.c. è anche la prima norma che, ad avviso di chi scrive, non trova applicazione nel caso della rappresentanza *ex art.* 2384 c.c. I motivi sono evidenti: la prima conferisce alla parte la definizione dei poteri del rappresentante, la seconda prevede un potere di rappresentanza generale inderogabile.

Proseguendo per ordine, ritengo che l'art. 1387 c.c.⁷⁶ non incontri deroga nel caso delle società per azioni. Il problema è semmai che si tratti di rappresentanza “legale” o “volontaria”, questione che invece non si pone nel caso delle società a responsabilità limitata ove, come abbiamo visto⁷⁷, la rappresentanza generale della società è attribuita direttamente dalla legge⁷⁸. La complessa analisi della tematica è in ogni caso affrontata nel paragrafo che segue.

L'art. 1389 c.c.⁷⁹ al primo comma prescrive che, nei casi di rappresentanza volontaria, almeno il rappresentante sia capace di intendere e di volere. *Nulla quaestio* sull'applicabilità di questa disposizione alla rappresentanza *ex art.* 2384 c.c., anche se, a mio avviso, la previsione di cui al secondo comma dello stesso articolo 1389 meriti un'analisi più specifica. Come si vedrà più avanti, il legislatore della riforma ha eliminato il precedente riferimento alle limitazioni “che risultano dalla legge”. Al di là delle controversie dottrinarie seguite alla eliminazione di tale riferimento, ritenuta da molti infelice e fuorviante, c'è da comprendere se effettivamente la norma di cui al secondo comma la quale impone per la validità del contratto che questo non sia vietato al rappresentato, trovi applicazione nel nostro caso. La risposta è comunque da rintracciare nel dibattito cui prima si accennava, ossia se il rappresentante di s.p.a. possa porre in essere un atto che sia contrario a norme imperative in virtù dell'eliminazione del riferimento ai limiti legali. Se si ritiene che tale eliminazione

⁷⁶Art. 1387 c.c. **Fonti della rappresentanza.** Il potere di rappresentanza è conferito dalla legge ovvero dall'interessato.

⁷⁷Vedi Sez. 2.2.

⁷⁸Vedi nt. 36.

⁷⁹Art. 1389 c.c. **Capacità del rappresentante e del rappresentato.** Quando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta che questi abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato.

In ogni caso, per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato.

consenta all'amministratore di porre in essere atti vietati, allora si riterrà questa norma non applicabile al caso di specie. Viceversa, ed a mio avviso è questa la strada da battere, se si sposa la tesi della rilevanza dei limiti legali anche nel caso della rappresentanza generale degli amministratori, si deve ritenere il secondo comma dell'art. 1389 c.c. applicabile alla società per azioni. Anche in questo caso si deve rinviare alle tematiche di seguito esposte concernenti i limiti al potere di rappresentanza *ex art.* 2384 del codice. Mette conto qui osservare che il presidio posto dall'art. 1418.1 c.c.⁸⁰, il quale prevede che un contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, non parrebbe superabile, né dalla mancata e forse ridondante ripetizione – ora eliminata – delle limitazioni risultanti dalla legge al potere di rappresentanza presente nella disciplina previgente, né dalla *nuova* rappresentanza generale che la legge riconosce agli stessi amministratori⁸¹.

L'art. 1390 c.c.⁸², disciplinante i vizi della volontà, stabilisce nella prima parte che il contratto è annullabile se la volontà del rappresentante è viziata. Dunque, come sappiamo, i vizi della volontà sono la violenza, il dolo e l'errore, i quali, affinché possano assumere rilevanza nell'azione di annullamento, necessitano di determinati requisiti inanalizzabili in questa sede. Il secondo comma dell'art. 2384 c.c. fa riferimento solo al dolo, quindi verrebbe da pensare ad un'applicazione parziale della norma in esame al solo vizio della volontà derivante dal dolo del terzo. Tuttavia nel secondo comma dell'art. 2384 c.c. si disciplina l'opponibilità dei limiti imposti dallo statuto o dalla deliberazione di nomina i quali sono irrilevanti salvo l'*exceptio doli*. La conseguenza è che mancando una disciplina *ad hoc* dei vizi della volontà dell'amministratore rappresentante si debba, in questo caso, ricorrere alla disciplina comune. Discorso differente merita la seconda parte della stessa norma la quale dispone che quando il vizio riguarda elementi predeterminati dal rappresentato il contratto è annullabile se la volontà di questi è viziata. A tal proposito, le considerazioni da fare sono due: la prima è che, in questo caso, il secondo comma dell'art. 2384 c.c. è pertinente in quanto non rispettare i limiti posti dal rappresen-

⁸⁰Vedi nt. 40.

⁸¹Così E. ALEMAGNA, *Potere di gestione e rappresentanza degli amministratori delle s.p.a. dopo la riforma*, in *Società*, 2004, 290 ss.

⁸²Art. 1390 c.c. **Vizi della volontà**. Il contratto è annullabile se è viziata la volontà del rappresentante. Quando però il vizio riguarda elementi predeterminati dal rappresentato, il contratto è annullabile solo se era viziata la volontà di questo.

tato significa, forse solo latamente, viziare la sua volontà, anche se questo “vizio” è irrilevante salvo l'*exceptio doli* della parte; l'altra considerazione invece riguarda il punto relativo agli “elementi predeterminati dal rappresentato”. Trasferendo ipoteticamente questo “caso” alla fattispecie societaria, potremmo dire che il consiglio di amministrazione ovvero lo statuto predeterminano gli elementi di cui il rappresentante dovrà poi tenere conto nell'adempimento del suo ufficio. Per quanto riguarda i limiti posti dallo statuto si è già detto che sono inopponibili salvo il dolo del terzo. Per quanto riguarda i limiti derivanti da una “decisione degli organi competenti” – dizione questa sì infelice dal momento che non è dato conoscere l'esatta natura del termine “decisione” - come accennato in precedenza, e come si dirà più avanti, i procedimenti deliberativi *interni* non assumono, se non in casi particolari, rilevanza *esterna*. Se il rappresentante non rispetta il mandato che il consiglio di amministrazione gli ha conferito per mezzo di una deliberazione del consiglio stesso, questo vizio è meramente interno e di conseguenza non può, per ovvi motivi, determinare una patologia nel rapporto tra il rappresentante e il terzo, salvo l'*exceptio doli*. La conclusione è che la seconda parte dell'art. 1390 non può trovare applicazione nella rappresentanza *ex art. 2384* del codice.

Passando all'art. 1391 c.c.⁸³, il quale regola gli stati soggettivi rilevanti, bisogna stabilire se anche nella rappresentanza organica della s.p.a. possa rilevare lo stato di buona o mala fede del rappresentato, in questo caso della società. Il dubbio è supportato dal fatto che nella società per azioni c'è, a mio avviso, una maggiore scissione tra il rappresentato ed il rappresentante, che potrebbe rendere irrilevanti gli stati soggettivi della società. In ogni caso, nel dubbio e in assenza di altre disposizioni, opterei per una piena applicazione dell'art. 1391 del codice.

L'art. 1392 c.c.⁸⁴ stabilisce che la forma della procura deve essere la stessa del contratto che il rappresentante deve concludere. La questione in ordine alla rilevanza o meno di questa disposizione per la rappresentanza dell'amministratore

⁸³Art. 1391 c.c. **Stati soggettivi rilevanti.** Nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o mala fede, di scienza d'ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato.

In nessun caso il rappresentato che è in mala fede può giovare dello stato d'ignoranza o di buona fede del rappresentante.

⁸⁴Art. 1392 c.c. **Forma della procura.** La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere.

di s.p.a. è di facile risoluzione: la procura conferita all'amministratore di s.p.a. è *sempre* formale.

Non credo che meriti particolari precisazioni in ordine all'applicabilità nella rappresentanza della s.p.a. l'art. 1393 c.c.⁸⁵ che legittima il terzo alla richiesta di giustificazione dei poteri del rappresentante.

Per quanto riguarda invece gli artt. 1394 c.c.⁸⁶ e 1395 c.c.⁸⁷, che disciplinano rispettivamente il contratto concluso in conflitto d'interessi e quello concluso con se stesso, la dottrina, già prima della riforma, si era domandata se questo combinato di norme potesse trovare cittadinanza nell'ordinamento delle società per azioni. Mancando peraltro una disciplina *ad hoc* per il caso di conflitto d'interesse del rappresentante della s.p.a. ed essendo questa una delle patologie più frequenti nell'esercizio della rappresentanza delle società, ci si è a lungo interrogati sull'opportunità o meno di invocare tali norme. Rinviando l'analisi della problematica, affrontata in un capitolo a parte, mette qui conto osservare, come uno dei più Autorevoli commentatori della disciplina in esame sottolinei che, nonostante il nuovo art. 2391 c.c.⁸⁸

⁸⁵Art. 1393 c.c. **Giustificazione dei poteri.** Il terzo che contratta col rappresentante può sempre esigere che questi giustifichi i suoi poteri e, se la rappresentanza risulta da un atto scritto, che gliene dia copia da lui firmata.

⁸⁶Art. 1394 c.c. **Conflitto di interessi.** Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o conoscibile dal terzo.

⁸⁷Art. 1395 c.c. **Contratto concluso con se stesso.** È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere possibilità di conflitto di interessi.

L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato.

⁸⁸Art. 2391 c.c. **Interessi degli amministratori.** L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al Collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico deve darne notizia anche alla prima assemblea utile.

Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del Consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione.

Nei casi di inosservanza di quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del Consiglio ovvero nel caso di deliberazioni del Consiglio o del Comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal Collegio sindacale entro novanta

non parli più di conflitto d'interessi e che l'applicazione della disciplina di diritto comune *ex art. 1394 c.c.* sia espressamente prevista per la società a responsabilità limitata dall'*art. 2475-ter c.c.*⁸⁹, ciò non significa, da un lato, che il rappresentante di s.p.a. possa agire in conflitto di interessi e, dall'altro, che tale ipotesi debba essere ricondotta ai limiti di cui al secondo comma dell'*art. 2384* del codice.

Prosegue lo stesso Autore ribadendo che la fattispecie di conflitto di interessi debba essere ricondotta alla ipotesi di limitazione legale “volta a reprimere un abuso del potere di rappresentanza ed attinente alle modalità del suo esercizio; come tale sottratta all'applicazione della regola sopracitata che riguarda, invece, il contenuto del potere di rappresentanza e regola le conseguenze di vizi qualificabili come eccesso di potere”⁹⁰. A questo punto la conclusione della piena applicazione degli *artt. 1394 e 1395 c.c.* appare più che convincente.

Interessante è l'analisi dell'applicabilità o meno dell'*art. 1396 c.c.*⁹¹ alla rappresentanza della s.p.a.

Innanzitutto la norma in esame disciplina la modificazione e l'estinzione della procura imponendo, al primo comma, che le stesse siano portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, in difetto dei quali non potrà esserci opponibilità ai terzi salvo la malafede di questi ultimi.

Ritengo che per quanto riguarda la modificazione dei poteri, quale ad esempio giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

L'amministratore risponde dei danni derivanti alla società dalla sua azione od omissione.

L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico.

⁸⁹Art. 2475-ter c.c. **Conflitto di interessi.** I contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conoscibile o riconoscibile dal terzo.

Le decisioni adottate da Consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate entro novanta giorni dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'articolo 2477. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione.

⁹⁰Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 678 ss.

⁹¹Vedi nt. 33.

può essere la previsione di nuovi limiti alla procura, non bastino “i mezzi idonei”, anzi sono del tutto irrilevanti. Il secondo comma dell’art. 2384 c.c. infatti prevede che le limitazioni ai poteri *generali* dei rappresentanti, anche se pubblicate – non credo esista mezzo più idoneo della pubblicazione – non sono opponibili ai terzi, salvo il dolo. In questo caso incide lo stato soggettivo del terzo e non gli adempimenti pubblicitari posti in essere dal rappresentato. Lo stato soggettivo del terzo in effetti rileva anche nell’ipotesi “comune”, ma in quest’ultimo caso è sufficiente la malafede, mentre nel caso della società per azioni è necessario il dolo.

Viceversa per quanto concerne l’estinzione della procura, ritengo che la pubblicazione della revoca dei poteri di rappresentanza dell’amministratore sia sufficiente a rendere opponibile la stessa ai terzi⁹², ciò anche in virtù della clausola *generale* di cui all’art. 2448 c.c.⁹³, quale norma che attribuisce valore di presunzione relativa di conoscenza degli atti dopo la loro pubblicazione o deposito presso il registro delle imprese.

Prima di passare alle norme successive è d’obbligo una precisazione. In precedenza, tratteggiando la disciplina della rappresentanza nella s.r.l., si è citato un nuovo orientamento della Suprema Corte che sostiene vi sia stato, a seguito della riforma del 1969, un “irraggiamento” su tutto il sistema della rappresentanza nelle società. In particolare, senza voler riaffrontare la questione alla quale si rimanda⁹⁴, si dovrebbe passare da un sistema basato meramente sulla pubblicità legale ad un altro, più sostanzialista e flessibile, ma che non trova alcun riferimento normativo e che valuti caso per caso l’opponibilità dei limiti dei poteri dei rappresentanti di s.p.a.⁹⁵

La conclusione sarebbe che è possibile, in casi particolari, opporre ai terzi le limitazioni statutarie prescindendo dal dolo di questi al fine di avere una maggiore

⁹²Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 290.

⁹³Art. 2448 c.c. **Effetti della pubblicazione nel registro delle imprese.** Gli atti per i quali il Codice prescrive l’iscrizione o il deposito nel registro delle imprese sono opponibili ai terzi soltanto dopo tale pubblicazione, a meno che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza.

Per le operazioni compiute entro il quindicesimo giorno dalla pubblicazione di cui al comma precedente, gli atti non sono opponibili ai terzi che provino di essere stati nella impossibilità di averne conoscenza.

⁹⁴Vedi Sez. 2.2.

⁹⁵La problematica affrontata dalla Corte di Cassazione riguarda le limitazioni alla procura, ma ritengo sia estendibile anche alla revoca della stessa.

coerenza sistematica. Se così fosse, in tali casi, si dovrebbe dequalificare lo stato soggettivo del terzo dal dolo alla malafede proprio come la seconda parte del primo comma dell'art. 1396 c.c. prevede. È un'ipotesi che, nell'irrelevanza dell'opinione di chi scrive, mi sono permesso di respingere in quanto non supportata dalle norme e contraria allo spirito della riforma del 2003 che ha voluto *esasperare*, al fine di una maggiore coerenza con l'ordinamento comunitario, l'inopponibilità dei limiti ai poteri degli amministratori rappresentanti. La risposta quindi alla domanda se il primo comma dell'art. 1396 c.c. trova pienamente applicazione nel diritto societario è, a mio avviso, negativa, quantomeno per l'aspetto concernente la modificazione dei poteri dei rappresentanti.

Un altro aspetto riguardante ancora questa norma, in particolare il secondo comma che esclude che ai terzi che ignorano senza colpa l'estinzione dei poteri possa essere opposta l'estinzione stessa, è quello della rappresentanza apparente nella s.p.a.

Come si avrà modo di specificare⁹⁶ è ormai consolidato l'orientamento che punisce comportamenti colposi della società tali da ingenerare nei confronti del terzo l'incolpevole convincimento che il soggetto con cui si è negoziato fosse titolare dei poteri. Apparentemente questo orientamento sembrerebbe coerente con il secondo comma dell'art. 1396 c.c., tuttavia c'è da capire se è sufficiente, come richiede la norma in questione, la sola diligenza del terzo ovvero, come prevede l'orientamento sopra citato, se è necessaria anche la *complicità* dell'ente. È possibile, e forse probabile, che qualora il terzo sia incolpevole, tale assenza di colpa, sia fondata proprio sull'atteggiamento, viceversa colposo, della società. Se così è, il secondo comma dell'art. 1396 c.c. trova pacifica applicazione. Se invece si svincolano, evidentemente ritenendo svincolabili le due condotte, allora non basterà il requisito della diligenza di cui al secondo comma della norma in esame, ma sarà necessario rintracciare la condotta colposa della società.

Passando all'art. 1397 c.c.⁹⁷ non credo sia necessario alcun commento. L'amministratore che non ha più poteri deve ovviamente *restituire* la procura.

Per l'art. 1398 c.c.⁹⁸ che disciplina l'ipotesi di *apparentia iuris*, il discorso è

⁹⁶Vedi Sez. 3.5.

⁹⁷Art. 1397 c.c. **Restituzione del documento di rappresentanza.** Il rappresentante è tenuto a restituire il documento dal quale risultano i suoi poteri, quando questi sono cessati.

⁹⁸Art. 1398 c.c. **Rappresentanza senza potere.** Colui che ha contrattato come rappresentante senza

medesimo dell'art. 1396.2 c.c. sopra esposto, al quale si rimanda oltre che rinviare, per una più efficace analisi, alle pagine che seguono⁹⁹.

Mette qui conto osservare che al di là dell'ipotesi di *apparentia iuris*, la norma in questione prevede che il danno cagionato dal rappresentante senza poteri, o eccedente i limiti impostigli, sia risarcito dallo stesso. Tralasciando la problematica relativa alla natura contrattuale od extracontrattuale del danno, è palese che anche nel caso di rappresentanza sociale l'amministratore sia responsabile del danno posto in essere dalla sua condotta illecita.

Altra problematica non indifferente è quella riguardante la possibilità o meno di ratifica *ex art.* 1399 c.c.¹⁰⁰ da parte del consiglio di amministrazione dell'atto posto in essere dal rappresentante. Dal momento che si tratta di identificare inizialmente i *reali* titolari del potere di ratifica, così come l'oggetto della stessa, non è possibile, neppure incidentalmente, affrontare la problematica. In ogni caso è possibile anticipare la questione dicendo che difficilmente, o comunque non in senso assoluto, si potrà parlare di ratifica, poiché l'atto posto in essere dal rappresentante, seppur eccedente i limiti dei poteri a questi attribuiti, sarà valido e vincolante per la società. Questo presupposto, come vedremo nel paragrafo 4.2.7, delimita, e non di poco, la discussione a cui si rimanda.

Infine concludo questa sommaria analisi dei rapporti tra le norme del diritto comune e quelle speciali della società per azioni, con l'analisi dell'art. 1400 del codice¹⁰¹ il quale rimanda, per le speciali forme di rappresentanza nelle imprese agricole e commerciali alle norme del libro V. Non comprendo pienamente il motivo per cui averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto.

⁹⁹Vedi Sez. 3.5.

¹⁰⁰Art. 1399 c.c. **Ratifica.** Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, il contratto può essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso.

La ratifica ha effetto retroattivo, ma sono salvi i diritti dei terzi.

Il terzo e colui che ha contrattato come rappresentante possono d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica.

Il terzo contraente può invitare l'interessato a pronunziarsi sulla ratifica assegnandogli un termine, scaduto il quale, nel silenzio, la ratifica s'intende negata.

La facoltà di ratifica si trasmette agli eredi.

¹⁰¹Art. 1400 c.c. **Speciali forme di rappresentanza.** Le speciali forme di rappresentanza nelle imprese agricole e commerciali sono regolate dal libro V.

il legislatore abbia previsto il rinvio esplicito solo per le imprese agricole e commerciali. Il problema non sussiste se si intende “impresa” – agricola o commerciale che sia – in senso lato, quindi anche quella esercitata in forma collettiva. Viceversa si deve ritenere escluso il rimando e prevedere che le norme di cui all’art. 1387 e ss. c.c. si applichino anche alla società per azioni – esclusa dalla clausola di rinvio – “salvo che la legge disponga diversamente”, e cioè salvo la legge societaria. Ritengo in ogni caso piuttosto irrilevante tale problematica.

3.2 La natura “volontaria” o “legale” della rappresentanza

Prima di poter esaminare a fondo il potere di rappresentanza degli amministratori della società per azioni è necessario sciogliere il nodo relativo all’individuazione della fonte di tale potere.

Fino alla riforma del 2003 il dibattito era molto acceso, infatti l’art. 2384 del codice previgente¹⁰² nulla diceva al riguardo, lasciando ampio spazio alle interpretazioni.

Stabiliva soltanto che gli amministratori che avevano la rappresentanza della società, potevano compiere tutti gli atti che rientravano nell’oggetto sociale, salvo i limiti previsti dalla legge o dall’atto costitutivo. È facile, quindi, comprendere come, in un universo legislativo come quello precedente alla riforma, fosse difficile stabilire con assoluta certezza la natura volontaria o legale della rappresentanza.

Vi era chi sosteneva che questo potere provenisse direttamente dalla legge e chi, viceversa, propendeva per un’origine volontaria della rappresentanza.

In ordine alla fonte legale del potere degli amministratori di vincolare la società, un’autorevole dottrina adduceva che l’originarietà della rappresentanza istituzionale della società trovava il suo fondamento nella legge, dal momento che funzione necessaria ed imprescindibile per l’attuazione del “programma sociale” era proprio quella di poter rappresentare la società. Inoltre, sempre lo stesso autore, argomentava la sua tesi da un punto di vista logico, di compatibilità con lo stesso dettato normativo del vecchio art. 2384, il quale prevedeva, come già ricordato, che il potere degli amministratori di rappresentare la società era inderogabile, salvo i limiti della legge

¹⁰²Vedi nt. 7.

e dell'atto costitutivo, con la conseguenza che ai soci era sottratta la possibilità di definizione dell'ambito di esercizio di tale potestà¹⁰³.

Il problema era anche quello di individuare quale norma conferisse agli amministratori tale potere: l'art. 2384 del codice¹⁰⁴ non era di aiuto, non stabilendo nulla al riguardo. La dottrina allora vedeva nell'art. 2328, n.9¹⁰⁵ la soluzione a questo quesito, il quale imponeva che l'atto costitutivo indicasse quali tra gli amministratori avessero la rappresentanza sociale.

Accanto all'art. 2384 del codice, che definiva la disciplina della rappresentanza sociale, sussisteva l'art. 2328, n.9 che invece stabiliva i criteri di individuazione soggettiva dei titolari del potere di rappresentanza sociale definiti appunto dall'art. 2384.

In particolare sulla titolarità del potere rappresentativo, l'art. 2328, n.9 stabiliva che la rappresentanza poteva essere attribuita soltanto ad alcuni degli amministratori in virtù della designazione prevista dall'atto costitutivo, nel senso che questo “*doveva* stabilire un meccanismo di attribuzione che *consentisse* di identificare quale, tra gli amministratori che *venivano* nominati, *era* investito della funzione rappresentativa”¹⁰⁶ (corsivo mio).

Tuttavia, l'art. 2328, n.9 non stabiliva che *solo* una previsione statutaria potesse conferire il potere di rappresentanza, poiché, prosegue sempre lo stesso autore¹⁰⁷, se così fosse stato, si sarebbe dovuta negare la possibilità di supplire ad una mancata indicazione con un principio legale che attribuisse il potere di rappresentanza.

Dall'altra parte invece chi sosteneva, ancor prima della riforma del 2003, la natura volontaria della rappresentanza, in particolare che il potere di rappresentare la società derivasse dallo statuto¹⁰⁸.

Tra questi, vi era chi riteneva che la fonte *volontaria* fosse un contratto e chi un atto *unilaterale* posto in essere dall'assemblea. Tra i primi, il più autorevole precisava

¹⁰³Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 130.

¹⁰⁴Vedi nt. 7.

¹⁰⁵Art. 2328, n.9 c.c. previgente **Atto costitutivo**. 9) il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società.

¹⁰⁶Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 130.

¹⁰⁷*Ibidem*.

¹⁰⁸Così G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Capacità delle società e rappresentanza degli amministratori*, in *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G. F. Campobasso, Vol. 1, Milano, 2003, 573 ss.

che si trattava di un contratto con oggetto una prestazione di lavoro avente come contenuto un'attività giuridica, in parte in forma subordinata ed in parte in forma autonoma¹⁰⁹.

Tra i secondi invece, l'opinione dominante sosteneva che la nomina, essendo un atto interno alla società, conferiva l'incarico all'amministratore, ma non prima della sua accettazione, con cui, tuttavia, non si perfezionava un contratto, essendo questa, una semplice condizione di efficacia dell'atto unilaterale col quale l'amministratore veniva incaricato del suo ufficio¹¹⁰.

Oggi a seguito della riforma del diritto societario, la questione è sensibilmente migliorata.

Innanzitutto l'art. 2365.2 c.c.¹¹¹ permette all'assemblea straordinaria di attribuire al consiglio di amministrazione, al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione la competenza di modificare la clausola statutaria relativa al potere di rappresentanza degli amministratori. Ciò non è superfluo, in quanto i soci potranno scegliere di legittimare il consiglio di amministrazione nella scelta dei rappresentanti della società.

Il nuovo art. 2384 c.c.¹¹², invece, esordisce prevedendo al primo comma che il potere di rappresentanza degli amministratori è attribuito dallo statuto o dalla deliberazione di nomina. Evidentemente la vera novità sul punto è rappresentata non dalla attribuzione statutaria del potere di rappresentanza, che era prevista anche nel regime previgente, ma dal fatto che possa essere la stessa deliberazione di nomina ad attribuire tale potestà.

¹⁰⁹Così G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 71.

¹¹⁰Così G. FERRI, *Le società*, III ed., UTET, Torino, 1987, 493 ss.

¹¹¹Art. 2365 c.c. **Assemblea straordinaria.** L'assemblea straordinaria delibera sulle modificazioni dello statuto, sulla nomina, sulla sostituzione e sui poteri dei liquidatori e su ogni altra materia espressamente conferita dalla legge alla sua competenza.

Fermo quanto disposto dagli articoli 2420-ter e 2443, lo statuto può attribuire alla competenza dell'organo amministrativo o del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione le deliberazioni concernenti la fusione nei casi previsti dagli articoli 2505 e 2505-bis, l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie, la indicazione di quali tra gli amministratori hanno la rappresentanza della società, la riduzione del capitale in caso di recesso del socio, gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normativa, il trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale. Si applica in ogni caso l'articolo 2436.

¹¹²Vedi nt. 1.

C'è da chiedersi se queste nuove disposizioni abbiano una certa rilevanza in ordine alla questione che si sta trattando.

La risposta è facilmente intuibile, poiché, la tesi della volontarietà della fonte del potere di rappresentanza, almeno a seguito della riforma, deve prevalere.

Una risposta positiva sul punto è data proprio dal nuovo art. 2384 c.c.¹¹³ il quale, affermando che la rappresentanza è attribuita dallo statuto o dalla nomina, evidenzia come tale potere non sia automaticamente conferito dalla nomina di amministratore. Ciò è la conferma, prima di tutto, di quanto detto in precedenza per quanto concerne la separazione del potere di gestione dal potere di rappresentanza. Inoltre, rappresenta argomento decisivo e decisorio a favore della tesi della volontarietà della rappresentanza dal momento che non ogni atto di nomina conferisce tale potere, ma una nomina per così dire *ad hoc*, che abbia cioè una espressa indicazione in questa direzione. È evidente che non ogni designazione della carica di amministratore all'interno di una società per azioni conferisca anche il potere di rappresentarla, ma solo la nomina che avrà quel *quid pluris* volontario, col quale si attribuisce all'amministratore il potere di manifestare all'esterno la volontà della società con effetti giuridicamente imputabili a quest'ultima. Concludendo sul punto si può affermare come la legge, oggi, legittimi una clausola dello statuto che semplicemente rimetta la decisione, su chi tra gli amministratori ha il potere di rappresentanza, all'assemblea ordinaria dei soci¹¹⁴.

Un altro argomento a favore, rinvenibile sempre nel nuovo art. 2384 c.c., è dato dal diverso tenore dei due commi della stessa disposizione in questione. Al primo comma, infatti, la legge nulla dice in ordine alla limitazione di questo potere, viceversa al secondo, in cui in modo esplicito si fa riferimento ai limiti della rappresentanza.

Prima della riforma chi propendeva per la natura legale della fonte della rappresentanza, sosteneva che la legge – attribuendo agli amministratori il potere di porre in essere atti in nome e per conto della società – limitasse poi questo potere con la disposizione di cui all'art. 2328, n.9¹¹⁵. In particolare: essendo l'amministratore incaricato di perseguire l'oggetto sociale, era necessario riconoscergli, almeno in via

¹¹³Così G. FERRI, (nt. 110), 493 ss.

¹¹⁴Così C. MALBERTI, (nt. 6), 181.

¹¹⁵Vedi nt. 105.

suppletiva, un potere di rappresentanza generale *ex lege*, corrispondente al potere di gestione, per il solo fatto di essere stato nominato amministratore. Funzione specifica dell'art. 2328, n.9 era, *non* quella di indicare chi tra i membri del consiglio di amministrazione fosse anche rappresentante, bensì la designazione di chi non lo fosse¹¹⁶.

Infine un altro punto a favore della tesi volontaristica della fonte della rappresentanza è da rintracciarsi nel rapporto che c'è tra l'art. 2384 c.c. e il suo omologo nella società a responsabilità limitata. Mentre nell'art. 2384 c.c. troviamo il verbo "attribuire", sintomo forte di un atto di volontà, l'art. 2475-*bis*.1 c.c.¹¹⁷ recita *semplificemente* che "gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società". È evidente a questo punto come il legislatore conosca (ovviamente) la rappresentanza legale e che l'abbia prevista espressamente solo per la società a responsabilità limitata.

3.3 Il problema della titolarità del potere di rappresentanza in caso di mancanza dell'indicazione nello statuto o nella nomina

Di norma, secondo l'art. 2384 c.c., lo statuto o la deliberazione di nomina conferiscono il potere di rappresentanza agli amministratori che, secondo l'art. 2383.4 c.c.¹¹⁸, entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina, devono chiederne l'iscrizione presso il registro delle imprese indicando per ciascuno di loro le generalità, nonché a quali tra questi è attribuita la rappresentanza, precisando se disgiuntamente o congiuntamente.

Se queste norme sono rispettate il problema dell'individuazione non sussiste, in quanto è sufficiente consultare lo statuto o il verbale della deliberazione di nomina

¹¹⁶Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 131.

¹¹⁷Vedi nt. 36.

¹¹⁸Art. 2383.4 c.c. **Nomina e revoca degli amministratori.** Entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente.

ovvero, ancor prima, il registro delle imprese per conoscere chi tra gli amministratori ha il potere di rappresentare la società.

È possibile purtroppo che né lo statuto né la deliberazione di nomina indichino quali tra gli amministratori hanno il potere di rappresentanza della società, per cui essendo impensabile che lo svolgimento di un'attività di impresa possa prescindere dalla manifestazione all'*esterno* delle decisioni prese all'*interno* della società, è necessario risolvere tale questione.

Le soluzioni proposte dalla dottrina nel corso degli anni, sia prima che dopo la riforma, sono molteplici e presentano tutte dei *pro* e dei *contro* e, in ogni caso, non forniscono una risposta risolutiva.

Si è ipotizzato, e qualcuno continua ad ipotizzare, che il potere di rappresentanza, in tale fattispecie, possa spettare a tutti gli amministratori disgiuntamente.

Dopo la riforma alcuni Autori ritengono che, tranne il caso in cui l'atto di nomina disponga che il potere di rappresentanza vada esercitato congiuntamente, questo spetti ad ogni amministratore disgiuntamente¹¹⁹.

Quest'idea ha il pregio di analizzare il problema da un punto di vista sistematico. Ci sono varie norme all'interno del nostro codice che prevedono la possibilità di concludere affari disgiuntamente, come nel caso della pluralità di mandatari *ex art.* 1716 c.c.¹²⁰, ovvero nel caso della pluralità di institori *ex art.* 2203.3 c.c.¹²¹ e, ancora, nel caso dell'amministrazione della società semplice ove, in difetto di specificazione, ciascun socio può amministrare la società e rappresentarla disgiuntamente, secondo

¹¹⁹Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 289.

¹²⁰Art. 1716 c.c. **Pluralità di mandatari.** Salvo patto contrario, il mandato conferito a più persone designate a operare congiuntamente non ha effetto, se non è accettato da tutte. Se nel mandato non è dichiarato che i mandatari devono agire congiuntamente, ciascuno di essi può concludere l'affare. In questo caso il mandante, appena avvertito della conclusione, deve darne notizia agli altri mandatari; in mancanza è tenuto a risarcire i danni derivanti dall'omissione o dal ritardo.

Se più mandatari hanno comunque operato congiuntamente, essi sono obbligati in solido verso il mandante.

¹²¹Art 2203 c.c. **Preposizione institoria.** È institore colui che è preposto dal titolare all'esercizio di un'impresa commerciale.

La preposizione può essere limitata all'esercizio di una sede secondaria o di un ramo particolare dell'impresa.

Se sono preposti più institori, questi possono agire disgiuntamente, salvo che nella procura sia diversamente disposto.

il combinato disposto degli artt. 2257.1 c.c.¹²² e 2266.2 c.c.

Anche prima della riforma parte della dottrina ha sostenuto che la soluzione da preferire dovesse essere, sempre in virtù di tali richiami, quella che prospettava il potere di rappresentanza in via disgiunta in capo a tutti gli amministratori¹²³.

Questa ipotesi è stata criticata da un'autorevole dottrina che ha contestato il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 2266.2 c.c. poiché il principio espresso da tale norma trova applicazione all'interno del sistema legale di amministrazione disgiuntiva previsto per la società semplice ed è incompatibile con la disciplina dell'amministrazione delle società di capitali¹²⁴. Lo stesso autore però, fa ricorso all'applicazione analogica degli artt. 1716 c.c. e 2203.3 c.c. per sostenere l'ipotesi che, in caso di indicazione solo degli amministratori che hanno la rappresentanza e non delle modalità di esercizio di tale potere, questo possa essere esercitato in via disgiuntiva¹²⁵.

In ogni caso è difficile non rilevare come l'accoglimento di una posizione che prevede un esercizio disgiunto del potere di rappresentanza comporti un margine di azione troppo elevato per gli amministratori¹²⁶. Questi potranno vincolare la società in maniera totalmente arbitraria e se si pensa che in una tale situazione, non esistono limitazioni alla loro azione, al di là dei rimedi meramente interni all'ente, ci si rende conto che il mero dato sistematico non basta a fondare una soluzione di così radical portata.

Altra ipotesi è quella che prevede un potere di rappresentanza spettante a tutti gli amministratori congiuntamente. L'autorevole dottrina che criticava il precedente orientamento riteneva che, in mancanza di specificazione dell'atto costitutivo, il

¹²²Art 2257 c.c. **Amministrazione disgiuntiva.** Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri.

Se l'amministrazione spetta disgiuntamente a più soci, ciascun socio amministratore ha diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere, prima che sia compiuta.

La maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili, decide sull'opposizione.

¹²³Così G. F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, in *Diritto commerciale*, Vol. 2, V ed., Torino, 2002, 387.

¹²⁴Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 131 ss.

¹²⁵*Ibidem*, 132 ss.

¹²⁶Così M. SCIUTO - P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo - G. B. Portale, Vol. 1, Torino, 2004, 56, nt. 84.

potere di rappresentanza competesse a tutti gli amministratori congiuntamente. Sosteneva l'Autore – prima della riforma – che sebbene il metodo collegiale previsto per la gestione sia adatto sì per la formazione della volontà *interna* della società, non rappresenta comunque modalità idonea alla manifestazione all'*esterno* di tale volontà. Vi potrà invece essere un esercizio collettivo del potere di rappresentanza congiuntiva, forma questa che assicura una certa suscettibilità di conformità della manifestazione esteriore rispetto al processo decisionale interno¹²⁷.

Un altro autore, sempre prima della riforma, riteneva che la rappresentanza dovesse competere al consiglio di amministrazione, quindi, a tutti i consiglieri congiuntamente. Le motivazioni addotte riguardano l'inapplicabilità al processo di esternazione della volontà interna né del metodo collegiale né del principio di maggioranza¹²⁸.

Lo stesso Autore dopo la riforma, con motivazioni sostanzialmente identiche, sostiene: “in mancanza di previsione statutaria o di deliberazione dell'assemblea, la rappresentanza attiva spetta all'intero consiglio di amministrazione: più esattamente essa compete in tal caso a tutti i consiglieri congiuntamente, non essendo applicabili né il metodo collegiale né il principio di maggioranza, che sono peculiari alla formazione interna della volontà e non alla sua manifestazione esterna”; prosegue criticando poi l'orientamento precedentemente descritto in quanto “non è concepibile una rappresentanza disgiuntiva in un sistema in cui, nei rapporti interni, l'attività di gestione e la relativa responsabilità vengono riferite all'organo nel suo complesso”¹²⁹.

Questa seconda ipotesi risolve indubitabilmente le problematiche presentate da quella precedente. Se la rappresentanza spetta a tutti gli amministratori congiuntamente è evidente che lo spettro dell'abnorme margine di libertà concesso a ciascun consigliere dall'esercizio disgiuntivo viene definitivamente scongiurato. Tuttavia è di pari immediatezza, rispetto alla dottrina criticata, l'inidoneità di tale orientamento a risolvere la questione.

Soluzione quest'ultima di non rara impraticabilità almeno per due motivi: il primo, è che sarebbe davvero complicato svolgere un'attività di impresa che – ovvia-

¹²⁷ Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 131 ss.

¹²⁸ Così F. DI SABATO, *Manuale delle società*, V ed., Torino, 1995, 495.

¹²⁹ Così F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 287.

mente – perfezionandosi con la contrattazione, richiederebbe la presenza di tutto il *board*; il secondo motivo, riflesso del primo, è che così facendo ogni amministratore avrebbe di fatto un potere di veto in ordine all'esercizio dell'attività economica della società. Ciò contrasta con ogni possibile concezione del diritto societario moderno, che invoca maggiore speditezza nei traffici commerciali, e, inoltre, non trova nemmeno alcun fondamento nell'ordinamento giuridico che, nell'ipotesi di rappresentanza pluripersonale, sembra prediligere, viceversa, una rappresentanza disgiuntiva¹³⁰.

Infine prospettare una rappresentanza congiuntiva porterebbe il recupero della rilevanza esterna dei vizi delle deliberazioni, col rischio di contrastare i principi dell'ordinamento comunitario in materia¹³¹.

Altro tentativo di risoluzione è quello di prospettare, nel caso di mancata indicazione nello statuto o nella deliberazione di nomina, un potere di rappresentanza congiuntivo in capo alla maggioranza degli amministratori. Questa tesi ha il pregio, da un lato, di garantire una maggior speditezza dei traffici e, dall'altro, di consentire un certo grado di certezza di compatibilità tra il processo decisorio interno e la sua manifestazione all'esterno¹³². Tuttavia si devono fare i conti con l'ordinamento positivo, e non vi è norma che possa confermare questa impostazione.

Una quarta ipotesi, fondata sull'idea che ci sarebbe una tendenziale coincidenza tra il potere di gestione e il potere di rappresentanza degli amministratori, propone di risolvere la questione ipotizzando un potere di rappresentanza collegiale¹³³.

Anche rispetto al sistema previgente parte della dottrina aveva già proposto questa soluzione, ritenendo che, in mancanza di indicazioni al riguardo e, qualora mancassero anche delle deleghe in capo a dei membri del consiglio, il potere di rappresentanza spettasse a tutti gli amministratori collegialmente¹³⁴. Si è già rilevato come il metodo collegiale sia inadatto rispetto all'esercizio del potere di rappresentanza¹³⁵.

Un'ennesima proposta potrebbe essere quella di identificare - sempre in difetto di specificazione - il presidente del consiglio di amministrazione come rappresentante

¹³⁰Così C. MALBERTI, (nt.6), 184.

¹³¹Così P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 154 ss.

¹³²*Ibidem*, 155.

¹³³Così G. MINERVINI, (nt. 109), 145 ss.

¹³⁴Così F. FERRARA JR - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, XXII ed., Milano, 2001, 516.

¹³⁵Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 132.

della società. Nella pratica, infatti, al *presidente* viene spesso attribuito il potere di rappresentanza. Se si pensa al ruolo di garanzia e coordinamento che il nuovo art. 2381 c.c. gli attribuisce, si può addirittura pensare che, in via suppletiva, oltre a questi ruoli gli si possa conferire anche quello di rappresentante.

Al di là del fatto che questa ipotesi non è stata sviluppata da nessun autore, vi sarebbero comunque i soliti, e non irrilevanti, problemi di ordine normativo: non c'è nessuna disposizione che possa legittimare un potere di rappresentanza in capo al presidente del consiglio di amministrazione in mancanza di una specificazione in tal senso.

Una dottrina non più recentissima sosteneva l'esclusione del potere di rappresentanza in capo a tutti gli amministratori. L'autore in questione, parificando, nella fattispecie, la disciplina della s.p.a. e della s.r.l., evidenziava come fosse *essenziale* l'indicazione dei consiglieri che fossero investiti del potere di rappresentanza della società, ritenendo inapplicabile, come già sottolineato in precedenza, il principio dettato per la società semplice dall'art. 2266.2 c.c.¹³⁶

Questa proposta trova, ad avviso di chi scrive, una fondata critica con la quale si sostiene come una società, e quindi una persona giuridica che ha come scopo quello di svolgere un'attività di impresa, non possa non porsi in relazione con altri soggetti come necessita la peculiarità delle società per azioni. Gli autori, in particolare, sostengono che la mancanza della esternazione delle decisioni prese all'interno della società, provochi una eccessiva perdita di efficienza della disciplina societaria, pregiudicando così quella razionalità che si è prescelta come criterio residuale di risoluzione dei problemi tipologici¹³⁷.

Alla fine di questo lungo dibattito è difficile trovare una risposta definitiva. L'unica certezza rilevabile è la necessaria indicazione di quali amministratori hanno il potere di rappresentare la società, in ogni caso escludendo una simile potestà originaria in capo ad essi.

Tuttavia è necessario analizzare un'ultima ipotesi. Una recente dottrina riconosce agli amministratori, in via suppletiva, come naturale effetto del contratto di società, un potere di rappresentanza. Ciò in virtù di un parallelismo con l'ultimo

¹³⁶Così G. C. M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1982, 106 ss., vedi nt. 26.

¹³⁷Così M. SCIUTO - P. SPADA, (nt. 67), 56.

comma dell'art 2386 c.c. il quale dispone che “se vengono a cessare l'amministratore unico o tutti gli amministratori, l'assemblea per la nomina dell'amministratore o dell'intero consiglio deve essere convocata d'urgenza dal consiglio sindacale, il quale può compiere nel frattempo gli atti di ordinaria amministrazione”.

Proseguendo il ragionamento, gli Autori sostengono che, al pari del potere di gestione, anche il potere di rappresentanza si trasferisca ai sindaci. A questo punto si ritiene che, come vi è ammesso un potere di rappresentanza in capo al collegio sindacale, così – in mancanza di indicazione nello statuto o nella nomina – un equivalente potere di manifestazione all'esterno della volontà del consiglio debba trasferirsi suppletivamente all'intero consiglio di amministrazione stesso il quale potrà conferire la rappresentanza ad uno dei suoi membri¹³⁸.

Questa soluzione appare la più adatta poiché, quantunque il metodo collegiale non sia particolarmente soddisfacente nel caso dell'esercizio concreto del potere di rappresentanza, il problema si risolve con una designazione consiliare che conferisca tale potere ad uno dei suoi membri. Quest'ipotesi evidentemente aderisce all'idea di riconoscere una tendenziale coincidenza del potere di gestione col potere rappresentanza.

3.4 Il problema dell'attribuzione del potere di rappresentanza dal consiglio di amministrazione senza un'apposita clausola in statuto

Ancora una volta la legge non consente di risolvere un altro nodo importante: quello della possibile attribuzione del potere di rappresentanza in virtù di una delibera del consiglio di amministrazione. È possibile, infatti, che la clausola dello statuto sociale relativa al potere di rappresentanza della società non contempli in capo ai consiglieri delegati questo potere.

Nulla quaestio se lo statuto prescrive che il potere di rappresentanza spetta a quegli amministratori cui sono conferite delle deleghe dal consiglio di amministra-

¹³⁸Così C. MALBERTI, (nt.6), 185 ss; conforme G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo - G. B. Portale, Vol. 5, Torino, 1988, 139.

zione, caso in cui, la delibera del consiglio, assegnando le deleghe agli amministratori, attribuisce loro anche il potere di rappresentanza.

Il problema di cui ci si occupa, riguarda in particolare la possibilità o meno di far discendere dal conferimento di una delega anche il potere di rappresentanza di cui all'art 2384 c.c. e la questione riguardante il caso specifico in cui lo statuto non abbia provveduto alla designazione dei rappresentanti, ma semplicemente abbia indicato quali tra gli amministratori abbia delle deleghe ovvero abbia solamente definito un comitato esecutivo.

Tale tematica è stata affrontata da tempo e, prima della riforma del 2003, erano state prospettate diverse soluzioni.

La prima sosteneva, e sostiene, che, sebbene l'amministratore delegato non sia indicato come rappresentante nell'atto costitutivo o nello statuto, sia in ogni caso rappresentante della società *ex art. 2384 c.c.*, in virtù del principio che vuole che vi sia una tendenziale coincidenza tra il potere di gestione ed il potere di rappresentanza degli amministratori nelle società per azioni, a maggior ragione come nel caso di specie in cui nulla è specificato. Altro argomento a favore della suddetta tesi è di carattere testuale: nell'art. 2384.1 c.c. l'inciso che recita "il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla *deliberazione di nomina*", potrebbe legittimamente essere inteso relativamente ad una deliberazione del consiglio di amministrazione. Infine l'autore più vicino a tale ipotesi sostiene che in ogni caso la delega, in mancanza di limitazioni, debba essere comprensiva di tutti i poteri del consiglio di amministrazione, compresa la rappresentanza sociale¹³⁹.

Ancor prima della riforma si criticava l'opinione che escludeva l'applicazione della disciplina della rappresentanza degli amministratori, al caso di specie, per una molteplice serie di motivazioni:

- la direttiva comunitaria coprirebbe ogni ipotesi di limitazione volontaria ai poteri di rappresentanza degli amministratori;
- gli amministratori delegati sarebbero rappresentanti in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 2384 c.c.;

¹³⁹Così F. BONELLI, *Gli amministratori di Spa dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 45.

- le norme di diritto comune e quelle in tema di rappresentanza commerciale non sono applicabili, specialmente le seconde, in difetto di una procura institoria;
- se si adottasse l'ipotesi che esclude l'applicazione dell'art 2384 c.c. si avrebbe un'eccessiva disparità tra le limitazioni *de quibus* e quelle previste nella delega;
- l'applicazione di una disciplina che prevede una tutela inferiore nei confronti della parte debole, in forza di una scelta, un diversivo, potrebbe risultare fraudolenta nei confronti della *ratio* che sottende la disciplina volta a proteggere il terzo¹⁴⁰.

Questa impostazione è stata da più parti criticata e bocciata, anche da dottrina successiva alla riforma, in forza di argomenti decisamente comprensibili.

Innanzitutto convince il rilievo che, facendo leva sull'introduzione da parte della riforma dell'art. 2380-*bis* c.c.¹⁴¹, esclude la corrispondenza, tendenziale o suppletiva, del potere di gestione – limitato all'oggetto sociale dalla novella del 2003 – con il potere di rappresentanza. In secondo luogo, l'art. 2365.2 c.c.¹⁴² dispone che l'assemblea, a maggioranza rinforzata, possa attribuire al consiglio di amministrazione la designazione di chi tra gli amministratori ha il potere di rappresentanza; di conseguenza appare non contemplata l'ipotesi che, fuori dal caso di cui all'art. 2365.2 c.c., il consiglio abbia potestà in ordine al conferimento di tale potere¹⁴³.

Anche prima della novella del 2003, alcuni Autori respingevano l'ipotesi dell'attribuzione del potere di rappresentanza in forza di un'attribuzione di una delega da parte del consiglio di amministrazione.

In particolare, il potere di rappresentanza dei delegati non si fonderebbe sullo statuto, ma sulla delega, con la conseguenza che non potrà applicarsi la disciplina di cui all'art. 2384 c.c., poiché *le rappresentanze* sarebbero fondate, una sulla delega e l'altra sull'art. 2384 del codice. Inoltre, in forza di un coordinamento più rigoroso tra le norme relative alla delega e quelle che disciplinano la pubblicità della nomina, si dovrebbe preferire la tesi restrittiva. Infatti, la disciplina dell'iscrizione nel registro delle imprese degli amministratori che hanno il potere di rappresentanza della

¹⁴⁰Così F. BONELLI, (nt. 11), 114 ss.

¹⁴¹Vedi nt. 23.

¹⁴²Vedi nt. 111.

¹⁴³Così C. MALBERTI, (nt. 6), 187 ss.

società, non dispone che nel caso di procura conferita dal consiglio di amministrazione all'amministratore delegato debba esserci il medesimo regime pubblicitario, con la conseguenza di una conoscibilità inferiore per il terzo con cui contratterà¹⁴⁴.

Altri rilievi sono configurabili a seguito di una più approfondita analisi del dettato comunitario. L'art. 9 della I Direttiva¹⁴⁵ estende l'inopponibilità anche alle limitazioni risultanti da decisioni degli organi competenti, consentendo così di estendere tale principio ad ogni limite posto alla procura del rappresentante. Tuttavia non sembrerebbe estendere tale regime anche al caso in cui il potere di rappresentanza consegua da una fonte extra-statutaria, come nel caso dell'atto di delega con cui si conferisce lo *status* di amministratore delegato¹⁴⁶.

Dal punto di vista sistematico, e come sostenuto in precedenza¹⁴⁷, l'art. 2328.2, n.9 c.c.¹⁴⁸ permette di identificare e di *isolare* i rappresentanti – *ex art. 2384 c.c.* – della società, cui si circoscriverà l'ambito soggettivo di applicazione di tale istituto; trascurare il profilo sistematico della questione e forzare la disposizione di cui all'art. 2328.2, n.9 c.c. risponderebbe ad una impropria esegesi della disciplina¹⁴⁹.

Un altro importante argomento è di natura comparatistica. Come da più parti rilevato, nell'ordinamento tedesco – maggiore ispiratore della disciplina comunitaria – il par. 78, *Abs. 4 AktG*¹⁵⁰ stabilisce che i limiti previsti dalla delega di firma, a differenza di quelli previsti per la rappresentanza generale, sono opponibili ai terzi^{151 152}.

C'è da dire che la delega *italiana* può comprendere tutti i poteri gestori – esclusi quelli indelegabili – e rappresentativi. Tuttavia questo argomento rafforza la tesi contraria all'estensione del potere di rappresentanza generale in forza della delega del potere di amministrazione in quanto è evidente come questa non sia stata con-

¹⁴⁴Così M. FRANZONI, *Gli amministratori e sindaci*, UTET, Torino, 2002, 178 ss.

¹⁴⁵Vedi nt. 9.

¹⁴⁶Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 155 ss.

¹⁴⁷Vedi Sez. 3.2.

¹⁴⁸Art. 2328.2, n.9 c.c. **Atto costitutivo.** L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve indicare:

9) il sistema di amministrazione adottato, il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società;

¹⁴⁹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 156.

¹⁵⁰§78 *Abs. 4 AktG*, argomento consultato in V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 156.

¹⁵¹Così M. FRANZONI, (nt. 144), 179, nt. 43.

¹⁵²Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10).

templata dal legislatore comunitario che ha trovato ispirazione proprio nel diritto tedesco.

Altra importante contestazione, fondata sulla dissociazione del potere gestorio dal potere di rappresentanza, consente di comprendere come la delega dei poteri di gestione in capo all'amministratore gli attribuisca anche un corrispondente potere di rappresentanza. Qualora la delega conferisca un potere generale di gestione allora vi sarà una corrispondente procura generale in capo all'amministratore delegato, ma estendere in ogni caso, al di là dell'ampiezza dei poteri gestori, al delegato il potere di rappresentare la società *ex art. 2384 c.c.* frustrerebbe il medesimo principio che impone la corrispondenza tra delega gestoria e potere di rappresentanza¹⁵³.

Per quanto riguarda il rischio di un fraudolento utilizzo del conferimento della delega, al fine di eludere il più favorevole regime di opponibilità previsto in favore dei terzi dalla disciplina di cui all'art. 2384 c.c., è evidente come né il diritto comunitario né quello italiano accordano, o mirerebbero ad accordare, una tutela assoluta a coloro che contrattano con l'ente. Inoltre è evidente come il terzo, nell'accertamento dei poteri in capo all'amministratore, avrà sicuramente coscienza del potere di rappresentanza extra-statutario di cui questi è investito.

L'altra critica con cui si contesta che possa esservi una procura institoria senza un conferimento esplicito in tal senso, va respinta per motivi di opportunità. Probabilmente è vero che, almeno dal punto di vista formale, non vi sia piena corrispondenza tra la legittimazione alla rappresentanza institoria e il corrispondente potere in capo all'amministratore delegato, tuttavia tra le due soluzioni qui analizzate, quest'ultima è da preferire, nonostante i rilievi di ordine tecnico-formale. Se infatti, il regime del potere di rappresentanza dell'amministratore delegato fosse disciplinato dagli artt. 2203 e ss. c.c.¹⁵⁴ il risultato sarebbe comunque soddisfacente e coerente, quantomeno da un punto di vista sostanziale, con la *ratio* delle norme in tema di rappresentanza sociale. Investire l'amministratore delegato di un potere – *ex lege* – di rappresentanza equipollente a quello gestorio imporrebbe, da un lato, alla società, di rispettare la norma sulla pubblicità della procura prevista dall'art. 2206 c.c.¹⁵⁵, pena l'inopponibilità ai terzi in buona fede della stessa, e, dall'altro,

¹⁵³ *Ibidem*, 157 ss.

¹⁵⁴ Vedi nt. 121.

¹⁵⁵ Art. 2206 c.c. **Pubblicità della procura.** La procura con sottoscrizione del preponente autenticata

di superare le problematiche inevitabilmente configurabili nel caso in cui lo statuto taccia sul potere di rappresentanza dell'amministratore delegato¹⁵⁶.

Prima di concludere è doveroso sottolineare un altro orientamento, che, conforme al più convincente qui analizzato, esclude, da un lato, che una deliberazione del consiglio di amministrazione sia idonea al conferimento del potere di rappresentanza nei confronti di un amministratore e, dall'altro, sostiene che l'assemblea possa collegare alla delega gestoria anche il potere di rappresentanza in virtù della deliberazione ai sensi dell'art. 2381.2 c.c.¹⁵⁷¹⁵⁸

Si è visto come in ogni caso non possa esserci una risposta definitiva alla problematica esposta, tuttavia, anche a seguito della riforma, è da preferirsi l'orientamento che impone una deliberazione, di nomina o *ex art. 2381.2 c.c.*, dell'assemblea ovvero la previsione nello statuto di una disposizione che attribuisca il potere di rappresentanza *generale* dell'amministratore. In difetto dello statuto o della deliberazione dell'assemblea, il consiglio di amministrazione non potrà conferire oltre alle deleghe gestorie anche il potere di rappresentanza generale *ex art. 2384 c.c.*, ma l'amministratore delegato sarà *ex lege* rappresentante commerciale ai sensi degli artt. 2203 e ss. cc.¹⁵⁹.

3.5 La mancata attribuzione del potere di rappresentanza

Occorre, adesso, occuparsi del caso in cui il potere di rappresentanza non venga attribuito ad alcun amministratore. Il fatto in sé, come in precedenza sostenuto – *ideologicamente* inaccettabile – che una società, ente votato fisiologicamente alla contrattazione, possa non prevedere in capo ad alcuno degli amministratori il potere di impegnare la stessa¹⁶⁰, non osta invece – da un punto di vista prettamente

deve essere depositata per l'iscrizione presso il competente ufficio del registro delle imprese.

In mancanza dell'iscrizione, la rappresentanza si reputa generale e le limitazioni di essa non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione dell'affare.

¹⁵⁶Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 159.

¹⁵⁷Art. 2381.2 c.c. **Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati.** Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti.

¹⁵⁸Così G. D. MOSCO, *Commento sub art. 2384*, in *Società di capitali: commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 609 ss.

¹⁵⁹Vedi nt. 121.

¹⁶⁰Così M. SCIUTO - P. SPADA, (nt. 126), 56.

giuridico – l’analisi delle conseguenze derivanti da un atto posto in essere, in nome della società, dall’amministratore non dotato del potere di rappresentanza. Il tema, ben noto nella rappresentanza *ex art.* 1387 e ss. c.c.¹⁶¹ e risolto dallo stesso Capo VI del codice civile¹⁶², non pare essere disciplinato dal diritto *speciale* societario. Tuttavia, anche in ordine a tale problematica, la dottrina si è mossa proponendo diverse soluzioni.

Ad avviso di chi scrive è importante la premessa, posta alla base del ragionamento, fatta da Illustre Autore secondo cui “il riconoscimento della natura volontaria o *legale* dell’attribuzione del potere di rappresentanza ci consente di risolvere anche un altro problema strettamente collegato ai temi precedenti, vale a dire di quali siano le conseguenze degli atti compiuti in nome della società da parte degli amministratori ai quali né lo statuto né l’atto di nomina hanno attribuito il potere di rappresentanza” (corsivo mio)¹⁶³.

Prosegue lo stesso Autore che in caso di adozione della tesi *legalistica* “si deve necessariamente concludere che ogni clausola statutaria, con cui la rappresentanza sociale viene attribuita soltanto ad alcuni degli amministratori, costituisce un limite statutario al quale dovrebbe essere applicata la disciplina prevista all’art. 2384, comma 2”¹⁶⁴.

In realtà l’opinione dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza, prevedeva che, nel caso in cui vi fosse carenza di poteri del rappresentante, non potessero esserci strumenti di tutela nei confronti del terzo, escludendo che l’*apparentia iuris ex art.* 1398 c.c.¹⁶⁵ potesse essere invocata nei casi in cui la legge imponesse forme di pubblicità legali¹⁶⁶. La giurisprudenza della Suprema Corte, conformemente alla dottrina, ha sostenuto sostanzialmente che nei casi in cui mediante il controllo dei registri si potesse accertare o meno l’esistenza del potere di rappresentanza dell’amministratore, il principio di apparenza del diritto dovesse essere *tout court* escluso¹⁶⁷.

¹⁶¹ Vedi nt. 76.

¹⁶² Vedi ntt. 98 e 100.

¹⁶³ Così C. MALBERTI, (nt. 6), 189.

¹⁶⁴ *Ibidem*, 190.

¹⁶⁵ Vedi nt. 98.

¹⁶⁶ Così M. FRANZONI, (nt. 144), 199 ss.

¹⁶⁷ Cass., 16 agosto 1990, n. 8309.

Questa prospettiva sembra essere ormai superata in quanto sia la giurisprudenza di legittimità più recente che la dottrina dominante, sembrano preferire un approccio meno formale e più sostanziale della vicenda.

Diversi autori, ormai, hanno aderito all'opinione che, in particolari casi e in presenza di determinati requisiti, gli atti posti in essere dal *falsus procurator* devono essere vincolanti nei confronti della società.

Questa diversa opinione si spiega in virtù di un'estensione del principio di apparenza del diritto, in forza del quale, adesso, il regime di opponibilità nei confronti del terzo della carenza dei poteri del falso rappresentante non deve fondarsi esclusivamente sulla pubblicità legale. Qualora si riscontri un affidamento che, esulando dagli strumenti pubblicitari, si fonda su "una situazione giuridica *che*, in realtà inesistente, appaia esistente a un soggetto, non a causa di un suo comportamento negligente, ma per effetto del comportamento colposo del soggetto, nei cui confronti l'apparenza è invocata", tale affidamento è definito tutelabile, con la conseguenza che il negozio posto in essere dalle parti¹⁶⁸ vincolerà la società¹⁶⁹.

Questa dottrina è suffragata dal più recente orientamento della Suprema Corte che sostiene come sia sufficiente, affinché possa configurarsi un affidamento tutelabile, un comportamento colposo della società tale da ingenerare nei confronti del terzo l'incolpevole convincimento che il soggetto con cui si è negoziato fosse titolare dei poteri¹⁷⁰.

In particolare si sostiene che siano requisiti necessari il conferimento di una procura poi estinta, ma non adeguatamente pubblicizzata, oppure generici comportamenti ambigui della società, ovvero, anche più specifici come il permesso di utilizzo della sede sociale, della carta intestata, dei segni distintivi, e così via.

Un importante spunto è offerto dalle conclusioni espresse da un altro Giurista in un suo scritto. Questi si interroga sulle conseguenze derivanti dall'irrilevanza e dall'inopponibilità ai terzi delle indicazioni statutarie obbligatorie in ordine alla potere di firma congiunta o disgiunta, e sull'analoga previsione concernente l'individuazione stessa dei rappresentanti¹⁷¹. L'autore parte dalla lettura che vedeva nell'art.

¹⁶⁸In realtà le parti nei casi di negozio rappresentativo sono il terzo ed il rappresentato.

¹⁶⁹Così M. FRANZONI, (nt. 144), 200.

¹⁷⁰Cass., 3 marzo 1994, n. 2123.

¹⁷¹Così M. MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 18 ss.

2328.1, n.9 previgente¹⁷², già analizzata in questo capitolo¹⁷³, la funzione, negativa, di indicare tra gli amministratori quelli che non avessero il potere di rappresentanza. Questa opinione, se sommata a quella che prevede un potere di rappresentanza c.d. legale degli amministratori, ha la conseguenza di vincolare la società agli atti posti in essere da qualsiasi amministratore e di esonerare il terzo da qualsiasi onere di verifica circa l'esistenza del potere di rappresentanza dell'amministratore¹⁷⁴.

Questa soluzione ha, da un lato, il pregio di risolvere, semplificando il regime di opponibilità nei casi di specie, tutti i problemi legati agli atti compiuti dagli amministratori senza poteri avvantaggiando i terzi, ma, dall'altro, come lo stesso Autore ammette, comporta delle perplessità e un'exasperazione della "portata innovativa della Prima direttiva"¹⁷⁵.

Tale impostazione c.d. *legalistica*, è stata criticata da chi è favorevole ad una visione *volontaristica* della rappresentanza societaria in quanto "il difetto principale di questa ricostruzione è [...] di lasciar arbitro ogni singolo amministratore – anche indipendente o non esecutivo – di poter impegnare la società, e questo anche nell'ipotesi in cui non risulti dal registro delle imprese il conferimento di qualche potere di rappresentanza"¹⁷⁶.

Tale critica è condivisibile: infatti è ingiustificabile che, al fine di perseguire un *iter* più semplicistico, si stravolga l'intero istituto, fino a svuotarne la portata, prevedendo che ogni amministratore sia anche intrinsecamente rappresentante.

L'autore della critica propone invece di partire adottando una visione volontaria della rappresentanza. Molto efficacemente sostiene che qualora si intendesse come volontaria e non legale la natura della rappresentanza degli amministratori di s.p.a. "la disciplina prevista all'art. 2384 [...] non potrà trovare applicazione nel caso in cui un atto venga compiuto da uno degli amministratori della società privo di ogni potere di rappresentanza; in detta ipotesi, dunque, non sarà possibile parlare di una limitazione ad un potere che non è mai attribuito"¹⁷⁷.

¹⁷²Vedi nt. 105.

¹⁷³Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), (116), Sez 3.2.

¹⁷⁴Così M. MONTANARI, (nt. 171), 46 ss.

¹⁷⁵*Ibidem*.

¹⁷⁶Così C. MALBERTI, (nt. 6), 190.

¹⁷⁷*Ibidem*.

Lo *step* successivo sarà quello di riconoscere la mancanza, nel diritto – *speciale* – delle società, di una disposizione che disciplini la fattispecie in esame.

A questo punto è d'obbligo ricorrere al diritto comune attingendo alle norme in tema di rappresentanza *ex art.* 1387 e ss c.c.¹⁷⁸

Nel caso in cui un amministratore privo del potere di rappresentanza ponga in essere un atto in nome e per conto della società non si applicherà il secondo comma dell'art. 2384 c.c., ma gli artt. 1398¹⁷⁹ e 1399¹⁸⁰ del codice.

In particolare, l'art. 1398 c.c. recita “colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto”; questa disposizione, di facile lettura, disciplina il caso in cui il rappresentante abbia posto in essere un atto senza averne la legittimazione, eventualità in cui si deve discutere se il contratto sia affetto da nullità o da inefficacia. La dottrina più antica sosteneva che “il difetto del potere di rappresentanza esige, come trattamento meglio adeguato ad una energica tutela dell'interesse minacciato dall'indebita ingerenza del preteso rappresentante sfornito di poteri, la nullità relativa”¹⁸¹.

Lo stesso autore sostiene, di conseguenza, che l'eventuale ratifica “[...] un negozio di secondo grado destinato a costituire un elemento di quello di primo grado cui si riferisce: negozio unilaterale, che ha per contenuto non già il conferimento *a posteriori* del potere di rappresentanza, ma l'approvazione e *l'assunzione* [...] delle conseguenze impegnative [...] del negozio posto in essere senza quel potere”¹⁸².

La dottrina più recente, invece, ritiene che il regime del negozio posto in essere dal *falsus procurator* sia l'inefficacia. Il contratto sarebbe di per sé perfetto, mentre sarebbe difettoso di un elemento esterno ad esso, la legittimazione¹⁸³. Di conseguen-

¹⁷⁸Vedi nt. 76.

¹⁷⁹Vedi nt. 98.

¹⁸⁰Vedi nt. 100.

¹⁸¹Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Vol. XV, Tomo II, UTET, Torino, 1960, 597 ss.

¹⁸²*Ibidem*, 598.

¹⁸³Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 1059 ss; conforme P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2005, 231.

za anche l'opinione sulla natura della ratifica è diversa, gli Autori, infatti, ritengono che operi alla stregua di una *condicio iuris*¹⁸⁴.

¹⁸⁴ *Ibidem.*

Capitolo 4

Potere di gestione e potere di rappresentanza: generalità, limiti e opponibilità

Indice

4.1	Il potere di gestione	62
4.1.1	L'indirizzo del legislatore della riforma e le novità in ordine al potere di gestione nella società per azioni	62
4.1.2	Il potere di gestione come potere originario in capo agli amministratori	66
4.1.3	Il potere di gestione	73
4.1.4	I limiti al potere di gestione	85
4.2	Il potere di rappresentanza	100
4.2.1	La generalità del potere di rappresentanza	100
4.2.2	Le invalidità relative alla nomina	106
4.2.3	I limiti legali al potere di rappresentanza	110
4.2.4	I limiti derivanti dall'oggetto sociale	120
	4.2.4.1 Criteri "generali"	126
	4.2.4.2 Criteri "speciali"	134
4.2.5	I limiti statutari	147
4.2.6	I limiti derivanti da decisioni degli organi competenti	151
4.2.7	La ratifica	161

4.1 Il potere di gestione

4.1.1 L'indirizzo del legislatore della riforma e le novità in ordine al potere di gestione nella società per azioni

È bene ricordare, a questo punto, che il D. lgs. n. 6 del 2003 rappresenta l'attuazione della legge delega n. 366 del 2001 con la quale il parlamento ha conferito al governo, nel rispetto della suddetta delega parlamentare, l'incarico di riformare il diritto delle società di capitali e delle cooperative. Ritengo importante analizzare brevemente alcuni tra i principi enunciati dalla legge delega che permettono di avere una più pertinente chiave di lettura dell'intero sistema delineato dal legislatore della riforma.

In particolare l'art. 2, tra le varie indicazioni, impone che, da un lato, vi siano una valorizzazione del carattere imprenditoriale e una definizione dei compiti e delle responsabilità degli organi sociali e, dall'altro, un ampliamento degli ambiti dell'autonomia statutaria¹⁸⁵.

Esclusivamente per la società per azioni l'art. 4 stabilisce che ci sia un equilibrio nella tutela dei soci, dei creditori, degli investitori, dei risparmiatori e dei terzi; un assetto organizzativo efficiente; un adeguato spazio all'autonomia statutaria e una definizione delle competenze dell'organo amministrativo con riguardo alla responsabilità esclusiva di gestione¹⁸⁶.

¹⁸⁵Art. 2 Legge delega n. 366/2001. **Principi generali in materia di società di capitali.** La riforma del sistema delle società di capitali di cui ai capi V, VI, VII, VIII e IX del titolo V del libro V del codice civile e alla normativa connessa, è ispirata ai seguenti principi generali:

(...) b) valorizzare il carattere imprenditoriale della società e definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali;

(...) d) ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria, tenendo conto delle esigenze di tutela dei diversi interessi coinvolti.

¹⁸⁶Art. 4 Legge delega n. 366/2001. **Società per azioni.** La disciplina della società per azioni è modellata sui principi della rilevanza centrale dell'azione, della circolazione della partecipazione sociale e della possibilità di ricorso al mercato del capitale di rischio. Essa, garantendo comunque un equilibrio nella tutela degli interessi dei soci, dei creditori, degli investitori, dei risparmiatori e dei terzi, prevederà un modello di base unitario e le ipotesi nelle quali le società saranno soggette a regole caratterizzate da un maggior grado di imperatività in considerazione del ricorso al mercato del capitale di rischio.

Per i fini di cui al comma 1 si prevederà;

Come da più parti rilevato spiccano quattro fondamentali concetti:

1. efficienza dell'impresa;
2. autoregolamentazione, intesa come sovranità dei soci nel fissare le regole fondamentali di funzionamento della società;
3. forte separazione tra *management* e proprietà;
4. contemperamento degli interessi tra i diversi *stakeholders* (azionisti, creditori e terzi)¹⁸⁷.

Questi principi sembrano rappresentare il *manifesto* del contrattualismo, rientrando nella concezione più tradizionale dello *shareholders' value*. Se per un momento ignoriamo il quarto principio, più vicino alle concezioni istituzionalistiche della società – intesa come soggetto che ha responsabilità estese non solo ai soggetti quali i proprietari, ma anche nei confronti della collettività e che vede nella società un soggetto meritevole di protezione dall'ordinamento in virtù di un interesse *pubblico* – gli altri principi sopra esposti delineano una concezione della società ispirata alla teoria del *nexus of contracts* per la quale la società non è che un insieme di accordi tra i vari attori, che in maniera più efficace di quanto possa fare il legislatore, riescono a contemperare gli interessi contrapposti¹⁸⁸.

(...) b) un assetto organizzativo idoneo a promuovere l'efficienza e la correttezza della gestione dell'impresa sociale;

(...) Riguardo alla disciplina dell'amministrazione e dei controlli sull'amministrazione, la riforma è diretta a:

a) attribuire all'autonomia statutaria un adeguato spazio con riferimento all'articolazione interna dell'organo amministrativo, al suo funzionamento, alla circolazione delle informazioni tra i suoi componenti e gli organi e soggetti deputati al controllo; precisare contenuti e limiti delle deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi;

(...) c) definire le competenze dell'organo amministrativo con riferimento all'esclusiva responsabilità di gestione dell'impresa sociale;

(...) Riguardo alla disciplina delle modificazioni statutarie, la riforma è diretta a:

a) semplificare le procedure e i controlli, con facoltà per l'autonomia statutaria di demandare alla competenza dell'organo amministrativo modifiche statutarie attinenti alla struttura gestionale della società che non incidono sulle posizioni soggettive dei soci.

¹⁸⁷Così A. DE NICOLA, *Commento sub art 2380 bis c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L. A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2005, 89.

¹⁸⁸Così C. ANGELICI, *La riforma delle società per azioni*, Padova, 2006, 3.

Queste idee sono ormai unanimi tra i vari commentatori, in particolare si sostiene che la nuova società per azioni è caratterizzata da una maggiore attitudine alla raccolta di investimenti ed alla maggiore circolazione degli stessi¹⁸⁹.

Come sopra accennato questi principi impongono una chiave di lettura in senso contrattualistico delle norme della riforma che “lasciano spazio ad una visione più o meno restrittiva dell’ambito di libertà delle parti (in particolare soci e amministratori) del contratto di società e all’estensione della loro responsabilità”¹⁹⁰.

Venendo ora all’analisi in senso stretto delle norme relative alla gestione della società, è d’obbligo soffermarsi sul dettato normativo dell’art. 2380-*bis* del codice, il quale stabilisce al primo comma che “la gestione dell’impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale”.

Innanzitutto il legislatore ha inteso “confermare” il principio secondo cui la gestione della società spetta agli amministratori. In effetti, rispetto al regime previgente, questo aspetto non sembrerebbe così innovativo, in quanto prima del 2003 l’organo gestorio era titolare di un potere originario e di una competenza generale. La novità è, piuttosto, di natura ideologica poiché il legislatore ha voluto perentoriamente eliminare l’erronea convinzione che l’assemblea sia l’organo sovrano della società.

L’assemblea ha una competenza speciale rispetto a quella generale degli amministratori, con tutto ciò che ne consegue: l’impossibilità di revocare un atto degli amministratori e di avocare a sé la gestione. L’assemblea non può nemmeno impugnare una delibera consiliare, salvo vi sia lesione dei diritti dei soci¹⁹¹; gli amministratori, richiedono unilateralmente la riduzione del capitale *ex art.* 2446 c.c.¹⁹² e restano

¹⁸⁹ *Ibidem*; conforme N. ABRIANI, *Commento all’art. 2380 bis c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, 2004, 674.

¹⁹⁰ Così A. DE NICOLA, (nt. 187), 90.

¹⁹¹ Art. 2388.4 c.c. **Validità delle delibere del consiglio.** Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impuginate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro novanta giorni dalla data di deliberazione; si applica in quanto compatibile l’articolo 2378. Possono essere altresì impuginate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; si applicano in quanto compatibili, gli articoli 2377 e 2378.

¹⁹² Art. 2446 c.c. **Riduzione del capitale per perdite.** Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l’assemblea per gli opportuni provvedimenti. All’assemblea deve essere sottoposta una relazione sulla situazione patrimoniale

esposti alle azioni dei terzi nonostante l'avallo dei soci¹⁹³. Già da tale sommaria lettura di queste nuove norme emerge come la riforma "rinsaldi le «basi» corporative della società per azioni, seguendo una logica diversa rispetto a quella che informa invece la regolamentazione della società a responsabilità limitata"¹⁹⁴.

Conseguentemente, va sottolineato come la legge, contrariamente alla politica legislativa che permea tutta la riforma, abbia previsto un regime in cui l'autonomia statutaria, in ordine alla definizione delle competenze dei vari organi sociali, sia decisamente limitata. In particolare l'art. 2364, n.5 prevede sì che l'assemblea ordinaria deliberi su questioni in merito alle quali la legge preveda un suo intervento o quando lo statuto richiede una sua autorizzazione ma, la stessa norma, esclude che possa esserci un trasferimento della responsabilità dagli amministratori all'assemblea¹⁹⁵.

Come da più parti rilevato "emerge l'esautoramento del potere statutario di prevedere l'attribuzione all'assemblea di competenze in materia gestionale. L'assemblea della società, con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione. La relazione e le osservazioni devono restare depositate in copia nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'assemblea, perché i soci possano prenderne visione. Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione.

Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori.

Nel caso in cui le azioni emesse dalla società siano senza valore nominale, lo statuto, una sua modificazione ovvero una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria possono prevedere che la riduzione del capitale di cui al precedente comma sia deliberata dal consiglio di amministrazione. Si applica in tal caso l'articolo 2436.

¹⁹³Così M. FRANZONI, *Commento sub art. 2380 bis c.c., Società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo*, Parte I, *Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna - Roma, I ed., 2008, 8; conforme E. ALEMAGNA, (nt. 81), 284.

¹⁹⁴Così G. CAPO, *La società per azioni. La costituzione e la nullità della società. Le modificazioni statutarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Sez. IV, Tomo 5.1, Torino, 2010, 116.

¹⁹⁵Art. 2364, n.5 c.c. **Assemblea ordinaria nelle società prive di consiglio di sorveglianza.** Nelle società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria:

5) delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti.

può al più partecipare *ab externo* all'attività di gestione, incidendo sull'efficacia dei relativi atti, ove, in base allo statuto, la loro adozione sia rimessa all'*autorizzazione* dell'organo deliberativo"¹⁹⁶.

Da questa breve analisi si comprende come l'assemblea, gli amministratori, così come i sindaci, abbiano ognuno delle funzioni inequivocabilmente definite; emerge come non possa più esserci una sorta di commistione tra i ruoli e si constata il forte corporativismo che caratterizza la società per azioni. La gestione della società spetta *esclusivamente* agli amministratori che esercitano l'impresa sociale, mentre all'assemblea è attribuito il governo degli interessi dei soci in quanto proprietari. Il potere degli amministratori è il potere originario, previsto dalla legge, di gestire la società facendo gli interessi esclusivi di questa, non quelli dei soci, né tantomeno dei soci di maggioranza, i quali non sono più coloro i quali "delegano" agli amministratori i loro interessi¹⁹⁷.

4.1.2 Il potere di gestione come potere originario in capo agli amministratori

Da un punto di vista strettamente storico, il rapporto tra le competenze dell'organo amministrativo e dell'organo "proprietario", riflettendo l'evoluzione del capitalismo moderno, è passato da una fase, in cui i poteri di gestione degli amministratori erano vincolati dal mandato loro conferito da parte dei soci, ad una fase moderna in cui c'è una netta distinzione tra la *proprietà* ed il *management*.

Nell'attuale sistema societario, come accennato in precedenza¹⁹⁸, è previsto un ampio, quasi totale, margine di autonomia, ciò in virtù della forte eterogeneità – intesa come complessità – dell'attività di amministrazione societaria, con tutto quel che ne consegue in termini di requisiti professionali richiesti per l'adempimento dell'ufficio di amministratore e del conseguente ampliamento delle responsabilità ascrivibili agli stessi *manager*.

Ovviamente anche la legislazione ha "subito" questo cambiamento con la conseguenza che si è passati dalla concezione del codice del commercio del 1882 degli amministratori come meri mandatari della società, tradotta in una sovranità

¹⁹⁶Così G. CAPO, (nt. 194).

¹⁹⁷Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 284.

¹⁹⁸Vedi Sez. 3.1.

dell'assemblea, ad un riconoscimento di una sostanziale autonomia gestoria degli amministratori già a partire dal codice civile del 1942¹⁹⁹.

In particolare, in passato la dottrina maggioritaria, quantunque il sistema previgente non contenesse indicazioni in ordine ai rapporti tra gli amministratori e l'assemblea, aveva individuato nel combinato disposto dagli artt. 2364, n.4²⁰⁰ e 2384 (testo previgente)²⁰¹ i criteri idonei alla definizione delle competenze dei due organi. La prima norma stabiliva che l'assemblea aveva un potere di gestione nei casi stabiliti dall'atto costitutivo e nei casi sottoposti dagli amministratori, mentre la seconda, nonostante disciplinasse il potere di rappresentanza, data la tendenziale coincidenza del potere gestorio e del potere rappresentativo, "supportava *in ogni caso* la conclusione che la competenza [degli amministratori] si estendeva a tutta l'attività di impresa strumentale al conseguimento dell'oggetto sociale"²⁰² (corsivo mio). In forza di tale regime la conclusione era che gli amministratori, salvo diverse disposizioni dello statuto, non erano vincolati dalle deliberazioni dell'assemblea e il loro potere gestorio si arrestava alle decisioni che avrebbero determinato un mutamento dell'oggetto sociale²⁰³.

Il ruolo che oggi gli amministratori ricoprono è definito dalla norma tanto laconica quanto perentoria di cui al primo comma dell'art. 2380-*bis* del codice²⁰⁴ secondo cui "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale".

Questa disposizione, da un lato, si adegua alle indicazioni imposte dall'art. 4.8 lett. c della legge delega che ha richiesto che si definisse l'ambito di operatività dell'organo amministrativo²⁰⁵ e, dall'altro, istituisce il diritto ed il dovere – inderogabile – degli amministratori di gestire la società²⁰⁶. Non basta: l'oggetto sociale, infatti

¹⁹⁹Così P. CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Milano, 1999, 5 ss.

²⁰⁰Art. 2364, n.4 c.c. previgente **Assemblea ordinaria**. L'assemblea ordinaria:

4) delibera sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori, nonché sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci.

²⁰¹Vedi nt. 7.

²⁰²Così A. DE NICOLA, (nt. 187), 82.

²⁰³*Ibidem*, 82 ss.

²⁰⁴Vedi nt. 23.

²⁰⁵Vedi nt. 186.

²⁰⁶Così M. SANDULLI, *La riforma delle società: commentario del D. lgs. 17 gennaio 2003, n.6*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, Giappichelli, 2003, 397.

delinea “l’ambito del legittimo operare degli amministratori, inteso come espressione di doverosità, cioè come ambito da non superare da una parte e da coprire dall’altra”²⁰⁷.

Sempre in virtù dell’evoluzione del ruolo degli amministratori, questi, nell’adempimento gestorio, in sintonia con il quarto principio evinto dalla legge delega n. 366²⁰⁸, devono tutelare gli interessi dei soci di minoranza, curando il valore patrimoniale e la redditività delle loro partecipazioni – eventualmente ignorando le direttive svantaggiose della capogruppo *ex art. 2497.1 prima parte c.c.*²⁰⁹ – e gli interessi dei terzi *creditori*, esercitando una corretta gestione che impedisca un qualsivoglia nocumento all’integrità del patrimonio sociale.

Problematica attinente al tema dell’esclusivo potere di gestione in capo agli amministratori è quella della necessità o meno di dover gestire la società personalmente. Parte della dottrina non più recentissima prevedeva che “fatta eccezione per i compiti di semplice collaborazione” le attribuzioni relative al funzionamento della società non possono mai essere traslate²¹⁰. Tuttavia, come autorevole Autore intelligentemente rileva, lo scopo della norma non è quello di prescrivere le modalità di esercizio del potere di gestione, ma quello di delimitare i confini di responsabilità degli amministratori²¹¹. Evidentemente ci si deve confrontare con ciò che nella pratica avviene o “può avvenire”. I consigli di amministrazione difficilmente possono riunirsi con una frequenza mensile o bimestrale e con simili frequenze non si può pretendere di gestire una società né si può chiedere agli amministratori di farlo. Il consiglio, riunendosi, procederà all’analisi dell’andamento della società, al controllo della gestione degli organi delegati e dei direttori. La legge, in sintonia con la pratica, sembra essersi orientata nel senso di favorire la trasparenza e la vigilanza *interna* alla società

²⁰⁷Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 286.

²⁰⁸Vedi Sez 4.1.

²⁰⁹Art. 2497.1 prima parte c.c. **Responsabilità.** Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società.

²¹⁰Così P. ABADESSA, *Amministratori e direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo - G. B. Portale, IV, Torino, 1991, 464 ss.

²¹¹Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 286 ss.

assegnando all'*informazione* un ruolo fondamentale nella gestione dell'ente. Tutto questo è previsto e disciplinato dall'art. 2381 del codice: troviamo il termine "informazioni" (o "informato") tre volte in tutta la norma, segno che un adeguato sistema di circolazione delle informazioni costituisce "sia il canone dell'agire del buon amministratore sia [...] uno strumento di «tracciabilità» dei comportamenti anche al fine della ricostruzione dei profili di responsabilità"²¹².

In particolare l'art. 2381.1 c.c. assegna il ruolo di coordinatore dei lavori del consiglio al presidente, che oltre a fissare l'ordine del giorno e a convocare le riunioni del consiglio, provvede affinché adeguate informazioni in ordine ai lavori stessi siano assicurate a tutti i consiglieri²¹³; il terzo comma poi prevede che sia in ogni caso il consiglio l'organo che deve valutare l'assetto organizzativo, finanziario e contabile, fino alla valutazione generale dell'andamento della gestione²¹⁴; il quarto stabilisce poi che gli organi delegati curino l'organizzazione, l'amministrazione e la contabilità riferendo al consiglio e ai sindaci sul generale andamento della gestione della società²¹⁵; infine l'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., in sintonia con la disciplina della *business judgement rule* e di quello che secondo molti è il suo referente normativo –

²¹²Così P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa - G. B. Portale, UTET, Torino, 2006, Vol. 2, 836.

²¹³Art. 2381.1 c.c. **Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati.** Salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri.

²¹⁴Art. 2381.3 c.c. Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

²¹⁵Art. 2381.4 c.c. Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

l'art. 2392 c.c.²¹⁶²¹⁷ – impone che tutti gli amministratori, delegati e non, esecutivi e non, agiscano in modo informato²¹⁸.

Da questo sistema si evince che il legislatore non permette che il conferimento di una delega consenta agli amministratori non operativi di non adempiere ai propri doveri in ordine alla vigilanza, alla gestione e alla responsabilità per l'attuazione dell'oggetto sociale, anche al fine di contrastare una certa attitudine passiva dei consiglieri non operativi nell'esercizio del proprio ufficio²¹⁹.

Appurato che la logica, ancor prima della legge, non *pretende* una amministrazione personale della società, ci si deve chiedere se e come possano configurarsi mandati o procure per il compimento non solo di singoli atti ma anche di determinate categorie di negozi. Parte della dottrina risalente a prima della riforma accordava che, anche in assenza di un apposita previsione statutaria, gli amministratori potessero “legittimamente conferire ad estranei mandati o procure, anche di natura processuale, per singoli affari o determinate categorie di atti”²²⁰. Questa impostazione è criticata da un altro Autore il quale sostiene che “l'autonomia statutaria non può incidere sull'essenza del rapporto di «amministrazione». Ciò nel senso che la legge definisce le materie ed i limiti nei quali gli amministratori, per previsione di statuto, possono delegare nel loro ambito l'esercizio delle funzioni proprie della carica”²²¹. Evidentemente, sia che si sposi la tesi che in ogni caso riconosce la possibilità di

²¹⁶ Art. 2392 c.c. **Responsabilità verso la società.** Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidamente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidamente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

²¹⁷ Così C. ANGELICI, (nt. 188), 183.

²¹⁸ Art. 2381.5 c.c. Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società.

²¹⁹ Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 287.

²²⁰ Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 124 ss.

²²¹ Così M. SANDULLI, (nt. 206), 397.

conferire mandati o procure ad estranei, sia la tesi più restrittiva che richiede una previsione statutaria in tal senso, si deve convenire che mandatari e procuratori possono essere incaricati dagli amministratori di svolgere determinati atti o categorie di atti strumentali alla gestione della società.

Appare importante la precisazione di uno dei maggiori esperti del settore il quale specifica che, al di là della palese collaborazione tra gli amministratori e gli organi gerarchicamente subordinati – quali ad esempio il direttore generale o il direttore commerciale, la cui collaborazione si perfeziona con l'impartizione di direttive e ordini ovvero con l'avocazione di operazioni e attività delegate – in ogni caso “gli amministratori non possono delegare al direttore generale e ad altri dirigenti la «completa» direzione dell'attività sociale, con un «totale svuotamento» dei loro poteri, e con una sostanziale abdicazione delle loro funzioni gestorie a favore di soggetti che verrebbero a trovarsi investiti di un potere gestorio altrettanto esteso quanto quello degli amministratori, ma senza tutte le relative responsabilità. Gli amministratori devono pertanto mantenere quanto meno: (i) i poteri di direzione e di supremazia gerarchica, e quindi il potere di revocare i nominati, di impartire direttive e avocare a sé operazioni rientranti nella delega, nonché (ii) taluni poteri organizzativi della società che la legge riserva esclusivamente agli amministratori (convocare l'assemblea *ex art.* 2366.1²²²; effettuare cooptazioni *ex art.* 2386.1²²³; redigere progetti di bilancio, di fusione, di scissione e altre operazioni non delegabili *ex art.* 2381.4²²⁴; ecc.)”²²⁵.

Proseguendo il ragionamento sulla delegabilità o meno dei poteri gestori, si deve riprendere il discorso, affrontato solo per cenni precedentemente, relativo al rapporto tra il consiglio di amministrazione e l'assemblea dei soci in ordine ai poteri di gestione. Va precisato che quest'analisi dei rapporti tra gli amministratori e gli altri

²²²Art. 2366.1 c.c. **Formalità per la convocazione.** Salvo quanto previsto dalle leggi speciali per le società diverse dalle società cooperative, che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio, l'assemblea è convocata dagli amministratori o dal consiglio di gestione mediante avviso contenente l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo dell'adunanza e l'elenco della materie da trattare.

²²³Art. 2386.1 c.c. **Sostituzione degli amministratori.** Se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più amministratori, gli altri provvedono a sostituirli con deliberazione approvata dal collegio sindacale, purché la maggioranza sia sempre costituita dagli amministratori nominati dall'assemblea. Gli amministratori così nominati restano in carica fino alla prossima assemblea.

²²⁴Vedi nt. 215.

²²⁵Così F. BONELLI, (nt. 139), 12 ss.

organi della società è necessario al fine di comprendere come il potere di gestione sia un potere originario e non delegato degli amministratori.

Le funzioni proprie degli amministratori – non quelle strumentali alla gestione della società che, come precedentemente sostenuto, sono attribuibili sia a *membri* estranei all'ente che ai vari dirigenti dello stesso – “non sono avocabili da alcuno e questi restano responsabili verso i creditori sociali per la perdita dell'integrità del patrimonio sociale, [...] verso i terzi per il danno loro direttamente cagionato”²²⁶ e nonostante “l'art. 2364, n.5 c.c. *preveda* che l'assemblea *deliberi* sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, *resta* ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti”²²⁷. Ed è, ad avviso di chi scrive e non solo, proprio il profilo della responsabilità *generale ex art. 2392 c.c.*²²⁸ ed *ex art. 2394 c.c.*²²⁹, posto che *l'ascrivibilità* della stessa non può mai mutare, ad eliminare ogni dubbio circa la *cogente* competenza gestoria dell'organo amministrativo. Il cerchio si è aperto con il primo comma dell'art. 2380-*bis* che positivamente stabilisce che la gestione della società spetta esclusivamente agli amministratori; prosegue con la ripartizione delle competenze tra l'assemblea e l'amministrazione – che a breve sarà descritta – e si chiude con il regime di responsabilità degli amministratori che è *unico*, sia nel caso di una decisione presa *unilateralmente*²³⁰ sia a seguito di autorizzazione dell'assemblea dei soci eventualmente previste dallo statuto o dalla legge²³¹.

Mentre si rinvia l'analisi della casistica in cui la legge richiede l'autorizzazione dell'assemblea al compimento di determinati atti gestori²³², è necessario qui riba-

²²⁶Così M. FRANZONI, (nt. 193), 10 ss.

²²⁷*Ibidem.*

²²⁸Vedi nt. 216.

²²⁹Art. 2394 c.c. **Responsabilità verso i creditori sociali.** Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale.

L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti.

La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi.

²³⁰In senso figurato, cioè presa dal consiglio di amministrazione nei casi in cui non sia necessaria l'autorizzazione dell'assemblea dei soci.

²³¹Così M. FRANZONI, (nt. 193), 10 ss.

²³²Vedi Sez. 4.1.4.

dire che sul piano funzionale la centralità dell'organo "si è spostata dall'assemblea al consiglio di amministrazione"²³³ e che nemmeno statutariamente è più possibile modificare la ripartizione delle competenze degli organi della società stabilita dalla legge, ciò anche in virtù del fatto che anche se l'assemblea deliberasse su materie cui la legge non le riconosce alcun arbitrio, tale deliberazione sarebbe da considerare alla stregua di un parere, ovviamente non vincolante²³⁴.

Si è dimostrato come la riforma del 2003 abbia accentuato che la competenza gestoria istituzionale spetta all'organo amministrativo e, più in generale, come le competenze di *tutti* gli organi sociali siano indisponibili all'autonomia privata, se non nei casi in cui gli statuti possono prevedere che taluni atti siano soggetti ad autorizzazione assembleare, senza ciò consentire che possa esserci un trasferimento della responsabilità dall'organo gestorio all'organo assembleare²³⁵.

4.1.3 Il potere di gestione

Concettualmente l'essenza del potere di gestione è unanime in dottrina. Per quanto riguarda invece la definizione vera e propria si constatano più proposte che tuttavia non presentano differenze sostanziali. A parere di chi scrive una definizione che racchiude tutte quelle attualmente rinvenibili è: "il potere di gestione è il potere di dare contenuto alla volontà sociale, cioè di assumere decisioni in ordine alla conduzione degli affari sociali"²³⁶, ovvero: "il potere di gestione è il potere deliberativo e di amministrazione, in base al quale il consiglio di amministrazione opera la gestione sociale"²³⁷.

È necessario, però, andare oltre la semplice definizione, astratta e generale, del potere di gestione, al fine di comprendere con maggiore esattezza le modalità con cui i titolari di tale potestà agiscono nel momento in cui vengono incaricati di amministrare una società. La mera definizione, ontologicamente sintetica del principio cui essa sottende, non soddisfa la necessaria descrizione dei processi gestori che caratte-

²³³Così M. FRANZONI, (nt. 193), 12.

²³⁴*Ibidem*.

²³⁵Così M. SANDULLI, (nt. 206).

²³⁶Così P. G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, (nt. 30), 365.

²³⁷Così G. BIANCHI, *Gli amministratori e sindaci. Gli adempimenti e le responsabilità*, Padova, 2010, 75.

rizzano l'attività d'impresa dell'ente societario, quantomeno ai fini dell'art. 2380-*bis* del codice.

Come precedentemente accennato²³⁸, e come si dirà più avanti, la gestione, in senso lato, di una società non è compito che il solo consiglio di amministrazione può assolvere. La gestione può configurarsi come un'attività operativa posta in essere quotidianamente, ovvero come la direzione dell'attività d'impresa, o ancora come la conclusione di atti giuridici che impegnano la società²³⁹. La maggior parte di queste attività sarà posta in essere dai dipendenti della società, dai direttori, dai dirigenti; in generale dal *management*. A questo punto c'è da chiedersi in che modo vada interpretata la disposizione di cui all'art. 2380-*bis* c.c.

La definizione, o almeno la spiegazione del concetto, ci è fornita da un Commentatore alla riforma il quale ritiene che “il consiglio di amministrazione *ai fini dell'art. 2380-bis c.c.* è il responsabile ultimo della gestione della società intesa sia come gestione interna che rappresentanza esterna della stessa: può operare direttamente o delegare alcuni compiti (con eventualmente possibilità di sub-delega) anche a soggetti esterni alla società, ma esso rimane la fonte ultima del potere, mantiene un «potere di direzione e supremazia gerarchica» nei confronti dei delegati (che gli consentirà di avocare a sé le operazioni delegate e di impartire direttive vincolanti) e non potrà mai spogliarsi di tutte le sue attribuzioni mediante delega generale ad un soggetto esterno al consiglio stesso” (corsivo mio)²⁴⁰.

Per quanto concerne la titolarità del potere di gestione sono possibili varie alternative. L'originarietà della “gestione” in capo agli amministratori è appena stata descritta, però mette qui conto capire, all'interno del consiglio di amministrazione, chi è titolare dei poteri di cui all'art. 2380-*bis* del codice.

Opinione pressoché unanime riconosce la collegialità del potere qualora l'organo amministrativo sia composto da più membri. In ogni caso è ferma l'idea che, nella società per azioni, il potere di gestione spetta all'amministratore unico o al consiglio e la possibilità di conferire, mediante delega, la gestione a singoli consiglieri. Nella società per azioni è quindi possibile che il potere di gestione ed il potere di rappresentanza coincidano, questo nei casi di amministratore unico e secondo alcuni anche

²³⁸Vedi Sez. 4.1.2.

²³⁹Così DE NICOLA, (nt. 187), 91.

²⁴⁰*Ibidem*, 91 ss.

di amministratore delegato²⁴¹, sebbene restino le distinzioni fatte in precedenza e quelle che si faranno più avanti²⁴².

Va precisato che spesso, per facilitare e rendere più tempestiva l'azione amministrativa, si attribuisce allo stesso soggetto sia il potere di gestione che il potere di rappresentanza: è il caso, appunto, dell'amministratore unico o dell'amministratore delegato, o dei consiglieri delegati, a cui viene attribuito anche il potere di rappresentanza. Sebbene in questo caso i due poteri siano concentrati nel medesimo soggetto "è necessario tenere distinti i due profili [...], poiché non solo essi rimangono concettualmente diversi, ma soprattutto perché l'ampiezza del potere di gestione può non coincidere con l'ampiezza del potere di rappresentanza"²⁴³.

Analiticamente, uno degli Autori più influenti, seppur in quasi totale accordo con altri commentatori, ritiene che il potere originario *ex art. 2380-bis c.c.* si caratterizzi e si realizzi con poteri decisionali e di rappresentanza, poteri di iniziativa e di organizzazione dell'impresa e poteri esecutivi veri e propri²⁴⁴.

Un altro importante Giurista invece, partendo dall'idea che l'attività imprenditoriale posta in essere dagli autori si realizzi con il potere di gestione, ossia di amministrazione interna, e con il potere di rappresentanza, cioè di amministrazione esterna, ritiene che il primo presuppone l'esercizio di un potere di iniziativa, di un potere esecutivo e di un potere di gestione in senso stretto²⁴⁵.

Le tripartizioni di cui sopra sono assolutamente compatibili, e assicurano una totale comprensione dell'attività posta in essere dagli amministratori, posto che "l'insieme dei poteri che fanno capo agli amministratori non trova una norma che contenga un elenco preciso, ma si desume da una lettura d'insieme delle regole date per il funzionamento della società".

In ogni caso, per quanto riguarda il c.d. potere di iniziativa e di organizzazione dell'impresa, da un lato, deve specificarsi che è compito dell'amministrazione convocare l'assemblea e formulare l'ordine del giorno e, dall'altro, procedere agli atti di organizzazione della società che la legge attribuisce al consiglio. In particolare per quanto concerne il potere di iniziativa, ai sensi dell'art. 2366.1, modificato dall'art.

²⁴¹Così P. G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, (nt. 30), 365.

²⁴²Vedi Sezz. 3.4. e 5.3.

²⁴³Così F. BONELLI, (nt. 139), 16.

²⁴⁴*Ibidem*, 15.

²⁴⁵Così M. FRANZONI, (nt. 193), 12.

1 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, è fondamentale la corretta formulazione dell'ordine del giorno la quale assicura che i soci possano essere edotti sugli argomenti che si andranno a trattare ed impedire che il loro consenso sia carpito da mala fede. Tuttavia, qualora la formulazione fosse inesatta e omissiva, tali vizi non rileveranno nel caso in cui non ci fosse violazione dell'esercizio dei diritti dei soci, ma potranno anche assumere rilevanza ai fini della valutazione delle "gravi irregolarità" nel procedimento *ex art.* 2409 del codice²⁴⁶²⁴⁷.

Per quanto riguarda gli atti di organizzazione invece, è la legge che in questo caso elenca le ipotesi in cui gli amministratori sono chiamati a porre in essere atti che

²⁴⁶ *Ibidem*, 13 ss.

²⁴⁷ Art. 2409 c.c. **Denuncia al tribunale.** Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione.

Il tribunale, sentiti in camera di Consiglio gli amministratori e i sindaci, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione. Il provvedimento è reclamabile.

Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute.

Se le violazioni denunciate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata.

L'amministratore giudiziario può proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 2393.

Prima della scadenza del suo incarico l'amministratore giudiziario rende conto al tribunale che lo ha nominato; convoca e presiede l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci o per proporre, se del caso, la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale.

I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del Collegio sindacale, del Consiglio di sorveglianza o del Comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero; in questi casi le spese per l'ispezione sono a carico della società.

vanno dalla cooptazione degli amministratori *ex art.* 2386.1 c.c.²⁴⁸, alla redazione del progetto di bilancio *ex art.* 2423 c.c.²⁴⁹ e del progetto di fusione *ex art.* 2501-

²⁴⁸Vedi nt. 223.

²⁴⁹Art. 2423 c.c. **Redazione del bilancio.** Gli amministratori devono redigere il bilancio di esercizio, costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa.

Il bilancio deve essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio.

Se le informazioni richieste da specifiche disposizioni di legge non sono sufficienti a dare una rappresentazione veritiera e corretta, si devono fornire le informazioni complementari necessarie allo scopo.

Se, in casi eccezionali, l'applicazione di una disposizione di degli articoli seguenti è incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta, la disposizione non deve essere applicata. La nota integrativa deve motivare la deroga e deve indicarne l'influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale, finanziaria e del risultato economico. Gli eventuali utili derivanti dalla deroga devono essere iscritti in una riserva non distribuibile se non in misura corrispondente al valore recuperato.

Il bilancio deve essere redatto in unità di euro, senza cifre decimali, ad eccezione della nota integrativa che può essere redatta in migliaia di euro.

*ter c.c.*²⁵⁰, e di scissione *ex art. 2506-bis c.c.*²⁵¹ da sottoporre all'approvazione

²⁵⁰Art. 2501-*ter* c.c. **Progetto di fusione.** L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione redige un progetto di fusione, dal quale devono in ogni caso risultare:

- 1) il tipo, la denominazione e ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione;
- 2) l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione;
- 3) il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro;
- 4) le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;
- 5) la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili;
- 6) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;
- 7) il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni
- 8) i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle società partecipanti alla fusione.

Il conguaglio in danaro indicato nel numero 3) del comma precedente non può essere superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate.

Il progetto di fusione è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione.

Tra l'iscrizione del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione devono intercorrere almeno trenta giorni, salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime.

²⁵¹Art. 2506-*bis* c.c. **Progetto di scissione.** L'organo amministrativo delle società partecipanti alla scissione redige un progetto dal quale devono risultare i dati indicati nel primo comma dell'articolo 2501-*ter* ed inoltre l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie e dell'eventuale conguaglio in danaro.

Se la destinazione di un elemento dell'attivo non è desumibile dal progetto, esso, nell'ipotesi di assegnazione dell'intero patrimonio della società scissa, è ripartito tra le società beneficiarie in proporzione della quota del patrimonio netto assegnato a ciascuna di esse, così come valutato ai fini della determinazione del rapporto di cambio; se l'assegnazione del patrimonio della società è solo parziale, tale elemento rimane in capo alla società trasferente.

Dagli elementi del passivo, la cui destinazione non è desumibile dal progetto, rispondono in solido, nel primo caso, la società beneficiaria, nel secondo la società scissa e le società beneficiarie. La responsabilità solidale è limitata al valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria.

Dal progetto di scissione devono risultare i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie. Qualora il progetto preveda una attribuzione delle partecipazioni ai soci non proporzionale

dell'assemblea dei soci²⁵².

Passando al secondo gruppo di poteri che competono ai soci, cioè i c.d. poteri decisionali o poteri di gestione in senso stretto, questi consisteranno nell'attuazione dell'oggetto sociale attraverso le decisioni che si rendono necessarie. È questo probabilmente il momento dell'attività gestoria che più si avvicina alla prescrizione di cui all'art. 2380-*bis* del codice, in quanto l'attività deliberativa che qui rileva è proprio quella cui si è fatto riferimento nelle definizioni di cui sopra²⁵³²⁵⁴.

Infine restano i poteri esecutivi veri e propri in forza dei quali "spetta esclusivamente ed inderogabilmente agli amministratori dare esecuzione alle delibere assembleari"²⁵⁵, salvo i casi di conflitto di interessi degli stessi. È evidente che ne deriva che l'assemblea non potrà, a seguito di una sua deliberazione, dare esecuzione alla stessa incaricando un apposito rappresentante.

Come precedentemente precisato, un elenco dei poteri che fanno capo agli amministratori non è fornito dal legislatore, ma resta in ogni caso da constatare che la riforma del 2003 ha significativamente esaltato la potestà gestoria degli amministratori²⁵⁶, prevedendo un catalogo più o meno vasto che attribuisce loro poteri "oltre i limiti della tipica funzione gestoria di organizzazione dell'impresa sociale"²⁵⁷.

In effetti la riforma attribuisce nuovi poteri agli amministratori *ex lege* o *ex statuto*. In particolare per quanto riguarda le previsioni legislative in ordine a nuovi poteri gestori degli amministratori, la casistica è piuttosto rilevante. L'art. 2443.1 c.c. stabilisce che lo statuto può attribuire agli amministratori il potere di aumentare il capitale sociale fino ad un ammontare predefinito e per massimo cinque anni²⁵⁸, compatibilmente a questa disposizione l'art. 2420-*ter*.1 c.c. consente che alla loro quota di partecipazione originaria, il progetto medesimo deve prevedere il diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto.

Il progetto di scissione deve essere pubblicato a norma dell'ultimo comma dell'articolo 2501-*ter*.

²⁵²Così F. BONELLI, (nt. 139), 15.

²⁵³Vedi ntt. 236 e 237.

²⁵⁴Così M. FRANZONI, (193), 13.

²⁵⁵Così F. BONELLI, (nt.139), 15.

²⁵⁶Così A. DE NICOLA, (nt. 187), 92 ss.

²⁵⁷Così F. BONELLI, (nt. 139), 29.

²⁵⁸Art. 2443.1 c.c. **Delega agli amministratori.** Lo statuto può attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare in una o più volte il capitale fino ad un ammontare determinato e per il periodo massimo di cinque anni dalla data di iscrizione della società nel registro delle imprese. Tale facoltà può

agli amministratori si possa dare il potere, in via statutaria, di emettere obbligazioni convertibili, sempre fino ad un ammontare predefinito e per un massimo di cinque anni²⁵⁹. Altro “potere forte” che la riforma accorda all’amministrazione è quello previsto dall’art. 2447-ter c.c. secondo cui, in difetto di previsioni statutarie, la competenza sulla deliberazione in ordine alla destinazione di patrimoni destinati ad uno specifico affare spetta agli amministratori²⁶⁰. Secondo l’art. 2410 c.c., invece, gli amministratori possono emettere obbligazioni, salvo diversa disposizione dello statuto o della legge²⁶¹.

Per quanto riguarda invece i poteri che in via statutaria possono essere concessi agli amministratori, di fondamentale importanza è il secondo comma dell’art. 2365 prevedere anche l’adozione delle deliberazioni di cui al quarto e quinto comma dell’articolo 2441; in questo caso si applica in quanto compatibile il sesto comma dell’articolo 2441 e lo statuto determina i criteri cui gli amministratori devono attenersi.

²⁵⁹Art. 2420-ter.1 c.c. **Delega agli amministratori.** Lo statuto può attribuire agli amministratori la facoltà di emettere in una o più volte obbligazioni convertibili, fino ad un ammontare determinato e per il periodo massimo di cinque anni dalla data di iscrizione nella società nel registro delle imprese. In tal caso la delega comprende anche quella relativa al corrispondente aumento del capitale sociale.

²⁶⁰Art. 2447-ter c.c. **Deliberazione costitutiva del patrimonio destinato.** La deliberazione che ai sensi della lettera a) del primo comma dell’articolo 2447-bis destina un patrimonio ad uno specifico affare deve indicare:

- a) l’affare al quale è destinato il patrimonio;
- b) i beni e i rapporti giuridici compresi in tale patrimonio;
- c) il piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell’affare, le modalità e le regole relative al suo impiego, il risultato che si intende perseguire e le eventuali garanzie offerte ai terzi;
- d) gli eventuali apporti di terzi, le modalità di controllo sulla gestione di partecipazione ai risultati dell’affare;
- e) la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione all’affare, con la specifica indicazione dei diritti che attribuiscono;
- f) la nomina di una società di revisione per il controllo contabile sull’andamento dell’affare, quando la società non è già assoggettata alla revisione ed emette titoli sul patrimonio diffusi tra il pubblico in maniera rilevante ed offerti ad investitori non professionali;
- g) le regole di rendicontazione dello specifico affare.

Salvo diversa disposizione dello statuto, la deliberazione di cui al presente articolo è adottata dall’organo amministrativo a maggioranza assoluta dei suoi componenti.

²⁶¹Art. 2410 c.c. **Emissione.** Se la legge o lo statuto non dispongono diversamente, l’emissione di obbligazioni è deliberata dagli amministratori.

In ogni caso la deliberazione di emissione deve risultare dal verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta a norma dell’articolo 2436.

c.c. in forza del quale lo statuto può attribuire all'organo amministrativo le deliberazioni concernenti la fusione con società interamente controllate o controllate al 90%, l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie, l'indicazione di quali tra gli amministratori hanno anche la rappresentanza della società, la riduzione del capitale in caso di recesso del socio, gli adeguamenti dello statuto alle disposizioni normative, il trasferimento della sede all'estero²⁶². L'articolo 2443.2 c.c., invece, consente che possa delegarsi agli amministratori la delibera di aumento di capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione²⁶³²⁶⁴.

Infine l'ultimo comma dell'art. 2446 c.c. prevede che lo statuto può disporre, nel caso in cui siano state emesse azioni senza valore nominale, che la riduzione obbligatoria del capitale, per perdite oltre il terzo dello stesso, sia decisa sempre dall'organo gestorio²⁶⁵.

Il potere di gestione degli amministratori deve però arrestarsi di fronte ad una serie di limiti che possono derivare dalla legge, dallo statuto e dall'estraneità degli atti all'oggetto sociale²⁶⁶.

Prima di concludere sul punto è necessario chiedersi se sia possibile ampliare statutariamente i poteri degli amministratori. Il problema è unanimemente risolto in maniera negativa, si ritiene infatti che sia "difficile prevedere la possibilità di ampliare statutariamente i poteri degli amministratori, posto che, nella ripartizione

²⁶²Art. 2365.2 c.c. **Assemblea straordinaria.** Fermo quanto disposto dagli articoli 2420-ter e 2443, lo statuto può attribuire alla competenza dell'organo amministrativo o del Consiglio di sorveglianza o del Consiglio di gestione le deliberazioni concernenti la fusione nei casi previsti dagli articoli 2505 e 2505-bis, l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie, la indicazione di quali tra gli amministratori hanno la rappresentanza della società, la riduzione del capitale in caso di recesso del socio, gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative, il trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale. Si applica in ogni caso l'articolo 2436.

²⁶³Art. 2443.2 c.c. **Delega agli amministratori.** La facoltà di cui al secondo periodo del precedente comma può essere attribuita anche mediante modificazione dello statuto, approvato con la maggioranza prevista dal quinto comma dell'articolo 2441, per il periodo massimo di cinque anni dalla data di deliberazione.

²⁶⁴Per il testo del primo comma dell'art. 2443 c.c. vedi nt. 258.

²⁶⁵Art. 2446 c.c. **Riduzione del capitale per perdite.** Nel caso in cui le azione emesse dalla società siano senza valore nominale, lo statuto, una sua modificazione ovvero una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria possono prevedere che la riduzione del capitale di cui al precedente comma sia deliberata dal Consiglio di amministrazione. Si applica in tal caso l'articolo 2436.

²⁶⁶Vedi Sez. 4.1.4.

delle competenze fra i diversi organi, gli amministratori hanno tutti i poteri necessari per la gestione della società, compresi quelli di straordinaria amministrazione. Per di più, *come precedentemente rilevato*, nel concetto di gestione dell'impresa rientra anche quello di dare esecuzione alle delibere assembleari con una certa larghezza e con un ampio margine di discrezionalità, salvo per le delibere che presuppongono un *iter* predeterminato per legge” (corsivo mio)²⁶⁷.

Altro momento fondamentale del potere di gestione degli amministratori è il suo rapporto con il potere di rappresentanza. In passato si è sostenuto che la rappresentanza sociale fosse un logico corollario del potere di gestione, ciò in virtù del fatto che è impossibile porre in essere un'attività imprenditoriale prescindendo dalla possibilità di esternare ai terzi le scelte prese all'*interno* della società. Secondo alcuni, sia prima che dopo la riforma, questa idea della coincidenza del potere di gestione e del potere di rappresentanza costituisce la ragione per cui all'amministratore delegato sarebbe riconosciuto ancora oggi, oltre al potere di gestione attribuitogli col conferimento delle deleghe, un corrispondente potere di rappresentanza necessario per l'espletamento dell'incarico ricevuto²⁶⁸. Come detto in precedenza, per quanto la soluzione della corrispondenza del potere di rappresentanza dell'amministratore delegato con il potere di gestione attribuitogli dal consiglio di amministrazione, sia appagante e risolutiva di alcune problematiche, non trova riscontro nell'ordinamento positivo e nemmeno un giudizio unanime in tal senso da parte della dottrina²⁶⁹.

In ogni caso, per quanto riguarda la scissione tra il potere di rappresentanza e il potere di gestione, è ormai opinione pressoché unanime – in forza del fatto che anche prima del 2003 fosse consolidato tale l'orientamento – che la riforma abbia corroborato il principio secondo cui c'è un rapporto di autonomia tra i due poteri con le conseguenze che di seguito si descriveranno.

I motivi che trovano d'accordo dottrina e giurisprudenza in ordine alla scissione dei due poteri degli amministratori sono principalmente di natura normativa. Il legislatore ha esasperato la divisione dei poteri escludendo la possibilità di eccepire dubbi in questione.

Come già descritto in precedenza il potere di gestione spetta a tutti gli ammini-

²⁶⁷ Così M. FRANZONI, (nt. 139), 33.

²⁶⁸ Così M. FRANZONI, (nt. 144), 165 ss.; sempre lo stesso autore anche dopo la riforma, (nt. 193), 212.

²⁶⁹ Per maggiori approfondimenti vedi Sezz. 3.3. e 5.3.

stratori indistintamente. Non può dirsi la stessa cosa per il potere di rappresentanza che viceversa, secondo l'art. 2328.2, n.9 c.c., deve essere definito dall'atto costitutivo²⁷⁰, di conseguenza "lo statuto deve indicare ai terzi chi può legittimamente impegnare la società ed in questo modo priva coloro che non siano stati nominati dell'analogo potere"²⁷¹, distinzione che non può invece farsi per quanto riguarda il potere di gestione²⁷².

Da un punto di vista positivo invece, i due poteri hanno contenuti diversi. Come si dirà più avanti²⁷³, la rappresentanza è generale, lo è per legge, ciò comporta che ci sia l'estensione del potere di impegnare la società anche con atti che eccedono l'oggetto sociale, salvo l'*exceptio doli*. Il contenuto del potere di gestione, invece, mentre non era definito dal legislatore pre-riforma e "veniva desunto dalla disposizione che regolava l'estensione del potere rappresentativo (art. 2384.1 c.c. previgente²⁷⁴), con conseguente coincidenza dell'ambito legale di esercizio di detti poteri"²⁷⁵, è oggi *limitato* al compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.

Il terzo dato normativo che conferma l'autonomia dei due poteri si riscontra nella lettura del secondo comma dell'art 2384.2 c.c. il quale sancisce l'inopponibilità, salvo dolo, delle limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti. La conseguenza è che il contenuto generale del potere di rappresentanza è inderogabile o le eventuali limitazioni possono concernere solo il potere di gestione indi per cui avere solo rilevanza *interna*, ossia produrre effetti soltanto nel rapporto tra società e amministratori. È un "ulteriore divaricazione del contenuto del potere gestorio rispetto al potere rappresentativo e la relativa disciplina, nel relegare nell'ambito dei soli rapporti interni l'effetto della loro violazione, conferma l'autonomia del potere di vincolare la società nei confronti dei terzi"²⁷⁶.

Le conseguenze di questa nuova architettura legislativa sono evidenti. La tutela

²⁷⁰Vedi nt. 148.

²⁷¹Così M. FRANZONI, (nt. 193), 212.

²⁷²Così G. BIANCHI, (nt. 237).

²⁷³Vedi Sez. 4.2.1.

²⁷⁴Vedi nt. 7.

²⁷⁵Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 660.

²⁷⁶*Ibidem*, 660 ss.

accordata al terzo è stata ulteriormente rafforzata e, grazie a tale divaricazione dei poteri, il procedimento deliberativo col quale l'amministrazione *gestisce* la società non ha più rilevanza nei confronti dei terzi, in quanto il principio della generalità del potere di rappresentanza non mette più in discussione gli atti posti in essere dagli amministratori, salvo l'*exceptio doli*²⁷⁷. Se questa separazione non sussistesse il terzo potrebbe subire le conseguenze dei vizi delle deliberazioni con cui gli amministratori gestiscono la società²⁷⁸.

Gli esempi consequenziali a tale principio sono molteplici e di assoluta rilevanza: salvo che si provi l'abuso del terzo contraente, la società non potrà invocare il difetto di rappresentanza se l'amministratore, dotato del potere di rappresentanza, conclude un contratto senza l'autorizzazione di cui all'art. 2364, n.5²⁷⁹, con la sola possibilità di far valere tale illecito solo con i rimedi c.d. interni *ex art.* 2392 c.c.²⁸⁰²⁸¹; ancora si pensi al caso del contratto concluso dal presidente del consiglio di amministrazione che, sebbene investito del potere di rappresentanza, non abbia agito nell'adempimento di una delibera del consiglio che presiede²⁸².

Secondo un autorevole Commentatore nemmeno "l'autonomia statutaria avrebbe potuto spingersi a derogare a questa fondamentale regola, unificando gestione e rappresentanza, ad esempio, ponendole in capo all'assemblea"²⁸³. A modesto parere di chi scrive, da un punto di vista teorico-ideologico, questo rilievo è fondato. I due poteri sono diversi e disciplinati da norme diverse, tuttavia ritengo che, in un'ottica sostanzialista puramente pratica, sia assolutamente legittimo che lo statuto possa concentrare i due poteri in uno solo. Accade nel caso di amministratore unico o amministratore delegato a cui è attribuito anche il potere di rappresentanza. In questo caso, come Autorevoli Autori hanno sostenuto, "la coincidenza nello stesso soggetto del potere di gestione e del potere di rappresentanza può verificarsi nei casi di amministratore unico e di amministratore delegato"²⁸⁴. È vero che gli Autori in questione intendono la concentrazione soggettiva del potere, ma la conseguenza è

²⁷⁷ *Ibidem*, 661.

²⁷⁸ Così M. FRANZONI, (nt. 139), 214.

²⁷⁹ Vedi nt. 195.

²⁸⁰ Vedi nt. 216.

²⁸¹ Così M. FRANZONI, (nt. 193), 212.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ *Ibidem*, 212 ss.

²⁸⁴ Così P. G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, (nt. 30), 365.

che, almeno nella sostanza e nella pratica dell'azione gestoria, i poteri coincideranno.

Il sistema che la novella ha determinato sembrerebbe aderire pienamente al dettato comunitario e, accordando una tutela ulteriormente rafforzata nei confronti dei terzi, risolvere i problemi interpretativi posti all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina. Secondo uno dei maggiori esperti di quest'istituto non sarebbe così, in quanto la riforma non fornirebbe, per molti dei problemi sopra indicati, "una soluzione sicura ed appagante e come la stessa affermazione dell'autonomia del potere rappresentativo rispetto al potere gestorio, che viene individuata come il principio ispiratore dell'intera disciplina della rappresentanza, non abbia ricevuto una traduzione normativa univoca e coerente"²⁸⁵. Ritengo inoltre che, al di là delle questioni più complesse non ancora risolte come la rilevanza esterna dei vizi attinenti al procedimento deliberativo interno e il conflitto di interesse, e che riceveranno adeguata trattazione²⁸⁶, il legislatore abbia addirittura complicato la questione inerente l'opponibilità ai terzi delle limitazioni legali, eliminando la parte dell'articolo 2384 del codice previgente con cui si circoscriveva il potere di rappresentanza ai limiti della legge, con l'inconveniente di aver creato una spaccatura all'interno della dottrina e in ogni caso forte incertezza in ordine alla risoluzione del caso di specie.

4.1.4 I limiti al potere di gestione

Non resta che definire i limiti, volontari o imposti, al potere di gestione degli amministratori.

I limiti al potere di gestione possono essere divisi in tre grossi gruppi:

1. limiti legali;
2. limiti statutari;
3. limiti imposti dall'oggetto sociale.

Prima della riforma, la tripartizione era la medesima; le differenze fondamentali riguardano, a parte i limiti posti dall'oggetto sociale per i quali, come vedremo, possono ritenersi valide le conclusioni forniteci dalla dottrina e dalla giurisprudenza prima della riforma, le nuove norme che disciplinano i limiti cogenti al potere di gestione

²⁸⁵ Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 661.

²⁸⁶ Vedi Sez. 4.2.6 e Cap. 6.

e la riforma dei rapporti tra l'assemblea dei soci ed il consiglio di amministrazione in ordine alle competenze gestorie.

Per quanto riguarda i limiti legali al potere di gestione, è doveroso fare una precisazione: come sopra esposto, il potere di gestione degli amministratori si estende a tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Questa norma sarebbe sufficiente per la definizione in *positivo* dell'ambito dei poteri degli amministratori. Effettivamente, non si riscontrano altre norme che definiscono "la quantità" di poteri che il sistema riconosce agli amministratori. A modestissimo parere di chi scrive è possibile stabilire, di conseguenza, che l'art. 2380-*bis*.1 c.c. sia norma generale concernente i poteri di gestione legittimamente riconosciuti all'amministrazione. Proseguendo su questa strada, ritengo che le norme le quali disciplinano i limiti al potere generale *ex art. 2380-bis.1 c.c.*²⁸⁷ debbano trovarsi in un rapporto di specialità con la suddetta disposizione. Definire questo rapporto tra le norme è fondamentale per due motivi: da un lato, infatti non c'è una prescrizione di carattere generale che definisce in positivo il limite, ovvero i limiti, al potere di gestione – se non la norma di cui all'art. 2364 c.c. che, disciplinando le facoltà dell'assemblea ordinaria, come si vedrà più avanti, in negativo incide sul potere gestorio – ma un elenco di norme che in maniera più o meno chiara delimitano il potere di gestione disciplinato dal primo comma dell'art. 2380-*bis* c.c., in conseguenza delle quali, ogni operazione che non è espressamente vietata dalla legge è consentita agli amministratori, nel rispetto anche dell'antico brocardo latino "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*"²⁸⁸; dall'altro, va ricordato che anche le norme che limitano il potere di gestione, non incidono direttamente sulle facoltà attribuite agli amministratori limitandole, ma trasferiscono la competenza a deliberare su determinati argomenti dall'amministrazione all'assemblea.

Venendo ora ai veri e propri limiti dei poteri di gestione, la generale ed esclusiva competenza gestoria degli amministratori subisce una limitata eccezione quando la legge o lo statuto attribuiscono all'assemblea la competenza a deliberare su deter-

²⁸⁷ Inteso come potere riconducibile ad una norma di diritto comune societario e non come generalità del potere di gestione.

²⁸⁸ Ovviamente rispettando le disposizioni regolamentari statutarie in tema di competenza delle decisioni e rispettando l'oggetto sociale, temi che non rilevano ai fini del ragionamento in discussione in quanto meramente relativo ai limiti *ex lege*.

minati argomenti. Così recita l'art. 2364.1, n.5 "L'assemblea ordinaria: delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti".

Analizzando le limitazioni legali, si riscontra un elenco piuttosto vasto, di cui riportiamo qualche esempio: in tema di azione sociale di responsabilità *ex art. 2393 c.c.*²⁸⁹, un illustre Autore ha *inserito* questa norma tra i casi di esercizio del potere di gestione dell'assemblea²⁹⁰, tuttavia trovo l'istituto in questione, come i suoi affini agli articoli successivi, non riconducibile al potere di gestione, sia esso *amministrativo* che *assembleare*, in quanto disciplinante un conflitto tra due organi della società e non la competenza dell'uno o dell'altro di porre in essere determinati atti giuridici gestori sia essi *lato sensu* intesi; viceversa si dovrebbero ritenere atti gestori assembleari *in re ipsa* tutti i momenti in cui l'assemblea dei soci sia chiamata a pronunciarsi. L'assemblea si pronuncia sull'autorizzazione di taluni atti amministrativi come quelli relativi agli acquisti da promotori, fondatori, soci e amministratori *ex art. 2343-bis*

²⁸⁹Art. 2393 c.c. **Azione sociale di responsabilità.** L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione.

La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare, quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio.

L'azione di responsabilità può anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

L'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore in carica.

La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso, l'assemblea provvede alla sostituzione degli amministratori.

La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigerla, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'articolo 2393-*bis*.

²⁹⁰Così F. BONELLI, (nt. 139), 9.

c.c.²⁹¹; l'assemblea delibera in ordine all'acquisto di azioni proprie, art. 2457.2 c.c.²⁹²; ancora, nei casi di acquisto delle azioni della controllante, art. 2359-*bis*.2 c.c.²⁹³; ovviamente nei casi di acquisto di partecipazioni che comporti una responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali, art. 2361.2 c.c.²⁹⁴; l'assemblea ha inoltre la competenza nelle delibere che aumentano il capitale sociale *ex* artt. 2438 c.c.²⁹⁵

²⁹¹ Art. 2343-*bis* c.c. **Acquisto della società da promotori, fondatori, soci e amministratori.**

L'acquisto da parte della società, per un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale, di beni o di crediti dei promotori, dei fondatori, dei soci o degli amministratori, nei due anni dalla iscrizione della società nel registro delle imprese, deve essere autorizzato dall'assemblea ordinaria.

L'alienante deve presentare la relazione giurata di un esperto designato dal tribunale nel cui circondariato ha sede la società contenente la descrizione dei beni o dei crediti, il valore a ciascuno di essi attribuito, i criteri di valutazione seguiti, nonché l'attestazione che tale valore non è inferiore al corrispettivo, che deve comunque essere indicato.

La relazione deve essere depositata nella sede della società durante i quindici giorni che precedono l'assemblea. I soci possono prenderne visione. Entro trenta giorni dall'autorizzazione il verbale dell'assemblea, corredato dalla relazione dell'esperto designato dal tribunale, deve essere depositato a cura degli amministratori presso l'ufficio del registro delle imprese.

Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli acquisti che siano effettuati a condizioni normali nell'ambito delle operazioni correnti della società né a quelli che avvengono nei mercati regolamentati o sotto il controllo dell'autorità giudiziaria o amministrativa.

In caso di violazione delle disposizioni del presente articolo gli amministratori e l'alienante sono solidalmente responsabili per i danni causati alla società, ai soci ed ai terzi.

²⁹² Art. 2357.1 e 2. c.c. **Acquisto delle proprie azioni.** La società non può acquistare azioni proprie se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato. Possono essere acquistate soltanto azioni interamente liberate.

L'acquisto deve essere autorizzato dall'assemblea, la quale ne fissa le modalità, indicando in particolare il numero massimo di azioni da acquistare, la durata, non superiore a diciotto mesi, per la quale l'autorizzazione è accordata, il corrispettivo minimo ed il corrispettivo massimo.

²⁹³ Art. 2359-*bis*.1 e 2 c.c. **Acquisto di azioni o quote da parte di società controllate.** La società controllata non può acquistare azioni della società controllante se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato. Possono essere acquistate soltanto azioni interamente liberate.

L'acquisto deve essere autorizzato dall'assemblea a norma del secondo comma dell'articolo 2357.

²⁹⁴ Art. 2361.2 c.c. **Partecipazioni.** L'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio.

²⁹⁵ Art. 2438 c.c. **Aumento di capitale.** Un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate.

In caso di violazione del precedente comma, gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni arrecati ai soci ed ai terzi. Restano in ogni caso salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni

e 2442 c.c.²⁹⁶; è competente nelle delibere necessarie per la riduzione del capitale sociale *ex art.* 2445 c.c.²⁹⁷; anche nel caso di riduzione del capitale sociale al di sotto del limite stabilito dalla legge, è l'assemblea a dover deliberare ai sensi dell'art. 2447 c.c.²⁹⁸; ancora, la deliberazione sulla distribuzione degli utili *ex art.* 2433.1 c.c.²⁹⁹; secondo il T.U.F. l'assemblea è competente in ordine alle operazioni di contrasto all'acquisizione del controllo di una società quotata *ex art.* 104.1 e 1-*bis*³⁰⁰ e per

emesse in violazione del precedente comma.

²⁹⁶Art. 2442 c.c. **Passaggio da riserve a capitale.** L'assemblea può aumentare il capitale, imputando a capitale le riserve e gli altri fondi iscritti in bilancio in quanto disponibili.

In questo caso le azioni di nuova emissione devono avere le stesse caratteristiche di quelle in circolazione, e devono essere assegnate gratuitamente agli azionisti in proporzione di quelle da essi già possedute.

L'aumento di capitale può attuarsi anche mediante aumento del valore nominale delle azioni in circolazione.

²⁹⁷Art. 2445 c.c. **Riduzione del capitale sociale.** La riduzione del capitale sociale può aver luogo sia mediante liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti, sia mediante rimborso del capitale ai soci, nei limiti ammessi dagli articoli 2327 e 2413.

L'avviso di convocazione dell'assemblea deve indicare le ragioni e le modalità della riduzione. Nel caso di società cui si applichi l'articolo 2357, terzo comma, la riduzione deve comunque effettuarsi con modalità tali che le azioni proprie eventualmente possedute dopo la riduzione non eccedano la quinta parte del capitale sociale.

La deliberazione può essere eseguita soltanto dopo novanta giorni dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.

Il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione.

²⁹⁸Art. 2447 c.c. **Riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale.** Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327, gli amministratori o il Consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il Consiglio di sorveglianza devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società.

²⁹⁹Art. 2433.1 c.c. **Distribuzione degli utili ai soci.** La deliberazione sulla distribuzione degli utili è adottata dall'assemblea che approva il bilancio ovvero, qualora il bilancio sia approvato dal Consiglio di sorveglianza, dall'assemblea convocata a norma dell'articolo 2364-*bis*, secondo comma.

³⁰⁰Art. 104.1 e 1-*bis* T.U.F. **Difese.** 1. Gli statuti delle società italiane quotate possono prevedere che, quando sia promossa un'offerta pubblica di acquisto o di scambio avente a oggetto i titoli da loro emessi, si applichino le regole previste dai commi 1-*bis* e 1-*ter*.

1-*bis*. Salvo autorizzazione dell'assemblea ordinaria o di quella straordinaria per le delibere di competenza, le società italiane quotate i cui titoli sono oggetto dell'offerta si astengono dal compiere atti od operazioni che possono contrastare il conseguimento degli obiettivi dell'offerta. L'obbligo di astensione si applica dalla comunicazione di cui all'articolo 102, comma 1, e fino alla chiusura dell'offerta ovvero fino a

le operazioni che determinino il superamento del 2% nelle partecipazioni reciproche di società quotate *ex art.* 121.1 e 2 T.U.F.³⁰¹

Come da più parti rilevato, si tratta di limiti c.d. parziali al potere di gestione. Anche nei casi su indicati in cui la legge riconosce una competenza deliberativa all'assemblea, l'iniziativa, intesa come sottoposizione e convocazione dell'assemblea – salvo i casi in cui la convocazione venga ordinata con decreto del tribunale *ex art.* 2367 c.c.³⁰² o attuata dal collegio sindacale *ex art.* 2406 c.c.³⁰³ – e l'esecuzione delle

quando l'offerta stessa non decada. La mera ricerca di altre offerte non costituisce atto od operazione in contrasto con gli obiettivi dell'offerta. Resta ferma la responsabilità degli amministratori, dei componenti del consiglio di gestione e di sorveglianza e dei direttori generali per gli atti e le operazioni compiute.

³⁰¹Art. 121.1 e 2 TUF **Disciplina delle partecipazioni reciproche.** 1. Fuori dai casi previsti dall'articolo 2359-*bis* del Codice civile, in caso di partecipazioni reciproche eccedenti i limiti indicati nell'articolo 120, commi 2 e 3, la società che ha superato il limite successivamente non può esercitare il diritto di voto inerente alle azioni o quote eccedenti e deve alienarle entro dodici mesi dalla data in cui ha superato il limite. In caso di mancata alienazione entro il termine previsto la sospensione del diritto di voto si estende all'intera partecipazione. Se non è possibile accertare quale delle due società ha superato il limite successivamente, la sospensione del diritto di voto e l'obbligo di alienazione si applicano a entrambe, salvo loro diverso accordo.

2. Il limite del due per cento richiamato nel comma 1 è elevato al cinque per cento a condizione che il superamento del due per cento da parte di entrambe le società abbia luogo a seguito di un accordo preventivamente autorizzato dall'assemblea ordinaria delle società interessate.

³⁰²Art. 2367 c.c. **Convocazione su richiesta di soci.** Gli amministratori o il Consiglio di gestione devono convocare senza ritardo l'assemblea, quando ne è fatta domanda da tanti soci che rappresentino almeno il ventesimo del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il decimo del capitale sociale nelle altre o la minore percentuale prevista nello statuto, e nella domanda sono indicati gli argomenti da trattare.

Se gli amministratori o il Consiglio di gestione, oppure in loro vece i sindaci o il Consiglio di sorveglianza o il Comitato per la gestione, non provvedono, il tribunale, sentiti i componenti degli organi amministrativi e di controllo, ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato, ordina con decreto la convocazione dell'assemblea, designando la persona che deve presiederla.

La convocazione su richiesta di soci non è ammessa per argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta.

³⁰³Art. 2406 c.c. **Omissioni degli amministratori.** In caso di omissione o di ingiustificato ritardo da parte degli amministratori, il Collegio sindacale deve convocare l'assemblea ed eseguire le pubblicazioni prescritte dalla legge.

Il Collegio sindacale può altresì, previa comunicazione al presidente del Consiglio di amministrazione, convocare l'assemblea qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere.

deliberazioni spettano in ogni caso agli amministratori³⁰⁴ (salvo i casi di conflitto di interessi).

Un discorso a parte merita l'ipotesi, disciplinata dall'art. 2386.5 c.c.³⁰⁵, in cui è prevista l'attribuzione, limitatamente agli atti di ordinaria amministrazione, del potere di gestione in capo al collegio sindacale, nel caso in cui siano venuti a mancare l'amministratore unico o tutti gli amministratori. Tale potere sussiste ovviamente fino alla ricostituzione dell'organo³⁰⁶. Analogicamente si ritiene che "anche espressione di tale potere sostitutivo, limitatamente agli affari urgenti, sia l'operatività del consiglio «monco», nel caso sia venuto meno taluno degli amministratori, fin quando non sia stato reintegrato il numero statutario dei componenti il consiglio di amministrazione"³⁰⁷.

Accanto a questi limiti previsti dalla legge, lo statuto può "porre ulteriori *limiti particolari* al potere di gestione, i quali, in forza di quanto dispone il n.5 dell'art. 2364, possono soltanto assumere la forma di *autorizzazione* necessaria, da parte dell'assemblea (ordinaria), per il compimento di determinati atti (esempio: per alienare immobili sociali)"³⁰⁸.

Prima della riforma la norma omologa all'art. 2364, n.5 c.c.³⁰⁹ era l'art. 2364, n.4 c.c.³¹⁰ previgente che, prevedeva la possibilità che potessero essere definite delle competenze gestorie in capo all'assemblea attraverso l'inserimento delle stesse nell'atto costitutivo. Inoltre gli amministratori potevano sottoporre all'assemblea questioni particolari attinenti l'amministrazione anche se, nel caso di specie in cui mancasse una previsione statutaria, la decisione finale spettava in ogni caso agli amministratori i quali non erano vincolati dalla deliberazione assembleare³¹¹.

La riforma ha, come già detto, riscritto l'art. 2364, n.5 che, oltre a prevedere che l'assemblea deliberi sulle questioni previste dalla legge, consente a quest'ultima di

³⁰⁴Così A. DE NICOLA, (nt. 187), 93; conforme F. BONELLI, (nt. 139), 9.

³⁰⁵Art. 2386.5 c.c. **Sostituzione degli amministratori**. Se vengono a cessare l'amministratore unico o tutti gli amministratori, l'assemblea per la nomina dell'amministratore o dell'intero Consiglio deve essere convocata d'urgenza dal Collegio sindacale, il quale può compiere nel frattempo gli atti di ordinaria amministrazione.

³⁰⁶Così A. DE NICOLA, (nt. 187), 96; conforme M. SANDULLI, (nt. 206), 398.

³⁰⁷Così M. SANDULLI, (nt. 206), 398.

³⁰⁸Così F. FERRARA JR - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, XIV ed., Milano, 2009, 617.

³⁰⁹Vedi nt. 195.

³¹⁰Vedi nt. 200.

³¹¹Così A. DE NICOLA, (nt. 187), 93.

decidere sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori. In questo caso si tratta di una *limitazione* volontaria che ha in comune con le limitazioni legali il fatto che l'iniziativa e l'esecuzione spettano in ogni caso agli amministratori. Secondo una delle dottrine più autorevoli "l'autorizzazione [...] si limita a rimuovere un ostacolo statutario al compimento dell'atto, ma né obbliga gli amministratori a compierlo (a questa conclusione si era già giunti in via interpretativa anche prima della riforma del 2003) né li esonera da responsabilità, *nemmeno nei confronti della società*: ed è, quest'ultima, la più importante modifica introdotta dal nuovo art. 2364.1, n.5"³¹².

La differenza tra i due regimi è fondamentale: l'effetto della vecchia norma era quello di consentire, con una certa disinvoltura, agli amministratori di sottoporre alla volontà assembleare determinati atti con il conseguente esonero di responsabilità per l'organo amministrativo. Questo possibile esautoramento della responsabilità degli amministratori è stato perentoriamente escluso dal legislatore della riforma il quale ha specificato che "resta ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti". Agli amministratori è concesso di chiedere ai soci l'approvazione di un certo atto, tuttavia il regime della responsabilità resterà il medesimo di quello previsto per il compimento "diretto" di atti da parte dell'amministrazione, anche se parte della dottrina sostiene che "l'approvazione dei soci può continuare a presentare qualche utilità per gli amministratori. Se *questi* hanno con trasparenza fatto approvare dai soci una determinata operazione, sembra ragionevole escludere che i soci possano poi invocare il compimento di tale operazione quale «giusta causa» di revoca"³¹³.

Gli ulteriori limiti apponibili in statuto devono in ogni caso essere specifici, infatti saranno considerate illegittime le clausole statutarie tali da avere latitudine potenzialmente esautorante la funzione specifica gestoria degli amministratori³¹⁴. Inoltre si ritiene che lo statuto non possa consentire all'assemblea poteri che non si esauriscono nella mera autorizzazione al compimento di determinati atti e si è dubitato, e si dubita, che patti parasociali variamente formulati possano sottrarre poteri agli

³¹²Così F. BONELLI, (nt. 139), 9 ss.

³¹³*Ibidem*, 11, in particolare nt. 8.

³¹⁴Così F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 308), 617.

amministratori attribuendoli ai soci³¹⁵.

Questa nuova architettura competenziale, seppur in una qualche maniera solo concorrente, è stata fortemente criticata. Definita addirittura una sorta di «aberrazione» di stampo istituzionalistico, restringerebbe l'autonomia statutaria e le scelte dei soci, contrastando l'intento programmatico del legislatore di ampliare gli ambiti dell'autonomia contrattuale³¹⁶.

Un discorso a parte merita l'analisi dell'art. 2497 c.c.³¹⁷ che pone a carico della società controllante i pregiudizi arrecati alla redditività ed al valore della partecipazione sociale derivanti da una indebita modalità di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Non è in ogni caso agevole stabilire se questa tematica rientri tra le questioni concernenti i limiti *ex statuto* al potere di gestione. Ritengo che, dal momento che l'adesione ad un gruppo deriva da una scelta volontaria, o comunque, dall'autonomia negoziale *di parti* – seppur nella maggior parte dei casi, dal un punto di vista del potere contrattuale, in evidente disparità – la tematica debba qui essere analizzata.

L'aspetto tutt'altro che risibile della questione riguarda il coordinamento dell'interesse della controllante ad operare scelte – legittime – dall'*esterno* nei confronti della controllata con il principio dell'art. 2380-*bis* c.c. enunciante il potere esclusivo degli amministratori di gestire la società. Al di là degli aspetti più propriamente inerenti le modalità di esercizio di attività di direzione e coordinamento, temi la cui analisi non si rende qui necessaria, bisogna comprendere in che modo l'attività degli amministratori della società controllata siano limitati dall'appartenenza ad un gruppo. Un Autore che si è occupato della problematica, ha primariamente distinto l'attività di amministrazione, concernente profili anche esterni all'attività gestoria come l'organizzazione dell'ente, le scelte strategiche, le politiche aziendali, la programmazione e lo sviluppo, in cui la “madre” potrà pianamente ingerirsi, sempre nel rispetto dell'interesse della “figlia”, e l'attività di gestione *in senso stretto* concernente le scelte operative poste in essere mediante il compimento di determinate operazioni, in cui viceversa non potrà esserci nessun tipo di intervento della

³¹⁵Così A. DE NICOLA, (nt. 187), 94.

³¹⁶*Ibidem*, in particolare nt. 54.

³¹⁷Vedi nt. 209.

capogruppo nei confronti della eterodiretta³¹⁸.

La conclusione, cui l'Autore perviene, porta e ritenere che "da una parte legittimamente gli amministratori di società controllante rivendichino la propria autonomia in ordine all'attività di gestione, dall'altra un'ingerenza nella gestione da parte dell'ente controllante costituirà, in ogni caso, azione arbitraria e non legittimamente esercitata"³¹⁹.

Il terzo gruppo di limiti al potere di gestione deriva dai confini che l'oggetto sociale, per sua natura, impone.

Prima di procedere all'analisi dei limiti derivanti dall'attività economica che l'ente andrà a svolgere, ritengo sia necessario definire positivamente l'oggetto sociale e la rilevanza che questo assume all'interno dell'ordinamento societario.

L'art. 2328.2, n.3 c.c.³²⁰, prescrivendo che l'atto costitutivo indichi l'attività costituente l'oggetto sociale, conferma che lo stesso costituisce l'attività economica che l'impresa decide di intraprendere.

Ovviamente, è richiesta una preventiva decisione in ordine all'attività economica che si svolgerà al fine di consentire a coloro i quali decideranno di investire in quella società di conoscere anticipatamente le condizioni di rischio che sopporteranno. A questo punto, immediatamente, emergono la centralità e la rilevanza nell'ordinamento societario dell'oggetto, che renderà, in suo difetto, la società nulla *ex art.* 2332.1, n.2 c.c.³²¹; non solo, l'oggetto sociale, non rileverà unicamente nel caso di invalidità della società, ma in quello del recesso *ex art.* 2437.1, lett. *a* c.c.³²²; ancora, nella disciplina delle partecipazioni *ex art.* 2361.1 c.c.³²³; nella disciplina delle

³¹⁸Così M. SANDULLI, (nt. 206), 399.

³¹⁹*Ibidem*.

³²⁰Art. 2328.2, n.3 c.c. **Atto costitutivo**. L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve indicare:

3) l'attività che costituisce l'oggetto sociale.

³²¹Art. 2332.1, n.2 c.c. **Nullità della società**. Avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi:

2) illiceità dell'oggetto sociale.

³²²Art. 2437.1, lett. *a* c.c. **Diritto di recesso**. Hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti:

a) la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società.

³²³Art. 2361.1 c.c. **Partecipazioni**. L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne

convocazioni dell'assemblea successive alla prima, art. 2369.5 c.c.³²⁴ e della nullità delle deliberazioni *ex art.* 2379.1 c.c.³²⁵; sarà rilevante, ovviamente, ai fini delle limitazioni al potere di rappresentanza *ex art.* 2384.2 c.c.³²⁶; infine, nelle cause di scioglimento e recesso da società soggette ad attività di direzione e coordinamento, rispettivamente art. 2484.1, n.2 c.c.³²⁷ e 2497-*quater*.1 lett. *a* c.c.³²⁸

Per quanto concerne il tipo di attività oggetto dell'impresa societaria, non deve trattarsi necessariamente di un'attività commerciale, poiché nel nostro ordinamento trova piena cittadinanza l'impresa agricola esercitata collettivamente in veste azionaria, tuttavia è obbligatorio si tratti di un'attività economica e non esclusivamente ideale o di mero godimento, ipotesi in cui si applicheranno rispettivamente le norme del primo libro del codice civile e quelle in materia di mero godimento indicate dall'art. 2248 c.c.³²⁹ È ovviamente configurabile la società c.d. *unius negotii*, il cui oggetto sociale sarà rappresentato da un'attività che si esaurisce nella realizzazione

risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto.

³²⁴Art. 2369.5 c.c. **Seconda convocazione e convocazioni successive.** Nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato, la proroga della società, la revoca dello stato di liquidazione, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione delle azioni di cui al secondo comma dell'articolo 2351.

³²⁵Art. 2379.1 c.c. **Nullità delle deliberazioni.** Nei casi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale e di impossibilità o illiceità dell'oggetto la deliberazione può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla sua iscrizione o deposito nel registro delle imprese, se la deliberazione vi è soggetta, o dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, se la deliberazione non è soggetta né a iscrizione né a deposito. Possono essere impuginate senza limiti di tempo le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili.

³²⁶Vedi nt. 1.

³²⁷Art. 2484.1, n.2 c.c. **Causa di scioglimento.** Le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata si sciolgono:

2) per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie.

³²⁸Art. 2497-*quater*.1 lett. *a* c.c. **Diritto di recesso.** Il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere:

a) quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento.

³²⁹Art. 2248 c.c. **Comunione a scopo di godimento.** La comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III.

di un singolo affare³³⁰.

Un altro elemento fondamentale concernente l'oggetto sociale è la descrizione dello stesso. Da un lato sarà inutile un riferimento che elenchi tutte le attività che l'ente andrà a svolgere, anche perché una tale enumerazione è alquanto improbabile e comunque può limitare l'azione gestoria degli amministratori, dall'altro non è accettabile neanche una descrizione generica, troppo ampia e meramente programmatica dell'attività³³¹.

Nel regime anteriore alla riforma, in forza dell'art. 2384 c.c. previgente³³² – norma dettata per disciplinare il potere di rappresentanza, ma che è stata ritenuta applicabile per delimitare l'ambito del potere di gestione – i poteri degli amministratori si estendevano a tutti gli atti che rientravano nell'oggetto sociale³³³. Con la riforma del 2003 il potere di rappresentanza ed il potere di gestione sono stati *ulteriormente* scissi, ciò in forza anche dell'abrogazione dell'art. 2384-*bis* del codice.

Secondo l'autorevole Dottrina, e non solo, che forse più di tutti si è occupata del ruolo degli amministratori dopo la riforma, il potere di gestione non ha subito sostanziali variazioni, fungendo, l'oggetto sociale, da limite al potere di gestione degli amministratori i quali non hanno il potere di compiere atti che esulino dal programma statutario³³⁴. Su questo punto sembra esserci una certa unanimità anche se l'abrogazione dell'art. 2384-*bis* ha destato qualche perplessità in ordine all'opponibilità o meno degli atti estranei all'oggetto sociale. Come hanno efficacemente sostenuto degli importanti Autori, l'art. 2384-*bis* era comunque una disposizione concernente il potere di rappresentanza mentre il riferimento all'oggetto sociale è esplicitamente presente nell'art. 2380-*bis*.1 c.c.³³⁵ Oltretutto appare insostenibile un potere di gestione in capo agli amministratori tale per cui l'oggetto sociale, e le sue indicazioni, siano del tutto irrilevanti, “ne risulterebbe compromessa la stessa essenza della causa societaria, che nell'esercizio in comune di una *attività* – necessariamente di una *attività individuata* – trova il suo scopo, il suo programma, il suo

³³⁰Così N. ABRIANI, *Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Vol. IV, Tomo I, 2010, 50.

³³¹*Ibidem*.

³³²Vedi nt. 7.

³³³Così F. BONELLI, (nt. 139), 17; conforme A. DE NICOLA, (nt. 187), 95 ss.

³³⁴*Ibidem*.

³³⁵Così F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 308), 616.

profilo di rischio e la sua identificazione”³³⁶.

Ad ogni modo, è da preferire l’interpretazione che vede nell’oggetto sociale, anche dopo la riforma, un limite al potere di gestione degli amministratori, poiché:

sarebbe confermato dalla Relazione 6.III.1. alla riforma del 2003 secondo la quale: “la gestione dell’impresa sociale spetta in via esclusiva agli amministratori i quali hanno i poteri di gestione estesi a tutti gli atti che rientrano nell’oggetto sociale”;

ancora, l’art. 2380-*bis*.1 c.c. il quale stabilisce che gli amministratori compiono le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale, quindi gli stessi possono solamente porre in essere atti che rientrano nell’oggetto sociale;

“è razionale, poiché il patrimonio sociale non può essere distratto, mediante atti estranei, dalla propria destinazione tipica stabilita nell’oggetto sociale, cioè dal «programma economico» dell’attività sociale fissato dai soci”³³⁷.

È fondamentale rilevare come, già precedentemente sostenuto, gli amministratori godono in ogni caso di un vasto margine di discrezionalità, non per i limitati confini prestabilibili dall’oggetto sociale direttamente, ma per il fatto che è la stessa legge ad attribuire loro un ampio margine di azione. L’art. 2380-*bis*.1 c.c. stabilisce, infatti, che il potere di gestione si estende alle operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale, tra cui, oltre a quelli esplicitamente previsti nell’oggetto sociale, anche quelli che “siano effettivamente e concretamente in un *rapporto di funzionalità* (o, di «strumentalità», per usare l’espressione dalla giurisprudenza) con l’attività contemplata dall’oggetto sociale”³³⁸³³⁹. Oltre alla possibilità di compiere atti direttamente o indirettamente finalizzati al perseguimento dell’oggetto sociale, si è visto come è la legge stessa a conferire agli amministratori poteri gestori più propriamente organizzativi, nei quali rientrano le operazioni di carattere straordinario. La conclusione è che “la natura ordinaria o straordinaria dell’atto è irrilevante ai fini della sua appartenenza o meno alla competenza gestionale degli amministratori”³⁴⁰. Per quanto riguarda la conciliabilità o meno di un atto all’oggetto sociale, nonché

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Così F. BONELLI, (nt. 139), 18 ss.

³³⁸ Così M. SANDULLI, (nt. 206), 399 ss.

³³⁹ Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 287 ss.

³⁴⁰ *Ibidem*, 288.

la problematica relativa ai criteri di identificazione della compatibilità degli atti con l'oggetto sociale, si rinvia ai paragrafi successivi³⁴¹.

Mette qui conto unicamente rilevare come l'estraneità o meno di un atto all'oggetto sociale andrà valutata in base alla sua idoneità, in concreto, a realizzarlo³⁴².

Prima di concludere l'analisi del potere di gestione degli amministratori è necessario un breve cenno al regime della responsabilità degli stessi in caso di compimento di un o più atti che non rispettano i limiti legislativi o volontari al potere di gestione.

La disciplina concernente la responsabilità degli amministratori nel caso di violazione delle norme che pongono limiti al potere di gestione è *uniforme*. Sia che ci sia una violazione della legge che una violazione di norma statutaria o ancora il compimento di un atto eccedente l'oggetto sociale, il regime è il medesimo.

Nei rapporti *interni* gli amministratori che pongono in essere atti che eccedono il loro potere di gestione, vuoi per violazione di una norma, vuoi per difetto di autorizzazione³⁴³ o incompatibilità dell'atto con l'oggetto sociale, sono esposti a responsabilità per danni *ex artt.* 2393 c.c.³⁴⁴ e 2393-*bis* c.c.³⁴⁵, a revoca per giusta causa *ex art.* 2383.3 c.c.³⁴⁶ (con eventuale risarcimento del danno *ex art.*

³⁴¹Vedi Sez. 4.2.4.

³⁴²Così A. DE NICOLA, (nt. 187), 95.

³⁴³*Ibidem*, 94 ss.

³⁴⁴Vedi nt. 289.

³⁴⁵Art. 2393-*bis* c.c. **Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci.** L'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo.

Nella società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione di cui al comma precedente può essere esercitata dai soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista dallo statuto.

La società deve essere chiamata in giudizio e l'atto di citazione è ad essa notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale.

I soci che intendono promuovere l'azione nominano, a maggioranza del capitale posseduto, uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti.

In caso di accoglimento della domanda, la società rimborsa agli attori le spese del giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito della loro escussione.

I soci che hanno agito possono rinunciare all'azione o transigerla; ogni corrispettivo per la rinuncia o transazione deve andare a vantaggio della società.

Si applica all'azione prevista dal presente articolo l'ultimo comma dell'articolo precedente.

³⁴⁶Art. 2383.3 c.c. **Nomina e revoca degli amministratori.** Gli amministratori sono rieleggibili, salvo diversa disposizione dello statuto, e sono revocabili dall'assemblea in qualunque momento tempo,

2392 c.c.³⁴⁷), ad intervento *motu proprio* dell'organo di controllo *ex art.* 2406 c.c.³⁴⁸ ovvero a denuncia dei soci *ex art.* 2408 c.c.³⁴⁹, o ancora, nei casi più gravi e nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, anche d'ufficio dal pubblico ministero *ex art.* 2409 del codice³⁵⁰.

Una notazione a parte merita la responsabilità da abuso di attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 c.c.³⁵¹, caso in cui non opera il principio di esclusività dovendosi parlare di "responsabilità per gli effetti pregiudizievoli (*id est*: danni) provocati dall'esercizio del potere di gestione" e non di responsabilità della gestione³⁵². In tale situazione, alla responsabilità degli amministratori, si potrà aggiungere, quella di altri soggetti quale la società capogruppo³⁵³.

Per quanto riguarda i rapporti *esterni*, come si dirà più avanti, non necessariamente l'atto affetto da eccesso di potere potrà essere invalidato e dichiarato inefficace per la società. L'art. 2384 c.c. prescrive infatti l'inopponibilità, salvo l'*exceptio doli*, dell'atto eccedente i limiti imposti ai poteri degli amministratori. Le motivazioni, come già ampiamente descritto, riguardano la tutela dei terzi, parte debole nella contrattazione, e la promozione ed il miglioramento degli affari e degli scambi economici, principio che, oltre a sottendere gran parte degli istituti del diritto commerciale, è, per lo meno a modesto avviso di chi scrive, un connotato del generale principio di buona fede nelle trattative *ex art.* 1337 c.c.³⁵⁴ (norma ritenuta principio anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto dell'amministratore al risarcimento dei danni, se la revoca avviene senza giusta causa).

³⁴⁷Vedi nt. 216.

³⁴⁸Vedi nt. 303.

³⁴⁹Art. 2408 c.c. **Denuncia al collegio sindacale.** Ogni socio può denunciare i fatti che ritiene censurabili al collegio sindacale, il quale deve tener conto della denuncia nella relazione all'assemblea.

Se la denuncia è fatta da tanti soci che rappresentino un ventesimo del capitale sociale o un cinquantesimo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il collegio sindacale deve indagare senza ritardo sui fatti denunciati e presentare le sue conclusioni ed eventuali proposte all'assemblea; deve altresì, nelle ipotesi previste dal secondo comma dell'articolo 2406, convocare l'assemblea. Lo statuto può prevedere per la denuncia percentuali minori di partecipazione.

³⁵⁰Vedi nt. 247.

³⁵¹Vedi nt. 209.

³⁵²Così M. SANDULLI, (nt. 206), 399.

³⁵³Così G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Controlli - Bilancio Modificazioni dello statuto S.r.l. - Gruppi di società*, in *Il nuovo diritto delle società Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa - G. B. Portale, Vol. 3, UTET, 2007, 947 ss.

³⁵⁴Art. 1337 c.c. **Trattative e responsabilità precontrattuale.** Le parti, nello svolgimento delle

generale per ogni trattativa negoziale) e dell'ancora più generale principio di tutela dell'affidamento del terzo in buona fede nei negozi a titolo oneroso.

4.2 Il potere di rappresentanza

4.2.1 La generalità del potere di rappresentanza

Come precedentemente descritto, il potere di rappresentanza degli amministratori è stato ampiamente rafforzato, a scapito, forse, quantomeno per gli interessi non a medio termine, della società e, viceversa, in favore di un regime che tutela ancor di più i terzi.

Senza voler inutilmente ripercorre i processi di riforma procedendo ad una esegesi delle vecchie e delle nuove norme, ritengo comunque importante sottolineare le conclusioni a cui la dottrina è pervenuta in ordine al sistema previgente.

Se è vero che il primo comma dell'art. 2384 del codice previgente³⁵⁵ *non* prevedeva un potere di rappresentanza generale, ma la *sola* facoltà di impegnare la società con atti che rientravano nell'oggetto sociale salvo le limitazioni della legge e dell'atto costitutivo, in realtà, tale disposizione, in virtù di un'interpretazione conforme alla direttiva comunitaria del 1968, e, a differenza di quanto disposto dall'art. 2298 c.c.³⁵⁶, "inerisce al rapporto interno di gestione e non al contenuto e ai limiti della rappresentanza"³⁵⁷. La conclusione era che, anche nella legislazione previgente, l'oggetto sociale e le limitazioni statutarie rappresentavano un limite in punto di principio al contenuto della rappresentanza³⁵⁸.

Come ben sappiamo il secondo comma dell'art. 2384 non ha subito, per lo meno dal punto di vista dell'efficacia delle limitazioni, sostanziali modifiche. Da ricordare anche l'art. 2384-*bis* del codice previgente³⁵⁹ che la riforma ha abrogato, il quale invece, sanciva l'inopponibilità nei confronti dei terzi in buona fede dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale.

trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

³⁵⁵Vedi nt. 7.

³⁵⁶Vedi nt. 3.

³⁵⁷Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 141; conforme F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 134), 517.

³⁵⁸Così M. FRANZONI, (nt. 193), 216.

³⁵⁹Vedi nt. 8.

Dunque dal combinato disposto dagli artt. 2384.2 c.c. previgente e 2384-*bis* risulta la conclusione che i limiti al potere di rappresentanza degli amministratori erano disciplinati dalle suddette norme, inerendo invece il primo comma dell'art. 2384 c.c. previgente al solo rapporto di gestione.

Il punto fondamentale è che la violazione dei limiti statuari ovvero l'aver agito esulando l'oggetto sociale, non comportavano affatto l'inefficacia dell'atto – salvo rispettivamente l'*exceptio doli* e la mala fede – ma assoggettavano gli amministratori a responsabilità *interna*³⁶⁰, non basta: “stabilire se un atto rientrasse o non rientrasse nell'oggetto sociale non comportava una valutazione da effettuarsi semplicemente nella lettura delle norme statutarie. Sicché la buona fede del terzo poteva sussistere sebbene questi non avesse letto alcuna norma della statuto della società”³⁶¹.

Le conclusioni a cui la dottrina maggioritaria era pervenuta sono a questo punto chiare:

1. ben prima della riforma organica delle società, che ha portato, tra le altre, la disposizione disciplinante il potere di gestione degli amministratori (art. 2380-*bis*.1 c.c.³⁶²), si riteneva vi fossero norme che, sebbene contenute in disposizioni regolanti un diverso istituto – la rappresentanza – in realtà indicavano il potere di gestione degli amministratori³⁶³;
2. la novella del 1969 aveva già istituito di fatto la rappresentanza *generale* nonostante la sua esplicita previsione sia risultata solo dalla riforma del 2003³⁶⁴;
3. la generalità della rappresentanza era, come oggi, non derogabile dall'autonomia privata, infatti, come la dottrina prevalente aveva già sottolineato, “le eventuali limitazioni del potere degli amministratori che siano espressione dell'autonomia statutaria acquistano un rilievo puramente obbligatorio a meno che i terzi, abusando della tutela ad essi apprestata dal principio di inopponibilità, abbiano agito intenzionalmente a danno della società”³⁶⁵ e “le uniche limitazioni che, essendo opponibili ai terzi, incidono sul contenuto e sull'ampiezza del

³⁶⁰Così M. FRANZONI, (nt. 193), 217.

³⁶¹*Ibidem*, 217 ss.

³⁶²Vedi nt. 8.

³⁶³Così M. FRANZONI, (nt. 193), 218.

³⁶⁴Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 143.

³⁶⁵*Ibidem*, 144.

potere rappresentativo degli amministratori sono quelle previste dalla legge o che derivano dalle competenze che la legge assegna ad altri organi (limitazioni legali) e dal rispetto dell'oggetto sociale"³⁶⁶.

In effetti a questo punto, le modifiche portate dalla riforma del 2003 appaiono ridimensionate, quantomeno in virtù delle conclusioni a cui la dottrina più influente era pervenuta³⁶⁷.

Non vi sono dubbi che la riforma, riscrivendo l'art. 2384, abbia definitivamente recepito il principio comunitario, in parte disatteso dalla riforma del '69, della generalità e della inderogabilità della rappresentanza degli amministratori di s.p.a.³⁶⁸

Il modello a cui le istituzioni comunitarie si sono ispirate, come precedentemente sottolineato, è quello franco-tedesco, definito dall'art. 94 della legge azionaria francese e dal §82 di quella tedesca. La *ratio* di tale sistema è quella di garantire i terzi per l'attività posta in essere dagli amministratori di s.p.a.³⁶⁹

Possiamo dire a questo punto che l'articolo in commento, vuoi per le modifiche apportate dalla riforma, vuoi per i risultati a cui la dottrina più autorevole era pervenuta, attribuisce agli amministratori un potere di rappresentanza generale. C'è da chiedersi, in effetti, in cosa consista e da cosa derivi il potere generale di porre in essere atti in nome e per conto della società.

Come si è già più volte ripetuto, da un lato il primo comma dell'art. 2384 c.c. attribuisce un potere di rappresentanza generale e, dall'altro, il secondo, esclude che possano esserci limitazioni a tale potere. Né limiti derivanti dall'oggetto sociale, né altri posti dallo statuto o da "indicazioni" degli organi competenti potranno incidere sul potere di rappresentanza degli amministratori di s.p.a.

In una situazione non patologica, credo che il seguente passo di un Autorevole Autore riassume fedelmente le facoltà rappresentative degli amministratori i quali: "designati rappresentanti dalla società, possono compiere, in nome della medesima, dichiarando di agire per la società e non in nome proprio [*contemplatio domini*] tutti gli atti che sono, direttamente o indirettamente, strumentali al raggiungimento dello scopo sociale, fatte salve le sole limitazioni espressamente contenute nell'atto costi-

³⁶⁶ *Ibidem*, 143 ss.

³⁶⁷ *Ibidem*; conforme F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 134), 516 ss.; M. FRANZONI, (nt. 144), 163 ss.

³⁶⁸ Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 665.

³⁶⁹ Così M. FRANZONI, (nt. 193), 215.

tutivo o vietate da disposizioni di legge”³⁷⁰ (corsivo mio). Senza voler analizzare dei profili che l’autore in questione parrebbe sollevare – in parte, relativi alla titolarità ed al conferimento, analizzati precedentemente e altri che verranno ampiamente affrontati di seguito – possiamo dire che questa è “l’ampiezza” della rappresentanza. È vero che, come doverosamente sottolineato, gli amministratori, avendo un potere generale di rappresentare la società, e quindi di impegnarla, non potranno vedersi annullare nessun atto, ma violando le norme costitutive e l’oggetto sociale commetteranno un illecito che potrà portare, oltre alla loro responsabilità per danni, anche alla loro revoca per giusta causa.

Tutto ciò è confermato dalla *inderogabilità* della rappresentanza, generale, degli amministratori cui è conferita e conseguentemente dalla illegittimità di clausole limitative della rappresentanza, le quali escludono dal suo ambito il compimento di taluni atti, oppure prevedono che la rappresentanza spetti congiuntamente a due o più amministratori³⁷¹.

Vi è da chiedersi se la generalità inerisce solo il profilo negoziale della rappresentanza ovvero acquisti rilevanza anche in altri ambiti dell’istituto. Non essendo questa la sede idonea alla trattazione di tale tema, mette qui conto rilevare come dottrina e giurisprudenza siano unanimi nel sostenere che al rappresentante *ex art.* 2384 c.c. spetti la rappresentanza processuale attiva e passiva, la rappresentanza cambiaria e l’esercizio del diritto di querela³⁷².

Ritengo sia doverosa una breve precisazione. È necessario specificare infatti, quando ed a chi si applica la disciplina prevista dall’art. 2384 del codice. Come nel sistema previgente, si deve ritenere che le regole imposte dall’art. 2384 c.c. valgono solo per la rappresentanza istituzionale, la quale risulta dallo statuto o dalla deliberazione di nomina degli amministratori³⁷³.

Lo statuto e la deliberazione di nomina, come detto, costituiscono la fonte del potere di rappresentanza che, una volta attribuito, è per legge generale³⁷⁴.

Nessuna norma vieta la possibilità, come vedremo, di conferire il potere di rap-

³⁷⁰ Così G. BIANCHI, (nt. 237), 77.

³⁷¹ Così F. BONELLI, (nt. 139), 77 ss.

³⁷² Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 290 nt. 34; conofrme G. F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 119; vedi Cap 5.

³⁷³ Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 14), 666.

³⁷⁴ *Ibidem*.

presentanza a procuratori *ad acta*, caso in cui, però, si applicheranno le norme sulla rappresentanza *ex codice* e se del caso le norme in tema di rappresentanza commerciale³⁷⁵.

Ci si è chiesti se la stessa disciplina si applichi nel caso in cui si sia verificata una causa di scioglimento della società. La dottrina maggioritaria ritiene che l'art. 2485.1 c.c.³⁷⁶ non sia impeditivo dell'applicazione dell'art. 2384 c.c.; viceversa si deve escludere la rappresentanza generale nel caso di atti compiuti prima dell'iscrizione della società nel registro delle imprese in quanto, in tal caso, non sarebbe in discussione il potere di rappresentanza degli amministratori, bensì l'esistenza giuridica dell'ente nei cui confronti tali atti dovrebbero imputarsi³⁷⁷.

Da tutto ciò si potrebbe evincere la convinzione che limitazioni legali, in forza della precedente definizione della rappresentanza generale, "si sottraggono all'applicazione della regola sancita dall'art. 2384, comma 2"³⁷⁸; è una problematica piuttosto complessa che verrà analizzata successivamente.

Sempre per cenni dobbiamo chiederci quali effetti può avere l'oggetto sociale. Abbiamo già ampiamente stabilito che l'oggetto sociale non può costituire un limite *reale*, tuttavia ritengo che, quantomeno per completezza, sia necessario dare voce alla dottrina minoritaria la quale ritiene che, sebbene l'art. 2384 c.c. definisca la rappresentanza come generale, "questa formulazione dovrebbe, comunque, essere interpretata in funzione dell'attività della società, cioè del suo oggetto sociale, e non prescindendone; diversamente si potrebbe accreditare il convincimento che gli amministratori – salvo risponderne – possano porre in essere atti ed operazioni anche estranei a tale oggetto che, invece, segna un limite anche per i terzi in ragione del suo assoggettamento a pubblicità legale". Prosegue lo stesso Autore dicendo che diversamente si avrebbe una investitura legale pericolosa³⁷⁹. È difficile accettare tale interpretazione; è vero che si stanno attribuendo agli amministratori poteri molto

³⁷⁵Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 289.

³⁷⁶Art. 2485.1 c.c. **Obblighi degli amministratori**. Gli amministratori devono senza indugio accertare il verificarsi di una causa di scioglimento e procedere agli adempimenti previsti dal terzo comma dell'art. 2384. Essi, in caso di ritardo od omissione, sono personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi.

³⁷⁷Così M. FRANZONI, (nt. 193), 218.

³⁷⁸Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 666.

³⁷⁹Così S. PESCATORE, *La riforma del diritto societario - Commento al d.lgs. n. 5 - 6 del 17 gennaio 2003*, a cura di V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 2003, 69 ss.

ampi, tuttavia è impropria una tale esegesi, non confortata dalla legge, e, che da questa parrebbe addirittura prescindere.

Non si deve fare altro che ribadire che la legge, prevedendo la generalità della rappresentanza, non esclude che vi possano essere delle limitazioni ai poteri di rappresentanza degli amministratori, ma, diversamente che tali limitazioni hanno efficacia meramente *interna*, rilevando, esternamente solo in caso di *exceptio doli* del terzo³⁸⁰.

Quello che il sistema oggi istituisce è un contemperamento degli interessi delle parti che si realizza laddove il comportamento del terzo non sia stato fraudolento e l'interesse della società rispettato³⁸¹.

Questa nuova impostazione è sintetizzata dalla Relazione 6.III.1 alla legge di riforma del 2003, come sapientemente sottolinea un Illustre Autore, “*gli amministratori* hanno poteri di gestione estesi a tutti gli atti che rientrano nell’oggetto sociale (art. 2380-*bis*, comma 1) e una rappresentanza generale per tutti gli atti compiuti in nome della società (art. 2384, comma 1) [...]. Nei rapporti esterni, per tutelare l’affidamento dei terzi – *e salvo l’exceptio doli* – [...] gli atti compiuti dall’amministratore munito del potere di rappresentanza ma privo di potere di gestione (*atti estranei all’oggetto sociale*) [...] rimangono validi ed impegnativi”³⁸².

Come sapientemente sottolineato “il sistema che è nato successivamente all’adeguamento della I Direttiva è espressivo della tendenza rilevata anche in altri ambiti della disciplina societaria (l’impugnazione delle delibere assembleari o delle delibere consiliari), la quale tende a preservare le condizioni nelle quali gli operatori del mercato possano operare in sicurezza”³⁸³.

La *ratio* della disciplina, come già sottolineato è palese: promozione, certezza e garanzia dei traffici attraverso la tutela dell’affidamento dei terzi e della loro buona fede, facendo incidere sulla società il rischio delle violazioni commesse dagli amministratori che non osservino le limitazioni poste dallo statuto o dall’oggetto sociale³⁸⁴.

³⁸⁰Così F. BONELLI, (nt. 139), 77 ss.

³⁸¹Così M. FRANZONI, (nt. 193), 215.

³⁸²Così F. BONELLI, (nt. 139), 77.

³⁸³Così M. FRANZONI, (nt. 193), 218.

³⁸⁴Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1330; conforme G. F. CAMPOBASSO, (nt. 372), 119; F. BONELLI, (nt. 139), 79.

È interessante la considerazione fatta da un Commentatore il quale dice che solo la comprensione della *ratio* della disciplina consente di comprendere “il perché delle norme [...] *illustrate* che, di *prima facie*, possono sembrare sconcertanti”³⁸⁵, come lo sono state per una parte della Dottrina, tra le più illustri, che ha definito tale disciplina “inopportuna”, in particolare: “se, come sembra, la norma va interpretata nel senso che il rappresentante legale vincola la società anche se agisce *ultra vires*, salvo il caso dell’*exceptio doli*, essa appare sommamente inopportuna nell’ottica della tutela dell’interesse della società (si pensi alle applicazioni dell’art. 2384-*bis* c.c. fatte dalla giurisprudenza a proposito delle operazioni infragruppo); in caso contrario la norma sarebbe in violazione dell’art. 9 della Prima Direttiva. Si suggerisce senz’altro il ripristino dei testi vigenti”³⁸⁶.

Il ripristino, come sappiamo, non c’è stato e l’abrogazione dell’art. 2384-*bis* c.c. non scalfisce le considerazioni giurisprudenziali non solo in ordine alle operazioni infragruppo, ma a tutte le operazioni *ultra vires*.

4.2.2 Le invalidità relative alla nomina

L’art. 2383 c.c.³⁸⁷ regola la nomina, l’eventuale invalidità della stessa, e la revoca degli amministratori. Come ben sappiamo la nomina degli amministratori spetta

³⁸⁵Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 289.

³⁸⁶Così P. ABBADESSA, *Parere dei componenti del collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto Commerciale interno ed internazionale*, Università Cattolica di Milano, in *Riv. soc.*, 2002, 1476.

³⁸⁷Art. 2383 c.c. **Nomina e revoca degli amministratori**. La nomina degli amministratori spetta all’assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori, che sono nominati nell’atto costitutivo, e salvo il disposto degli articoli 2351, 2449 e 2450.

Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi, e scadono alla data dell’assemblea convocata per l’approvazione del bilancio relativo all’ultimo esercizio della loro carica.

Gli amministratori sono rieleggibili, salvo diversa disposizione dello statuto, e sono revocabili dall’assemblea in qualunque tempo, anche se nominati nell’atto costitutivo, salvo il diritto dell’amministratore al risarcimento dei danni, se la revoca avviene senza giusta causa.

Entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiedere l’iscrizione nel registro delle imprese indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente.

Le cause di nullità o di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo l’adempimento della pubblicità di cui al quarto comma, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza.

all'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori nominati nell'atto costitutivo, mentre gli adempimenti pubblicitari spettano agli amministratori stessi i quali, nel rispetto del quarto comma, chiedono l'iscrizione, entro trenta giorni, presso il registro delle imprese, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società.

Ecco come la nomina degli amministratori e il potere di rappresentanza *ex art.* 2384 c.c. possono venire in contatto dal momento che il terzo che intende contrattare con la società, per mezzo evidentemente di un suo rappresentante, deve, di regola, consultare i registri e verificare che a quell'amministratore sia stato conferito il potere di rappresentanza dell'ente.

Come ogni deliberazione, così anche quella che designa l'organo amministrativo, può essere colpita da invalidità per i più svariati motivi. Non spetta qui analizzare le cause di invalidità delle deliberazioni assembleari, ma è necessario verificare le conseguenze che, a seguito di una nomina di un amministratore che ha anche la rappresentanza della società, possono insorgere.

Non è un caso che si sia deciso di intitolare questo paragrafo "le invalidità relative alla nomina" non aderendo alle analisi tradizionali che indicano al singolare l'invalidità della nomina dal momento che non si tratta di analizzare l'ipotesi, principale, delle conseguenze delle cause di nullità e di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società nei confronti degli atti posti in essere dai terzi, bensì di procedere ad un breve *excursus* che riguardi anche i ritardi, le omissioni, i concorsi delle varie nomine e i casi simili.

Dal momento che la pubblicità di tale nomina e di tale potere è di natura dichiarativa e non costitutiva, non comporta che il ritardo o l'omissione dell'iscrizione nei registri travolgano l'atto compiuto dall'amministratore ma, semmai, secondo i principi generali, l'inopponibilità degli atti compiuti nei confronti di coloro che abbiano compiuto lo stesso atto successivamente contrattando con altro rappresentante anche questi *ritardatario* nell'iscrizione ovvero li abbiano compiuti con altro amministratore ancora iscritto nello stesso registro, salvo che non si provi che il terzo fosse in mala fede³⁸⁸.

Altra ipotesi è quella relativa al caso in cui oltre a nulla risultare dal registro delle imprese, in relazione alla titolarità del potere di rappresentanza, questa, non

³⁸⁸Così M. FRANZONI, (nt. 193), 239.

sarebbe nemmeno stata attribuita. In questo caso – probabilmente non rientrante nella tematica qui analizzata ma, per completezza citato – si applicherà, come detto nei paragrafi precedenti in ordine alle conseguenze degli atti posti in essere da un amministratore senza poteri di rappresentanza a cui si rimanda, la disciplina generale della rappresentanza contrattuale *ex art. 1387 ss c.c.*³⁸⁹. Sono attratte a questa disciplina le simili ipotesi in cui il potere di rappresentare la società spetti ad altro amministratore, diverso da quello con cui si è contrattato, e l'ipotesi in cui l'atto di nomina sia invalido e non si sia provveduto all'iscrizione dello stesso nel registro delle imprese³⁹⁰.

Altro caso, di minore importanza rispetto a quello che andremo ad analizzare qui di seguito, è quello in cui manchino la nomina o l'attribuzione del potere di rappresentanza, ma risulti comunque dal registro delle imprese che quell'amministratore sia titolare della rappresentanza della società. In tal caso troverà applicazione il principio di cui all'art. 2193 c.c.³⁹¹ che disciplina l'opponibilità nei confronti dei terzi dei fatti iscritti nel registro delle imprese: nel caso, decisamente remoto, in cui la nomina sia stata falsamente pubblicizzata dal registro è inopponibile nei confronti dei terzi, salvo che non si provi che questi ne abbiano avuto conoscenza³⁹².

Resta ora da analizzare l'ipotesi principale: la conseguenza della nullità e dell'annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società. Si tratta della fattispecie di cui all'art. 2383.5 del codice³⁹³.

Possiamo con certezza dire che qualora la nomina risulti invalida, ma si sia provveduto comunque agli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2383 c.c., il quinto comma del medesimo articolo, trovando applicazione, come nel sistema previgen-

³⁸⁹Così C. MALBERTI, (nt. 6), 205 ss. e vedi Sez. 3.1.

³⁹⁰*Ibidem*, 206.

³⁹¹Art. 2193 c.c. **Efficacia dell'iscrizione.** I fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi non provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza.

L'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta.

Sono salve le disposizioni particolari di legge.

³⁹²Così C. MALBERTI, (nt. 6), 206 ss.

³⁹³Vedi nt. 387.

te³⁹⁴, rende inopponibile, analogamente al regime di cui all'art. 2193 c.c.³⁹⁵, le cause di nullità e di annullabilità della nomina degli amministratori nei confronti dei terzi in buona fede³⁹⁶. Secondo un Autorevole Autore si tratterebbe in questo caso dell'applicazione della regola generale valida per i contratti di cui all'art. 1445 c.c.³⁹⁷ in forza della quale l'annullamento che non dipende da incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati dai terzi a titolo oneroso, salvo la trascrizione della domanda di annullamento³⁹⁸.

In ogni caso, da ciò deriva che il terzo che entra in contatto con la società "ha esclusivamente l'onere di verificare che l'amministratore abbia il potere di rappresentare la società"³⁹⁹ e, "verificata l'investitura nella rappresentanza istituzionale della società, il terzo è esonerato dall'effettuare qualunque accertamento in merito al contenuto del potere di rappresentanza dell'amministratore e può contare sul valore impegnativo dell'atto da questi compiuto"⁴⁰⁰. Come è stato sottolineato, si tratta di un caso in cui c'è molto di più rispetto all'apparenza della rappresentanza dal momento che le formalità pubblicitarie sono state, seppur indebitamente o comunque a seguito di una riconosciuta invalidità della fonte che le ha sollecitate, assolte⁴⁰¹.

La società resterà quindi vincolata dagli atti posti in essere dall'amministratore la cui nomina sia stata viziata, «salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza». La dottrina unanime identifica questo stato soggettivo di conoscenza del terzo come mala fede⁴⁰² e quello di ignoranza come buona fede⁴⁰³. Resta in ogni caso l'onere della prova della conoscenza a carico della società, "prova che potrà essere data dalla società anche attraverso presunzioni idonee a dimostrare che il terzo, considerate le circostanze, non poteva ignorare l'invalidità della nomina"⁴⁰⁴.

³⁹⁴In cui si applicava il settimo comma dell'art. 2383 il quale aveva il medesimo contenuto; Così V.

CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 135 ss.; conforme G. F. CAMPOBASSO, (nt. 123), 389.

³⁹⁵Così C. MALBERTI, (nt. 6), 207.

³⁹⁶Così G. F. CAMPOBASSO, (nt. 123), 119 ss.

³⁹⁷Art. 1445 c.c. **Effetti dell'annullamento nei confronti dei terzi.** L'annullamento che non dipende da incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi in buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento.

³⁹⁸Così M. FRANZONI, (nt. 193), 239 ss.

³⁹⁹Così G. D. MOSCO, (nt. 158), 611.

⁴⁰⁰Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 140.

⁴⁰¹Così M. FRANZONI, (nt. 144), 201.

⁴⁰²Così G. D. MOSCO, (nt. 158), 613.

⁴⁰³Così G. F. CAMPOBASSO, (nt. 123), 389.

⁴⁰⁴Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 136, nt. 23.

Il principio generale che sottende le scelte del legislatore è quello della “salvezza dei diritti acquistati in buona fede dai terzi”⁴⁰⁵, il quale, permeando la disciplina di cui all’art. 2383 c.c., consente facilmente di conoscere la *ratio* sottostante tale norma e non solo⁴⁰⁶: “si vuole, cioè, proteggere la buona fede dei terzi”⁴⁰⁷ “che trattano con il rappresentante istituzionale di una società confidando sulla legittimità della sua investitura”⁴⁰⁸ e “la sicurezza dei traffici, facendo incidere sulla società – anziché sui terzi contraenti – [...] il rischio dell’invalidità della nomina”⁴⁰⁹.

Concludo sul punto precisando che si è detto che soltanto la prova della conoscenza da parte dei terzi dei vizi della nomina rende opponibili nei confronti di questi i vizi stessi, in particolare, secondo la Dottrina maggioritaria, anche ammesso che i terzi non abbiano voluto agire intenzionalmente a danno della società “la loro semplice conoscenza dell’avvicendamento nella carica di amministratore e della conseguente perdita del potere rappresentativo rende ingiustificabile l’esigenza di tutela”⁴¹⁰.

4.2.3 I limiti legali al potere di rappresentanza

Il legislatore della riforma ha, al primo comma dell’art. 2384 c.c., mancato di richiamare le c.d. “limitazioni legali” al potere di rappresentanza, quelle che nel vecchio testo dell’art. 2384 erano definite come “le limitazioni al potere di rappresentanza che derivano dalla legge” e che assieme alle limitazioni derivanti dall’atto costitutivo – presenti nel medesimo comma della norma – e alle limitazioni derivanti dall’oggetto sociale – previste dall’ormai abrogato art. 2384-*bis* c.c. – costituivano i *confini* dell’attività rappresentativa istituzionale. Il legislatore ha abrogato come sappiamo l’ormai pleonastico art. 2384-*bis* c.c. e il riferimento esplicito ai limiti legali al potere di rappresentanza.

⁴⁰⁵Così F. BONELLI, *Atti estranei all’oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm*, Giuffrè, Milano, 2007, I, 942.

⁴⁰⁶Così A. TOFFOLETTO, *Le società azionarie, amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società, manuale breve*, a cura di AA. VV., Milano, 2006, 226.

⁴⁰⁷Così F. BONELLI, (nt. 405), 942.

⁴⁰⁸Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 136.

⁴⁰⁹Così F. BONELLI, (nt. 405), 942.

⁴¹⁰Così M. FRANZONI, (nt. 193), 239.

Chi in un modo e chi in un altro, i commentatori si sono chiesti se “alle limitazioni legali dei poteri degli amministratori non si debba applicare l’art. 2384.2 c.c.” con la conseguenza che tali limiti siano in ogni caso opponibili⁴¹¹, ovvero se “l’aver definito la rappresentanza come «generale», eliminando il precedente riferimento alle limitazioni «che risultano dalla legge», consenta di ritenere vincolanti anche atti compiuti in violazione di limitazioni previste dalla legge”⁴¹², o ancora, chiedendosi perché “le limitazioni statutarie al potere di rappresentanza – non più menzionate nel primo comma dell’art. 2384 nuovo testo – vengono richiamate al secondo comma di questo articolo, e *invece*, ogni riferimento alle limitazioni legali è stato definitivamente cancellato nel nuovo testo dell’art. 2384”⁴¹³ (corsivo mio).

Possiamo riassumere i sospetti chiedendoci: che significato ha l’eliminazione del riferimento ai limiti posti dalla legge? Avranno ancora rilevanza?

Incidentalmente è necessario dare uno sguardo alle conclusioni a cui la dottrina maggioritaria era pervenuta in ordine ai limiti legali del potere di rappresentanza. La norma, infatti, benché avesse questo esplicito riferimento, non consentiva di conoscere il catalogo dei limiti che l’ordinamento prevedeva, con la conseguenza che era stato necessario ricorrere alla letteratura per avere un corollario completo di tali norme.

Ammettendo doverosamente la natura sommaria di tale analisi, è possibile ricordare, da un lato le disposizioni che imponevano il rispetto della competenza deliberativa dell’assemblea, salvo che la legge stessa non circoscrivesse le conseguenze dell’inosservanza del procedimento deliberativo al solo rapporto interno di gestione⁴¹⁴ – deliberazioni c.d. “interne”, cioè non aventi rilevanza nei confronti dei terzi, a differenza di quelle c.d. “esterne” che invece l’avevano⁴¹⁵ – e dall’altro le disposizioni che ponevano dei divieti al compimento di determinati atti di gestione le quali, non sempre, avevano rilevanza anche nei confronti del potere di rappresentanza^{416 417}.

⁴¹¹ Così F. BONELLI, (nt. 139), 82.

⁴¹² Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 666.

⁴¹³ Così C. MALBERTI, (nt. 6), 191.

⁴¹⁴ Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 170.

⁴¹⁵ Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 291.

⁴¹⁶ Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 170.

⁴¹⁷ Art. 2343-*bis* c.c. previgente **Acquisto della società da promotori, fondatori, soci e amministratori**. L’acquisto da parte della società, per un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale, di beni o di crediti dei promotori, dei fondatori, dei soci o degli amministratori, nei due anni dalla

Sicuramente da questa analisi non si può che comprendere che tutti i limiti avevano fondamenti diversi con la conseguenza della impossibilità della riduzione ad un unico schema, ad un principio generale, delle limitazioni legali del potere di rappresentanza.

A questo punto la questione è di semplice descrizione, sebbene di non facile iscrizione della società nel registro delle imprese, deve essere autorizzato dall'assemblea ordinaria.

L'alienante deve presentare la relazione giurata di un esperto designato dal presidente del tribunale contenente la descrizione dei beni o dei crediti, il valore a ciascuno di essi attribuito, i criteri di valutazione seguiti, nonché l'attestazione che tale valore non è inferiore al corrispettivo che deve comunque essere indicato.

La relazione deve essere depositata nella sede della società durante i quindici giorni che precedono l'assemblea. I soci possono prenderne visione. Entro trenta giorni dall'autorizzazione il verbale dell'assemblea, corredato dalla relazione dell'esperto designato dal presidente del tribunale, deve essere depositato a cura degli amministratori presso l'ufficio del registro delle imprese.

Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli acquisti che siano effettuati a condizioni normali nell'ambito delle operazioni correnti della società né a quelli che avvengono in borsa o sotto il controllo dell'autorità giudiziaria o amministrativa.

Art. 2391 c.c. previgente **Conflitto di interessi**. L'amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa.

In caso di inosservanza, l'amministratore risponde delle perdite che siano derivate alla società dal compimento dell'operazione.

La deliberazione del consiglio, qualora possa recare danno alla società, può, entro tre mesi dalla sua data, essere impugnata dagli amministratori assenti o dissenzienti e dai sindaci se, senza il voto dell'amministratore che doveva astenersi, non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

Art. 2393 c.c. previgente **Azione sociale di responsabilità**. L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione.

La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare.

La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso l'assemblea stessa provvede alla loro sostituzione.

La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale.

Art. 2449 c.c. previgente **Effetti dello scioglimento**. Gli amministratori, quando si è verificato un fatto che determina lo scioglimento della società, non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a questo divieto, essi assumono responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi.

risoluzione:

- a) la soppressione dall'art. 2384 c.c. del riferimento ai limiti legali ha la conseguenza di rendere validi atti che violano altre norme?
- b) se la soppressione di tale riferimento non ha sostanzialmente cambiato il regime previgente sussistendo ancora i limiti legali, quali sono tali limiti e come si individuano?

Per quanto riguarda il primo quesito, abbiamo due importanti filoni dottrinari: il primo, minoritario, secondo cui la società non può opporre ai terzi di buona fede né le limitazioni «volontarie» né quelle «legali» ai poteri degli amministratori e, il secondo, maggioritario, secondo cui nonostante la riforma abbia eliminato il riferimento alle limitazioni di fonte legislativa, queste restano in ogni caso opponibili ai terzi.

A sostegno della propria idea, uno dei maggiori Commentatori della disciplina relativa all'amministrazione delle società, sostiene: i) che le limitazioni c.d. legali ineriscono il potere di gestione, non quello di rappresentanza, che resta generale; ii) ci sono norme *speciali*, quali ad esempio l'art. 2486.2 c.c.⁴¹⁸ che – nonostante renda gli amministratori responsabili per i danni causati alla società dai negozi

Essi devono, nel termine di trenta giorni, convocare l'assemblea per le deliberazioni relative alla liquidazione.

Gli amministratori sono responsabili della conservazione dei beni sociali fino a quando non ne hanno fatto consegna ai liquidatori.

Nel caso previsto dal n. 5 dell'articolo 2448, la deliberazione dell'assemblea che decide lo scioglimento della società deve essere depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2411, primo, secondo e terzo comma.

Nei casi previsti dai numeri 1, 2, 4 e 6 dell'articolo 2448 deve essere depositata ed iscritta nel registro delle imprese la deliberazione del consiglio di amministrazione che accerta il verificarsi di una causa di scioglimento.

Nel caso previsto dal n. 3 dell'articolo 2448 deve essere iscritto e pubblicato a norma del comma precedente il decreto del presidente del tribunale che, su istanza dei soci, degli amministratori o dei sindaci accerti l'impossibilità di funzionamento o la continuata inattività dell'assemblea.

Nel caso previsto dall'articolo 2448, secondo comma, il provvedimento dell'autorità governativa e la sentenza dichiarativa di fallimento devono, a cura degli amministratori, entro trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento o dalla pubblicazione della sentenza, essere depositati in copia autentica per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese.

⁴¹⁸Art. 2486 c.c. **Poteri degli amministratori.** Al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'articolo 2487-*bis*, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

compiuti dopo il verificarsi di una causa di scioglimento – evidentemente derogano quelle *generali* che limitano legalmente il potere di rappresentanza; iii) l'art. 2384.2 c.c. deve comunque applicarsi analogicamente anche nei casi in cui i poteri degli amministratori sono limitati dalla legge, al fine di dare certezza ai negozi contratti dai terzi in buona fede⁴¹⁹.

In ogni caso, conclude l'Autore, la società potrà eccepire il dolo al fine di invalidare l'atto⁴²⁰.

Altra rappresentazione, sempre aderente a quella di cui sopra, ma più specificamente relativa alle norme che attribuiscono la competenza all'assemblea di determinate operazioni, ritiene che la nuova formulazione del primo comma dell'art. 2384 c.c. risolva i problemi relativi ai rilievi dei limiti legali derivanti dalla competenza attribuita dalla legge all'assemblea. Da un lato il mancato riferimento ai limiti legali del nuovo art. 2384, dall'altro l'affermazione della generalità della rappresentanza, ontologicamente in contraddizione ad un qualsiasi tipo di *limite*, fanno propendere tale Dottrina per l'irrilevanza dei limiti legali alla rappresentanza⁴²¹.

Un altro Autore, più moderatamente, riconosce i dubbi che l'eliminazione dell'esplicita previsione dei limiti legali hanno portato, sottolineando come tali non sarebbero opponibili “in quanto il nuovo secondo comma dell'art. 2384 c.c. sancisce l'inopponibilità ai terzi, fatta salva l'eccezione di dolo, delle limitazioni anche per gli atti conclusi in nome della società senza una previa decisione degli organi competenti e non specifica che l'attribuzione di competenza debba essere di provenienza statutaria anziché legale”⁴²².

Tale impostazione è fortemente criticata dai commentatori che ritengono che i limiti legali continuino a sussistere ovvero che non possa essere data un'unica soluzione alla questione. Fondamentale per l'economia del dibattito è la critica opposta ai tre punti della tesi di cui sopra da un influente Giurista il quale: i) respinge con forza l'idea che il legislatore non possa aver previsto dei limiti al potere di rappresentanza, sussistendo solo quelli alla gestione; ii) non accetta che dall'esplicita

Gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma.

⁴¹⁹ Così F. BONELLI, (nt. 139), 82 ss.

⁴²⁰ *Ibidem*, 83.

⁴²¹ Così G. D. MOSCO, (nt. 158), 612 ss.

⁴²² Così R. WEIGMAN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, Società, 2003, 271.

salvezza di alcuni atti prevista dal legislatore debba aversi il principio generale che conserva tutti i negozi posti in essere dai terzi con i rappresentanti; iii) è, infine, in disaccordo col fatto che dal momento che i terzi sono la parte debole della contrattazione e quindi, nella normalità dei casi, i loro interessi prevalgono rispetto a quelli della società, gli interessi di questa debbano in ogni caso cedere il passo a quelli dei terzi⁴²³.

Altro punto importante che parrebbe smontare la tesi dell'irrelevanza dei limiti legali alla rappresentanza è dato dal fatto che non si capisce per quale motivo le limitazioni al potere di rappresentare la società previste dall'ordinamento complessivamente inteso debbano trovare un'esplicita conferma nell'art. 2384 del codice⁴²⁴.

Ritengo che quest'ultimo rilievo sia determinante. Nel nostro ordinamento non è presente in ogni norma che attribuisce una facoltà negoziale la clausola "salvo le limitazioni previste dalla legge", ed effettivamente non si comprende perché tale dizione debba essere presente nell'art. 2384 del codice. Probabilmente se già ai tempi della riforma del 1969 si fosse esclusa tale clausola, oggi non ci sarebbero dubbi. Dubbi che sussistono a causa del cambiamento, dell'eliminazione, dell'abrogazione di una riserva assolutamente inutile. I principi generali dell'ordinamento ci consentono di capire, per lo meno ad avviso di chi scrive, che la norma che conferisce la procura generale agli amministratori, e quindi il potere di porre in essere qualsiasi atto vincolante per la società, è norma generale rispetto ad esempio all'art. 2360 c.c.⁴²⁵ che vieta la sottoscrizione reciproca di azioni. Qualora il discorso sul rapporto di generalità-specialità delle norme non dovesse sussistere è allora in ogni caso doveroso rispettare il principio generale di cui all'art. 1418 c.c.⁴²⁶ che impone il rispetto delle norme imperative di legge.

Sarebbe inaccettabile che "la cancellazione di ogni riferimento ai limiti legali al potere di rappresentanza possa significare che i terzi fanno comunque salvi i propri diritti qualunque sia stata la norma violata dagli amministratori. In effetti è difficile

⁴²³ Così C. MALBERTI, (nt. 6), 192 ss.

⁴²⁴ *Ibidem*, 192.

⁴²⁵ Art. 2360 c.c. **Divieto di sottoscrizione reciproca di azioni.** È vietato alle società di costituire o di aumentare il capitale mediante sottoscrizione reciproca di azioni, anche per tramite di società fiduciaria o per interposta persona.

⁴²⁶ Vedi nt. 40.

dedurre dal carattere «generale» del potere di rappresentanza degli amministratori e dalla cancellazione dell'inciso relativo ai limiti imposti dalla legge l'intenzione del legislatore di abbandonare i diversi regimi previsti per regolare i limiti legali imposti all'esercizio della rappresentanza sociale⁴²⁷. Prevedere ciò significherebbe in ogni caso risolvere la questione nell'ottica di una mera petizione di principio: non è dato comprendere per quale motivo, infatti, i limiti legali, indubbiamente di stampo pseudo pubblicistico, dovrebbero essere esclusi e invece le limitazioni convenzionali sussistere pienamente.

Infine anche una lettura della norma comunitaria può aiutare a risolvere ogni dubbio, infatti l'art. 9, n.1 della Direttiva 68/151/CEE⁴²⁸ fa salvi i limiti costituiti dai poteri che la legge conferisce o consente di conferire agli organi sociali⁴²⁹.

Possiamo a questo punto dire che la stragrande maggioranza della Dottrina ritiene che i limiti legali, vuoi che si configurino come divieto di porre in essere determinati atti, vuoi che attribuiscano la competenza decisionale su determinate questioni all'assemblea, continuano a sussistere anche dopo la riforma⁴³⁰.

Tuttavia non basta aderire a tale posizione, non basta accettare che "i limiti legali sussistono" perché il problema non verrebbe comunque risolto. C'è un altro quesito al riguardo: posto che i limiti legali continuano a sussistere, quali sono e come si individuano?

In soccorso viene ancora una volta la Dottrina maggioritaria che esorta a non ricercare un principio generale quanto, invece, la soluzione caso per caso⁴³¹.

Come anticipato, i limiti legali si dividono in prescrizioni che vietano il compimento di un determinato atto di gestione e quelle che subordinano il compimento di un determinato atto alla deliberazione assembleare o di altro organo sociale.

Prima di procedere in tale direzione è necessario chiedersi se l'incompatibilità dell'atto compiuto dall'amministratore con la natura dell'ente stesso sia un'ipotesi

⁴²⁷Così C. MALBERTI, (nt. 6), 193 ss.

⁴²⁸Vedi nt. 9.

⁴²⁹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 668.

⁴³⁰*Ibidem*, 666 ss.; conforme M. FRANZONI, (nt. 193), 233; M. FRANZONI, (nt. 144), 185 ss.; P. G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOPFOLETTI, (nt. 30), 368; C. MALBERTI, (nt. 6), 192 ss.; S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1340 ss.; G. F. CAMPOBASSO, (nt.372), 120 ss.; E. ALEMAGNA, (nt. 81), 291; G. PRESTI - M. RESCIGNO, 482.

⁴³¹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 667.

che possa essere interessante alla trattazione della problematica. La risposta deve essere negativa, si tratterebbe di ipotesi davvero residuali posto che oggi, la società, vuoi per il riconoscimento della rappresentanza generale e vuoi per l'abrogazione del limite posto dal rispetto dell'oggetto sociale, ha una capacità di agire sostanzialmente totale. L'incapacità di agire della società potrà sussistere, forse, nei casi di incompatibilità dell'atto con la natura dell'ente "società per azioni", come nel caso della devoluzione del patrimonio tramite disposizione testamentaria, ovvero nel caso di concessione in godimento dell'intera azienda tale da trasformare di fatto la società in una comunione a scopo di godimento⁴³².

Come anticipato, riferendoci alle norme che vietano il compimento di determinati atti, l'opinione più autorevole riconduce tale fattispecie all'art. 1418 c.c., rilevando l'illiceità del negozio affetto da invalidità per violazione di una norma imperativa, salvo, ovviamente, la legge non disponga diversamente.

Gli esempi in tal caso possono essere il già citato art. 2360 c.c.⁴³³ relativo al divieto di sottoscrizione reciproca di azioni, l'art. 2358 c.c.⁴³⁴ relativo invece al divieto di accordare prestiti o garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, l'art. 2486 c.c.⁴³⁵ relativo al divieto di porre in essere nuove operazioni dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società.

Per quanto riguarda invece le norme che subordinano il compimento di un determinato atto alla preventiva deliberazione di un organo sociale, da un lato, abbiamo i casi in cui sarà la stessa legge a stabilire se quell'atto sia efficace o meno nei confronti dei terzi, dall'altro, quelli in cui la legge tace e per i quali è necessario trovare una soluzione.

⁴³² *Ibidem*, 667 in particolare nt. 18.

⁴³³ Vedi nt. 425.

⁴³⁴ Art. 2358 c.c. **Altre operazioni sulle proprie azioni.** La società non può accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie.

La società non può, neppure per tramite di società fiduciaria, o per interposta persona, accettare azioni proprie in garanzia.

Le disposizioni dei due commi precedenti non si applicano alle operazioni effettuate per favorire l'acquisto di azioni da parte di dipendenti della società o di quelli di società controllanti o controllate. In questi casi tuttavia le somme impiegate e le garanzie prestate debbono essere contenute nei limiti legali degli utili distribuibili regolarmente accertati e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato.

⁴³⁵ Vedi nt. 418.

Tralasciando quest'ultima ipotesi alla quale verrà dedicata una trattazione specifica, è doveroso portare qualche esempio in cui la legge, in virtù della violazione di una norma che attribuisce la competenza decisionale ad un organo sociale, rende quell'atto di gestione inefficace: l'art. 2365 c.c.⁴³⁶ che disciplina le competenze dell'assemblea straordinaria e, l'emissione di azioni o di obbligazioni, presuppone che vi sia una valida deliberazione dell'assemblea straordinaria dei soci, pena l'inefficacia dell'attività svolta dagli amministratori⁴³⁷; l'art. 2393 c.c.⁴³⁸, disciplina l'azione sociale di responsabilità imponendo che la rinuncia o la transazione dell'azione stessa sia autorizzata con deliberazione dell'assemblea ordinaria; ancora l'art. 2343-*bis* c.c.⁴³⁹ che subordina alla previa autorizzazione dell'assemblea ordinaria gli acquisti per un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale, di beni o di crediti dei promotori, dei fondatori, dei soci o degli amministratori, nei due anni dalla iscrizione della società nel registro delle imprese. Più controverso è l'art. 2883 c.c.⁴⁴⁰ relativo all'autorizzazione alla cancellazione delle ipoteche, il quale al secondo comma impedisce che l'amministratore possa, quando il credito garantito non sia stato interamente soddisfatto, consentire la cancellazione dell'iscrizione. Secondo un Autorevole commentatore "con riguardo agli amministratori di società di capitali, è preferibile ritenere che l'art. in commento (2384 c.c.) dia luogo ad una ipotesi speciale rispetto alla generale previsione di «ogni altro amministratore» indicata nell'art. 2883, 2 comma, cod. civ."⁴⁴¹⁴⁴²

Per quanto concerne invece gli atti che, posti in essere dai rappresentanti nonostante il divieto imposto da una norma, sono comunque efficaci, rilevano l'art.

⁴³⁶ Vedi nt. 111.

⁴³⁷ Così M. FRANZONI, (nt. 193), 233.

⁴³⁸ Vedi nt. 289.

⁴³⁹ Vedi nt. 291.

⁴⁴⁰ Art. 2883 c.c. **Capacità per consentire la cancellazione.** Chi non ha la capacità richiesta per liberare il debitore non può consentire la cancellazione dell'iscrizione, se non è assistito dalle persone il cui intervento è necessario per la liberazione.

Il rappresentante legale dell'incapace o ogni altro amministratore, anche se autorizzati a esigere il credito e a liberare il debitore, non possono consentire la cancellazione dell'iscrizione, ove il credito non sia soddisfatto.

⁴⁴¹ Così M. FRANZONI, (nt. 193), 234.

⁴⁴² Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 171.

2357-*quater* c.c.⁴⁴³ e l'art. 2359-*quinquies* c.c.⁴⁴⁴ relativi ai divieti di sottoscrizione di azioni proprie o della controllante.

Infine, in ordine alla conservazione di atti posti in essere in violazione di norme imperative che attribuiscono la competenza decisoria ad un organo sociale e non ai rappresentanti della società, meritano rilievo gli artt. 2357.4 c.c.⁴⁴⁵ e 2359-*ter* c.c.⁴⁴⁶ i quali vietano l'acquisto di azioni proprie o della controllante in mancanza delle riserve disponibili ovvero se si superano i limiti previsti dalla legge, poiché la violazione di tali limiti non comporta l'invalidità dell'acquisto, ma l'obbligo di alienazione o di annullamento delle azioni⁴⁴⁷.

⁴⁴³Art. 2357-*quater* c.c. **Divieto di sottoscrizione delle proprie azioni.** Salvo quanto previsto dall'articolo 2357-*ter*, secondo comma, la società non può sottoscrivere azioni proprie.

Le azioni sottoscritte in violazione del divieto stabilito nel precedente comma si intendono sottoscritte e devono essere liberate dai promotori e dai soci fondatori o, in caso di aumento del capitale sociale, dagli amministratori. La presente disposizione non si applica a chi dimostri di essere esente da colpa.

Chiunque abbia sottoscritto in nome proprio, ma per conto della società, azioni di quest'ultima è considerato a tutti gli effetti sottoscrittore per conto proprio. Della liberazione delle azioni rispondono solidalmente, a meno che dimostrino di essere esenti da colpa, i promotori, i soci fondatori e, nel caso di aumento di capitale sociale, gli amministratori.

⁴⁴⁴Art. 2359-*quinquies* c.c. **Sottoscrizione di azioni o quote della società controllante.** La società controllata non può sottoscrivere azioni o quote della società controllante.

Le azioni o quote sottoscritte in violazione del comma precedente si intendono sottoscritte e devono essere liberate dagli amministratori, che non dimostrino di essere esenti da colpa.

Chiunque abbia sottoscritto in nome proprio, ma per conto della società controllata, azioni o quote della società controllante è considerato a tutti gli effetti sottoscrittore per conto proprio. Della deliberazione delle azioni o quote rispondono solidalmente gli amministratori della società controllata che non dimostrino di essere esenti da colpa.

⁴⁴⁵Art. 2357.4 c.c. Le azioni acquistate in violazione dei commi precedenti debbono essere alienate secondo modalità da determinarsi dall'assemblea, entro un anno dal loro acquisto. In mancanza, deve procedersi senza indugio al loro annullamento e alla corrispondente riduzione del capitale. Qualora l'assemblea non provveda, gli amministratori e i sindaci devono chiedere che la riduzione sia disposta dal tribunale secondo il procedimento previsto dall'articolo 2446, secondo comma.

⁴⁴⁶Art. 2359-*ter* c.c. **Alienazione o annullamento delle azioni o quote della società controllante.** Le azioni o quote acquistate in violazione dell'articolo 2359-*bis* devono essere alienate secondo modalità da determinarsi dall'assemblea entro un anno dal loro acquisto.

In mancanza, la società controllante deve procedere senza indugio al loro annullamento e alla corrispondente riduzione del capitale, con rimborso secondo i criteri indicati dagli articoli 2437-*ter* e 2437-*quater*. Qualora l'assemblea non provveda, gli amministratori e i sindaci devono chiedere che la riduzione sia disposta dal tribunale secondo il procedimento previsto dall'articolo 2446, secondo comma.

⁴⁴⁷Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 668.

4.2.4 I limiti derivanti dall'oggetto sociale

Ritengo interessante cominciare l'analisi della tematica relativa agli eventuali limiti del potere di rappresentanza degli amministratori derivanti dall'oggetto sociale, partendo, come di consueto, da una breve analisi storica della questione.

Come ben sappiamo, l'art. 2384 del codice del '42 non faceva che rimandare, in ordine alla disciplina della rappresentanza degli amministratori di s.p.a., all'art. 2298 c.c. – secondo il quale l'amministratore che ha la rappresentanza della società può compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, salve le limitazioni che risultano dall'atto costitutivo o dalla procura – norma relativa alle società di persone.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie propendevano per una inefficacia o invalidità degli atti *ultra vires* compiuti dagli amministratori. All'interno di quest'orientamento, che attribuiva rilevanza esterna al limite posto dall'oggetto sociale, c'erano vari contrasti in ordine alle premesse, all'opponibilità e alla ratifica dell'atto. In particolare si dibatteva se vi fosse difetto di capacità o di legittimazione ovvero una violazione di un limite legale posto alla rappresentanza degli amministratori. Il primo orientamento, portava inevitabilmente ad escludere la possibilità di ratifica o autorizzazione dell'atto estraneo, viceversa la seconda si prestava sia ad una conseguenza incompatibile con la ratifica sia ad una che invece l'accettava. La conseguenza era che vi fossero altri *sotto*-orientamenti che ritenevano necessarie ratifiche o deliberazioni autorizzative prese all'unanimità o con le maggioranze richieste dall'assemblea straordinaria o, ancora, con quelle richieste dall'assemblea ordinaria⁴⁴⁸.

Il secondo orientamento, minoritario ma non per questo poco autorevole, sosteneva – *già* – che i limiti posti dall'oggetto sociale fossero internamente rilevanti e che l'atto *ultra vires* posto in essere dal rappresentante fosse pienamente efficace. Gli argomenti posti a fondamento di questa tesi erano quelli attuali, ovvero, da un lato, la difficoltà di una aprioristica valutazione della compatibilità tra l'atto e l'oggetto sociale, stante la possibilità di una indiretta e strumentale coesistenza dell'atto stesso con il programma societario e, dall'altro, la doverosa tutela dei terzi a cui non

⁴⁴⁸Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 184 ss.

poteva addossarsi una valutazione di tale portata⁴⁴⁹.

Con la riforma del '69 le due tesi, nelle più svariate specificazioni, andavano respinte, da un lato, in forza della previsione di cui all'art. 2384-*bis* c.c. che non poteva consentire un'mera rilevanza interna dei limiti posti dall'oggetto sociale e, dall'altro, con la riformulazione dell'art. 2384, che rendeva superata anche l'ipotesi più restrittiva e maggioritaria, la quale, c'è da dire, era già andata tramontando a favore di quella minoritaria di cui sopra⁴⁵⁰. La riforma ha, infatti, come sottolineato da un Autorevole Commentatore precedente alla novella del 2003, "costituito una mediazione rispetto alla tesi più rigorosa che avrebbe voluto una regola analoga a quella dell'art. 2384, comma 2, c.c. e, per via della sua collocazione, ha avuto ragione di una tesi, precedentemente sostenuta, che ravvisava nell'oggetto sociale l'individuazione della capacità giuridica della società"⁴⁵¹.

Nel 2003 il legislatore, come sappiamo, è ancora intervenuto riformulando l'art. 2384 del codice ed abrogando l'art. 2384-*bis*. Abbiamo quindi da un lato l'eliminazione al riferimento dell'oggetto sociale quale limite al potere di rappresentanza degli amministratori e, dall'altro l'abrogazione di ogni riferimento alla sorte degli atti c.d. *ultra vires*. Se poi si aggiunge il riferimento alla *generalità* del potere di rappresentanza degli amministratori allora è facile rendersi conto di come la riforma abbia aumentato i poteri degli stessi e conseguentemente previsto una maggior tutela per i terzi. Il legislatore, – compatibilmente con tutta la politica che permea la riforma del diritto societario, volta alla promozione e velocizzazione dei traffici⁴⁵² – ha inteso relegare la violazione dell'oggetto sociale ai soli rapporti interni, rappresentando l'oggetto un limite al potere gestorio, con la conseguenza della irrilevanza di tale violazione nei confronti dei terzi e della piena efficacia degli atti *ultra vires*⁴⁵³.

C'è da precisare che la nuova disciplina non fa riferimento all'oggetto sociale, conseguentemente si potrebbe ritenere che lo stesso non rappresenterebbe più un limite, sia interno che esterno, al potere di rappresentanza degli amministratori. In effetti non è così: è opinione unanime in dottrina che l'estraneità dell'atto rispetto all'oggetto sociale va ricondotta ai limiti statutari di cui al secondo comma dell'art.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, 183 ss.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, 185 ss.

⁴⁵¹ Così M. FRANZONI, (nt. 144), 189 e ss.

⁴⁵² Così C. MALBERTI, (nt. 6), 194 ss.

⁴⁵³ Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 14), 661 ss.; conforme E. ALEMAGNA, (nt. 81), 290 ss.

2384 del codice⁴⁵⁴⁴⁵⁵⁴⁵⁶.

Abbiamo già visto come il legislatore della riforma abbia dato piena attuazione dell'art. 9, n.1 della prima direttiva comunitaria secondo il quale «gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la società nei confronti dei terzi, anche quando tali atti sono estranei all'oggetto sociale»⁴⁵⁷ con la differenza, rispetto al regime previgente, che l'attuale legislazione non consentirebbe più, come vedremo, l'opponibilità dei limiti derivanti dall'oggetto sociale ai terzi in buona fede.

L'abrogazione dell'art. 2384-*bis* c.c., il quale, in sintonia con il vecchio art. 2384 del codice, assicurava un sistema più equilibrato, è stata criticata da parte della dottrina⁴⁵⁸. Questo parere è stato respinto da un Illustre Giurista il quale ritiene che “un giudizio sull'opportunità dell'abrogazione dell'art. 2384-*bis* c.c. non può prescindere dalla considerazione che la previgente disciplina non aveva certamente superato i dubbi e le perplessità in merito all'effettiva possibilità di esprimere *a priori* un giudizio di pertinenza dei singoli atti rispetto all'attività statutaria e ai criteri di individuazione dell'estraneità dell'atto rispetto all'oggetto sociale e da una valutazione dei nuovi rimedi di cui la riforma consente di fare ricorso in alternativa alla validità ed efficacia dell'atto estraneo”⁴⁵⁹. Mi permetto di rilevare, però, che, come vedremo a breve, così come la disciplina previgente, come sottolineato dal Commentatore, non aveva risolto i dubbi in ordine ai criteri di individuazione dell'atto rispetto all'oggetto sociale, così anche la nuova disciplina non li ha risolti rilevando ancora le considerazioni giurisprudenziali e dottrinarie relative al sistema previgente. Il fatto poi che il regime di opponibilità sia cambiato, non credo rilevi ai fini della individuazione della compatibilità di un atto all'oggetto sociale, essendo il giudizio relativo alla efficacia dell'atto contestato bifasico, ossia composto da una prima valutazione in ordine al rispetto o meno dell'atto *sub iudice* dell'oggetto sociale e, qualora si fosse riscontrata la estraneità dell'atto rispetto all'oggetto, di

⁴⁵⁴Vedi nt. 1.

⁴⁵⁵Così V. CALANDRA BUONAURA - A. L. BONAFINI, *Società per azioni. Amministrazione e rappresentanza*, in *Giur. comm.*, II, 2008, 37; conforme C. MALBERTI, (nt. 6), 195 ss.

⁴⁵⁶Secondo G. F. Campobasso la riconduzione dei limiti derivanti dall'oggetto sociale a quelli statuari parrebbe una forzatura, tuttavia l'Autore sembra convenire con la tesi maggioritaria, G. F. CAMPOBASSO, (nt. 372), in particolare nt. 120.

⁴⁵⁷Vedi nt. 9.

⁴⁵⁸Così P. ABBADESSA, (nt. 386).

⁴⁵⁹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 662.

una seconda valutazione, indipendente dalla prima, relativa allo stato soggettivo del terzo.

Si è discusso precedentemente sulla generalità della rappresentanza che la legge attualmente attribuisce ai rappresentanti della società e si discute ora dei limiti, indubbiamente diminuiti, posti dallo statuto o dall'oggetto sociale ai poteri degli amministratori. È difficile comprendere la portata reale della generalità di un potere di rappresentanza che però è *limitato*. Si potrebbe allora sostenere che il legislatore sarebbe intervenuto non sull'*ampiezza* del potere di rappresentanza degli amministratori bensì sul *regime di opponibilità* nei confronti dei terzi degli atti *ultra vires*⁴⁶⁰. In ogni caso è necessario comprendere quale sia il rapporto tra la generalità della rappresentanza e i limiti stabiliti dalla legge alla stessa.

Abbiamo già esposto e criticato l'orientamento che sosteneva un'interpretazione del potere di rappresentanza in funzione dell'oggetto sociale, in quanto prescindente dal dettato normativo e probabilmente contraria al diritto comunitario⁴⁶¹.

Un secondo orientamento, pienamente conforme alla legge in quanto forte di un'interpretazione letterale della stessa, escluderebbe la rilevanza dell'oggetto sociale, posto che la legge non lo cita più, con la conseguenza che sarebbero opponibili ai terzi dolosi solo i limiti derivanti dallo statuto o da una decisione degli organi competenti⁴⁶². Quest'orientamento è stato criticato in quanto, consente ad un terzo che ha agito intenzionalmente a danno della società di fare propri i vantaggi ottenuti, a dispetto dei principi generali del nostro ordinamento, ritenuto eccessivo⁴⁶³ e mi permetto di aggiungere probabilmente incoerente: non credo che avrebbe senso prevedere un regime oppositivo più stringente per delle limitazioni probabilmente meno *essenziali* quali i limiti dello statuto e degli organi competenti rispetto ai limiti posti, invece, da un elemento importante quale l'oggetto sociale.

Un'altra ipotesi è quella che suggerisce di considerare il secondo comma dell'art. 2384 c.c. come un principio generale, con la conseguenza di punire sempre il terzo che ha agito intenzionalmente a danno della società anche nei casi in cui non vi sia un atto estraneo all'oggetto sociale o che viola i limiti posti dallo statuto o da una

⁴⁶⁰Così C. MALBERTI, (nt. 6), 196.

⁴⁶¹Così S. PESCATORE, (nt. 379).

⁴⁶²A quest'orientamento sembrerebbe aderire E. ALEMAGNA, (nt. 81), 290 ss.

⁴⁶³Così C. MALBERTI, (nt. 6), 197.

decisione degli organi competenti⁴⁶⁴. Questa tesi sarebbe da respingere in quanto non è dato comprendere il perché della riqualificazione a principio generale della norma di cui all'art. 2384 del codice.

Infine la soluzione sembrerebbe essere quella che identifica i limiti posti dall'oggetto sociale quali limiti statuari *ex art. 2384.2 c.c.*, di conseguenza gli atti *ultra vires* saranno opponibili ai terzi che hanno intenzionalmente agito a danno della società. Quest'orientamento ha trovato maggiori consensi in dottrina⁴⁶⁵, nonostante non aderisca a pieno al dettato normativo. In effetti c'è una, a mio avviso, lievissima forzatura della norma dal momento che i limiti posti dal secondo comma dell'art. 2384 c.c. sarebbero quelli "statuari" mentre l'oggetto sociale è, a norma dell'art. 2328.2, n.9 c.c.⁴⁶⁶, definito dall'atto costitutivo. Ritengo questa forzatura minima in quanto lo statuto a norma dell'art. 2328.3 c.c.⁴⁶⁷ è parte integrante dell'atto costitutivo; di conseguenza, sebbene il legislatore potesse essere più preciso al riguardo, non credo vi siano particolari problemi di interpretazione.

La conclusione in ordine al rapporto tra la *generalità* della rappresentanza e i contestuali limiti alla stessa è, per lo meno ad avviso della dottrina più autorevole, che l'ampiezza del potere di rappresentanza è la medesima del regime previgente, non avendo istituito il legislatore una rappresentanza anche per gli atti *ultra vires* con la conseguenza che "la novella [...] si è soltanto limitata a riconsiderare il profilo di opponibilità ai terzi degli atti compiuti dagli amministratori"⁴⁶⁸. Ad avviso di chi scrive la questione non è risolta: non vedo come sia possibile prescindere, come sostenuto dall'ultimo Autore citato, dalla legge che ha istituito a chiare lettere la rappresentanza *generale* degli amministratori di società per azioni. Bisognerebbe ammettere che il legislatore ha scritto una norma contraddittoria, nonostante le intenzioni. A questo punto al di là della soluzione prospettata, a cui in ogni caso aderisco, bisogna prima di tutto ammettere la incapacità del legislatore in questo

⁴⁶⁴Così G. D. MOSCO, (nt. 158), 612.

⁴⁶⁵Così G. F. CAMPOBASSO, (nt. 372), 120; conforme F. DI SABATO, (nt. 129), 288; A. TOFFOLETTO, (nt. 406), 138 ss.; C. MALBERTI, (nt. 6), 199.

⁴⁶⁶Vedi nt. 148.

⁴⁶⁷Art. 2328.3 c.c. **Atto costitutivo**. Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo. In caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde.

⁴⁶⁸Così C. MALBERTI, (nt. 6), 199.

ambito della riforma, *ignorarlo* e procedere alla riqualificazione dell'istituto, grazie anche al dettato comunitario, come prospettato dalla dottrina maggioritaria.

Prima di procedere alla non facile descrizione dei criteri identificativi la compatibilità di un atto con l'oggetto sociale, ritengo qui necessario procedere ad una brevissima precisazione di carattere sistematico.

Abbiamo già descritto la *organicità* dell'amministratore di società, quale natura imprescindibile che caratterizza uno degli elementi essenziali degli enti. Occorre, a mio modesto avviso, un passo successivo, che figuri, almeno in ordine all'argomento di cui si sta trattando, la conseguenza di questa caratteristica dell'amministratore.

Il fatto che la legge preveda imprescindibilmente che vi sia un organo preposto alla gestione della società non può che – in forza della tendenziale coincidenza del potere gestorio e del potere rappresentativo, quantomeno di *default*, nella s.p.a. e della immedesimazione fra la persona fisica del rappresentante e l'ente rappresentato – comportare “una presunzione di normale riferibilità alla persona giuridica di ogni atto compiuto dalla persona fisica investita del rapporto organico”⁴⁶⁹.

Non credo che sia un'affermazione di poco conto. Non partire da questo principio rischierebbe di “indebolire” una disciplina che, per motivi sistemici e sistematici e di incapacità legislativa degli organi delegati, presenta aspetti controversi.

Posta questa condizione, a quella che possiamo dire l'analisi – l'estraneità degli atti all'oggetto sociale – del fulcro di tutto l'istituto e probabilmente l'aspetto più problematico e indubbiamente irrisolto della rappresentanza, è possibile affrontare con maggiore cognizione la problematica che segue.

È notorio come fuori dalle previsioni legislative, fuori dagli schemi dottrinari, insomma, nei fatti, può essere complicato comprendere quando un atto è estraneo o meno all'oggetto sociale poiché “anche quelli che sembrano più lontani in fatto secondo gli intendimenti degli amministratori possono essere in funzione dell'attività sociale. Il che di rimbalzo provoca, quanto meno in casi limite, una situazione di incertezza”⁴⁷⁰ e se poi, aggiungo, da questa valutazione può scaturire la dichiarazione di inefficacia di un atto che interessa un soggetto terzo alla società – sebbene sia necessario il dolo di questi – ecco che risulta palese la delicatezza della questione.

⁴⁶⁹Così G. BIANCHI, (nt. 237), 81.

⁴⁷⁰Così F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 134), 518.

La legge, come precisato precedentemente, ha sicuramente riformato il regime di opponibilità degli atti estranei, tuttavia, fortunatamente, possiamo servirci delle conclusioni a cui la dottrina e la giurisprudenza erano pervenute fino al 2003 dal momento che le controversie soggette alla precedente disciplina, mantengono la loro rilevanza per ciò che concerne la nozione di atto estraneo⁴⁷¹.

Mi servo, come sempre, di un principio generale fornitoci da uno dei maggiori Commentatori della rappresentanza nella s.p.a. il quale afferma che “l’estraneità di un atto all’oggetto sociale va valutata in base al *concreto* rapporto di *strumentalità* tra lo specifico atto compiuto e il programma economico stabilito nell’oggetto sociale: in base, cioè, alla *idoneità in concreto* di uno specifico atto od operazione all’effettivo perseguimento o attuazione dell’oggetto sociale. Pertanto, anche *atti gratuiti* e senza corrispettivo, quali opere di beneficenza o donazioni, possono rientrare nell’oggetto sociale se sono *concretamente* idonei ad aumentare la fedeltà della clientela o ad acquisire nuove fette di mercato, o comunque, a meglio realizzare l’oggetto sociale. Viceversa, anche atti specificamente indicati nell’oggetto sociale, sono estranei all’oggetto sociale se in *concreto* non sono idonei al perseguimento dell’oggetto sociale”⁴⁷².

Questa considerazione richiama tutti i fattori più rilevanti della questione: la concretezza, la strumentalità, la idoneità in concreto, l’irrilevanza della onerosità dell’atto.

Prima di procedere all’analisi dei casi più specifici è importante descrivere i criteri, di cui sopra si è appena accennato, valevoli per tutti i casi. Mi riferisco ad una sorta di “parte generale” della problematica che si occupi inizialmente di escludere i criteri non perseguibili, per poi tracciare definitivamente, per quanto sia possibile, i fattori dai quali invece non è possibile prescindere.

4.2.4.1 Criteri “generali”

È da escludere in prima battuta la possibilità di distinguere tra atti di ordinaria amministrazione e atti di straordinaria amministrazione i quali ultimi sarebbero estranei all’oggetto sociale. Come sapientemente sottolineato dalla dottrina, bisogna

⁴⁷¹Così V. CALANDRA BUONAURA - A. L. BONAFINI, (nt. 455), 38.

⁴⁷²Così F. BONELLI, (nt. 405), 927 ss.

constatare che l'oggetto sociale indica un'attività la cui modificazione è possibile solo nelle forme previste dalla legge e che, viceversa, l'oggetto sociale non indica un insieme di atti⁴⁷³.

Il passo successivo, minimo, è quello di escludere la rilevanza dello statuto. Infatti, prosegue sempre la stessa dottrina, lo statuto non può essere preso in considerazione al fine della valutazione dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale e come elemento indiziario per il riconoscimento del dolo del terzo⁴⁷⁴. In particolare, lo statuto non rileverà in quanto l'elencazione statutaria di atti tipici non potrà mai essere completa a causa della molteplicità degli atti che una società può porre in essere. Inoltre, sempre da questo punto di vista, un elenco di atti "tipici" potrebbe impedire la conclusione di contratti che in via di fatto, invece, possono assolutamente essere idonei al perseguimento dello scopo societario⁴⁷⁵.

Ancora, non potrà nemmeno invocarsi una idoneità c.d. in astratto. Gli atti infatti che, per il loro contenuto, non sembrano consoni alla soddisfazione di nessuna delle esigenze astrattamente ipotizzabili per la tipologia di attività dedotta in statuto dalla società oppure che non si pongono in rapporto di oggettiva funzionalità con tale attività, dovranno ritenersi estranei all'oggetto sociale⁴⁷⁶.

Altro criterio da respingere perentoriamente, in particolare, per il giudizio *a posteriori* che comporterebbe, è quello che tiene conto del comportamento tenuto dalla società dopo il suo compimento. Basarsi sul comportamento tenuto dagli amministratori dopo la conclusione dell'atto significherebbe assoggettare i terzi, scaricando su di loro il rischio di impresa, alla volontà dell'ente⁴⁷⁷. In realtà, come ha rilevato la dottrina dominante, essendo il giudizio sulla valutazione dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale svincolato da quello relativo allo stato soggettivo del terzo, questi resterebbe in ogni caso protetto, qualora si adottasse tale criterio, anche se l'atto è giudicato *ultra vires*, salvo l'*exceptio doli*⁴⁷⁸. Mi permetto di rilevare che ciò non è del tutto vero, o meglio, la tutela del terzo non sarebbe la stessa. Ipotizziamo che il terzo abbia contratto con l'amministratore per un atto che inizialmente non

⁴⁷³ Così M. FRANZONI, (nt. 144), 190.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ Così V. CALANDRA BUONAURA - A. L. BONAFINI, (nt. 455), 39.

⁴⁷⁶ Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 190 ss.

⁴⁷⁷ Così M. FRANZONI, (nt. 144), 190 ss.; conforme V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 189.

⁴⁷⁸ Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 189 ss.

viene contestato dalla società. Qualora, il comportamento successivo degli amministratori dovesse rilevare e, nel caso di specie, portare ad escludere la compatibilità dello stesso con l'oggetto sociale, il terzo, se doloso, subirebbe l'abuso da parte della società che ha potuto attendere l'esito dell'operazione al fine di assicurarsi un diritto potestativo sulla sorte dell'atto. Il terzo sarebbe sì doloso, ma l'atto, qualora non ci si fosse serviti di questo fallace criterio, non poteva essergli opposto. Quello che si vuole sottolineare è che i due giudizi devono restare fermamente separati. Adottare un criterio come quello relativo al comportamento successivo degli amministratori, *solo perché* la tutela del terzo – apparentemente – non cambia, è ideologicamente sbagliato e comporta delle conseguenze tutt'altro che irrilevanti. Il giudizio deve restare, come vedremo, bifasico: si valuta l'estraneità dell'atto all'oggetto e, in caso di esito positivo, si procede alla valutazione dello stato soggettivo del terzo.

Infine è da escludere il criterio della conformità dell'atto all'interesse della società. Degli Autori hanno segnalato che tale criterio consentirebbe agli amministratori di poter “perseguire l'interesse della società operando indifferentemente in qualsiasi settore economico, *sebbene questi* [...] devono rispettare la scelta del settore in cui rischiare il capitale fatta dai soci nell'atto costitutivo”⁴⁷⁹ (corsivo mio). Proseguono gli stessi Autori sottolineando come debba distinguersi tra atti pertinenti l'oggetto sociale e atti conformi all'interesse della società dal momento che è inesatta la valutazione della pertinenza di un atto all'oggetto sociale sulla base della sua convenienza per la società prescindendo da una verifica della coerenza dell'interesse economico perseguito con l'attività che la società, per statuto, deve svolgere⁴⁸⁰.

Procediamo dunque alla individuazione di criteri positivi che possono aiutare l'interprete nel giudizio di compatibilità di un atto all'oggetto sociale.

È evidente che, sempre partendo dall'oggetto definito in statuto, è possibile che vi sia una piena pertinenza dell'atto all'oggetto stesso, in questi casi, non occorrerà alcuna valutazione poiché l'evidenza della liceità dell'atto sarà palese: non è necessario occuparsi, per ovvi motivi, ad esempio della compatibilità dell'acquisto di dieci chilogrammi di caffè per un bar.

Abbiamo richiamato in precedenza il sunto della questione che un importante Commentatore della rappresentanza aveva posto. In quell'analisi si parla di strumen-

⁴⁷⁹Così V. CALANDRA BUONAURA - A. L. BONAFINI, (nt. 455), 39.

⁴⁸⁰*Ibidem.*

talità tra lo specifico atto compiuto e il programma economico stabilito nell'oggetto sociale. Più specificamente si intende che l'oggetto sociale verrà rispettato quando l'atto posto in essere sia, nel caso concreto, potenzialmente idoneo al perseguimento dell'attività societaria stabilita nello statuto e, come la Dottrina maggioritaria sottolinea, ciò può avvenire se il giudizio sulla pertinenza dell'atto si configura in un accertamento *a priori* della *potenziale strumentalità*, diretta o indiretta, dell'atto stesso con l'attività che i soci hanno concordato nello statuto⁴⁸¹.

Tale giudizio di potenziale strumentalità deve però basarsi secondo un criterio di *normalità*, ossia, come precedentemente si è sottolineato, non potrà ritenersi pertinente un atto il quale solo astrattamente ed eccezionalmente sarà conforme alle esigenze dell'attività sociale salvo "tale specifica destinazione non sia resa evidente o, quanto meno plausibile, dalle concrete circostanze che ne accompagnano il compimento"⁴⁸². La convenienza dell'atto, invece, esula dal giudizio di pertinenza dello stesso in quanto il terzo non è in grado di valutarla e soprattutto perché la distinzione tra atti inerenti l'oggetto sociale ed atti *ultra vires* è incompatibile con il giudizio sul vantaggio o lo svantaggio che un atto può arrecare alla società, vuoi perché un atto *ultra vires* può essere comunque vantaggioso per la società e vuoi perché un atto che rispetta l'oggetto sociale può comunque arrecare un pregiudizio all'ente⁴⁸³.

Veniamo ora al profilo quantitativo: la valutazione c.d. qualitativa di cui sopra può non essere sufficiente, o meglio, può essere addirittura fallace: ad esempio una sponsorizzazione di *gadget*, assimilabile alla donazione, può essere indirettamente strumentale all'attività economica della società poiché è assolutamente lecita l'attività di promozione, anche gratuita, che un'impresa può porre in essere. Tuttavia non basta, in questo caso, un giudizio sulla strumentalità di tale attività, infatti, la stessa sponsorizzazione può essere considerata atto estraneo se, per le sue dimensioni, non è compatibile con la società che la pone in essere⁴⁸⁴.

Questa interpretazione, probabilmente imprescindibile per il giudizio di cui ci occupiamo, "presuppone che la struttura organizzativo-finanziaria dell'impresa sociale mantenga sostanzialmente costante nel tempo e che gli amministratori non abbia-

⁴⁸¹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 190; conforme G. BIANCHI, (nt. 237), 83; M. FRANZONI, (nt. 144), 191.

⁴⁸²Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 191.

⁴⁸³*Ibidem*.

⁴⁸⁴Così M. FRANZONI, (nt. 144), 191.

no il potere di modificarla”⁴⁸⁵. Il criterio quantitativo è stato fortemente criticato in quanto si respinge l’idea che possa rappresentare un principio generale il quale pretenda di valutare *a priori* la pertinenza di un atto ad una certa attività basandosi sulle dimensioni con cui questa viene esercitata. È interessante notare come in alcuni casi il rilievo quantitativo dipenda e muti in relazione alle specifiche finalità che la legge prevede nelle varie fattispecie. Così l’art. 2279 c.c.⁴⁸⁶, nel vietare ai liquidatori nuove operazioni, prescrive un limite di carattere quantitativo all’attività gestoria che prima della causa di scioglimento della società non si può dire sussista. Ancora, l’art. 2204 c.c.⁴⁸⁷, che vieta all’istitutore l’alienazione o l’ipoteca dei beni immobili del preponente, e quindi pone dei limiti di carattere quantitativo, è la logica conseguenza del fatto che l’istitutore svolge un ruolo che non gli consente la modificazione della struttura finanziaria dell’impresa⁴⁸⁸. C’è da sottolineare, però, ad avviso di chi scrive, che tale esempio non è pienamente calzante dato che l’istitutore non è evidentemente un amministratore di società. La conclusione sul punto è che, da un lato, non è possibile servirsi di un criterio meramente quantitativo e, dall’altro, che il criterio quantitativo, per lo meno ad avviso di parte della dottrina, potrà rilevare nei casi appena descritti in cui la legge impone il rispetto del carattere dimensionale della struttura, ma non nei casi in cui “il fine dell’amministrazione e la definizione dell’attività d’impresa non sono tali da porre al gestore un vincolo di natura dimensionale”⁴⁸⁹.

È importante sottolineare come il profilo quantitativo dell’atto trovi una conferma, seppur indiretta, nell’art. 2361.1 c.c.⁴⁹⁰ il quale pone un limite all’assunzione di partecipazioni da parte della società proprio in relazione al pericolo che tale

⁴⁸⁵Così V. CALANDRA BUONAURA (nt. 10), 192.

⁴⁸⁶Art. 2279 c.c. **Divieto di nuove operazioni.** I liquidatori non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a tale divieto, essi rispondono personalmente e solidalmente per gli affari intrapresi.

⁴⁸⁷Art. 2204 c.c. **Poteri dell’istitutore.** L’istitutore può compiere tutti gli atti pertinenti all’esercizio dell’impresa a cui è preposto, salve le limitazioni contenute nella procura. Tuttavia non può alienare o ipotecare i beni immobili del preponente, se non è stato a ciò espressamente autorizzato.

L’istitutore può stare in giudizio in nome del preponente per le obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell’esercizio dell’impresa a cui è preposto.

⁴⁸⁸Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 192.

⁴⁸⁹*Ibidem*, 192 ss.

⁴⁹⁰Vedi nt. 323.

assunzione possa configurare rispetto all'oggetto sociale. Proprio nel campo delle partecipazioni il profilo quantitativo è rilevante, poiché l'assunzione di partecipazioni al di fuori del settore tipico in cui opera la società può costituire una modifica all'oggetto sociale che è lecitamente proponibile solo in forza di una deliberazione dell'assemblea straordinaria quindi, come parte della Dottrina ha sottolineato già prima della riforma, l'art. 2361.1 c.c. può essere applicato in armonia con le limitazioni che prima erano poste dall'art. 2384-*bis* c.c. e che ora invece ritroviamo nell'art. 2384.2 del codice⁴⁹¹.

Secondo parte della Dottrina le limitazioni di cui all'art. 2361.1 c.c. rientrerebbero nella categoria degli «atti modificativi» i quali, proprio in virtù della loro fonte legislativa, sarebbero sempre opponibili ai terzi rientrando appunto nella categoria dei limiti legali. Viceversa nella categoria degli atti estranei, opponibili solo ai terzi dolosi, non rientrano quegli atti che in sostanza possono modificare l'oggetto sociale. Il discrimine tra le due categorie starebbe nel fatto che “mentre gli uni riguardano una devianza occasionale dall'oggetto sociale non suscettibile di modificare il settore economico in cui la società opera, [...] *gli atti modificativi* realizzano invece una modificazione di fatto dell'oggetto sociale determinando per il futuro un sostanziale mutamento dell'attività della società”⁴⁹².

Quest'opinione è stata fortemente criticata da chi invece ha rilevato, giustamente, come la mera assunzione di partecipazioni da sola non sia sufficiente a determinare «di fatto» una modificazione dell'oggetto sociale⁴⁹³. Precisa lo stesso Autore che la norma in esame si riferisce “ad una ipotesi di atto estraneo, dotato di un particolare grado di pericolosità, in relazione alla sua capacità di determinare un mutamento «di fatto» dell'oggetto sociale, che ne giustifica una specifica disciplina anche sotto il profilo delle sanzioni”⁴⁹⁴.

Ci si deve domandare se, affinché sussistano gli estremi di estraneità dell'atto all'oggetto sociale *ex art.* 2361.1 c.c., debbano ricorrere entrambi i requisiti quantitativi e qualitativi ovvero sia sufficiente anche solo uno di essi. Il problema non è di poco conto: ammettere la seconda opzione consentirebbe ad una società di tra-

⁴⁹¹ Così M. FRANZONI, (nt. 144), 192 ss.

⁴⁹² Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1343.

⁴⁹³ Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 194.

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

sformarsi in una *holding* operante nello stesso settore a cui fa riferimento lo statuto. La soluzione da adottare è la seconda, ossia che basti anche solo la violazione del limite quantitativo affinché possa sussistere l'ipotesi *speciale* di violazione dei limiti imposti dall'oggetto sociale *ex art. 2361.1. c.c.*, ciò per evidenti motivi: non basta assumere partecipazioni, senza limiti quantitativi, nello stesso settore in cui una società industriale opera al fine di trasformarla lecitamente in una *holding*. Non vi sarebbe solo una violazione di un limite quantitativo ma, ad avviso della Dottrina dominante, ci sarebbe anche lo svolgimento di un'attività qualitativamente diversa⁴⁹⁵. Non è accettabile consentire agli amministratori di scegliere arbitrariamente se svolgere l'attività dedotta nell'oggetto sociale direttamente attraverso l'attività produttiva della stessa o in modo mediato attraverso una partecipazione finanziaria, dal momento che da tale decisione può derivare un mutamento dell'alea contrattuale a cui i soci hanno deciso di aderire.

A questo punto intendo procedere all'analisi delle principali ipotesi di atti *ultra vires*, non senza aver prima descritto brevemente i punti salienti di una recente sentenza della Suprema Corte la quale, ad avviso di chi scrive, affronta delle questioni di cui si è sopra parlato.

Nel caso di specie, la società aveva richiesto, senza successo, prima al Tribunale e poi alla Corte d'Appello, che venisse dichiarata inefficace o illegittima nei suoi confronti la compravendita di tre immobili sociali e la cessione di un esercizio commerciale adibito ad autorimessa, di conseguenza, la retrocessione in suo favore dei relativi beni in oggetto degli atti di compravendita e cessione e il risarcimento dei danni nei confronti dell'amministratore unico.

In particolare sia il Tribunale che la Corte d'Appello avevano ritenuto infondata la distinzione tra atti di ordinaria amministrazione ed atti di straordinaria amministrazione fondata sulla disciplina dell'amministrazione dei beni degli incapaci (in forza della quale atti di ordinaria amministrazione sarebbero gli atti conservativi del patrimonio mentre gli atti di straordinaria amministrazione sarebbero invece gli atti di disposizione e di alienazione, nonché quelli che comportano una diminuzione del

⁴⁹⁵ *Ibidem*, 197.

valore economico dei beni gestiti dal tutore o dal curatore) *ex* artt. 320⁴⁹⁶, 374⁴⁹⁷ e 394⁴⁹⁸ c.c. e che i poteri degli amministratori di porre in essere atti in nome e per conto della società dovevano essere calibrati in riferimento dell'oggetto sociale. Inoltre, sempre i giudici, avevano osservato che nella specie gli atti di alienazione

⁴⁹⁶Art. 320 c.c. **Rappresentanza e amministrazione.** I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore.

Si applicano, in caso di disaccordo o di esercizio difforme dalle decisioni concordate, le disposizioni dell'art. 316.

I genitori non possono alienare, ipotecare o dare in pegno i beni pervenuti al figlio a qualsiasi titolo, anche a causa di morte, accettare o rinunciare ad eredità o legati, accettare donazioni, procedere allo scioglimento di comunioni, contrarre mutui o locazioni ultranovennali o compiere altri atti eccedenti la ordinaria amministrazione né promuovere, transigere o compromettere in arbitri giudizi relativi a tali atti, se non per necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare.

I capitali non possono essere riscossi senza autorizzazione del giudice tutelare, il quale ne determina l'impiego.

L'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare. Questi può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa, fino a quando il tribunale abbia deliberato sulla istanza.

Se sorge conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà, o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, il giudice tutelare nomina ai figli un curatore speciale. Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore.

⁴⁹⁷Art. 374 c.c. **Autorizzazione del giudice tutelare.** Il tutore non può senza l'autorizzazione del giudice tutelare :

1) acquistare beni, eccettuati i mobili necessari per l'uso del minore, per l'economia domestica e per l'amministrazione del patrimonio;

2) riscuotere capitali, consentire alla cancellazione di ipoteche o allo svincolo di pegni, assumere obbligazioni, salvo che queste riguardino le spese necessarie per il mantenimento del minore e per l'ordinaria amministrazione del suo patrimonio;

3) accettare eredità o rinunciarvi, accettare donazioni o legati soggetti a pesi o a condizioni;

4) fare contratti di locazione d'immobili oltre il novennio o che in ogni caso si prolunghino oltre un anno dopo il raggiungimento della maggiore età;

5) promuovere giudizi, salvo che si tratti di denunce di nuova opera o di danno temuto, di azioni possessorie o di sfratto e di azioni per riscuotere frutti o per ottenere provvedimenti conservativi.

⁴⁹⁸Art. 394 c.c. **Capacità dell'emancipato.** L'emancipazione conferisce al minore la capacità di compiere gli atti che non eccedono l'ordinaria amministrazione.

Il minore emancipato può con l'assistenza del curatore riscuotere i capitali sotto la condizione di un idoneo impiego e può stare in giudizio sia come attore sia come convenuto.

compiuti rientravano nell'oggetto sociale riguardante l'attività di gestione ed amministrazione di autorimesse e di acquisto e vendita di immobili, suoli o fabbricati di proprietà sociale. A questo punto, giustamente, stante la compatibilità degli atti all'oggetto sociale, la valutazione circa lo stato soggettivo del terzo era del tutto irrilevante.

La Suprema Corte, respingendo il ricorso della società, conferma l'orientamento giurisprudenziale a cui le corti di merito avevano fatto riferimento in ordine alla distinzione degli atti di ordinaria amministrazione da quelli di straordinaria amministrazione, confermando, ancora, che i poteri degli amministratori vanno calibrati secondo quanto stabilito dall'oggetto sociale "pur se eccedano i limiti della cosiddetta ordinaria amministrazione, con la conseguenza che, salvo le limitazioni specificamente previste nello statuto sociale, devono ritenersi rientranti nella competenza dell'amministratore tutti gli atti che ineriscono alla gestione della società ed eccedenti i suoi poteri, invece, quelli di disposizione o di alienazione, suscettibili di modificare la struttura dell'ente e perciò esorbitanti (e contrastanti con) l'oggetto sociale"⁴⁹⁹.

4.2.4.2 Criteri "speciali"

Venendo ora all'analisi di quella che mi permetto definire la «parte speciale» della disciplina concernente i limiti imposti agli amministratori dall'oggetto sociale, possiamo *riempire* questa categoria degli:

1. *atti a titolo gratuito*; i criteri di cui si è sopra parlato devono ora confrontarsi con la possibilità di porre in essere atti a titolo gratuito da parte degli amministratori. La società, come ben sappiamo, secondo l'art. 2247 c.c.⁵⁰⁰ nasce al fine dell'esercizio in comune di un'attività economica da cui possano conseguire degli utili. Il fatto quindi di porre in essere degli atti a titolo gratuito,

Per gli altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, oltre il consenso del curatore, è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare. Per gli atti indicati nell'art. 375 l'autorizzazione, se curatore non è il genitore, deve essere data dal tribunale su parere del giudice tutelare.

Qualora nasca conflitto di interessi fra il minore e il curatore, è nominato un curatore speciale a norma dell'ultimo comma dell'art. 320.

⁴⁹⁹Cass., 3 marzo 2010, n. 5152.

⁵⁰⁰Art. 2247 c.c. **Contratto di società**. Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni e servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili.

superficialmente, sembra contrastare con l'essenza stessa dell'ente. In effetti, una dottrina abbastanza risalente ha sostenuto che vi sarebbe tra l'atto gratuito e l'oggetto di una qualsiasi società un contrasto insanabile in quanto l'atto stesso sarebbe contrario al concetto stesso di attività economica⁵⁰¹. L'Autore prosegue con una precisazione volta a stemperare l'opinione più rigorosa, da un lato, ipotizzando una differenza tra atti di liberalità e atti a titolo gratuito e, dall'altro, identificando l'incompatibilità tra atti gratuiti e scopo di lucro della società come «confusione» che sconfinava nella «necessità di mettere d'accordo lo spirito di liberalità [...] con lo scopo di lucro»⁵⁰². Si dovrebbe concludere a questo punto che tutti gli atti di questo genere, sia essi gratuiti che conclusi per spirito di liberalità, debbano essere collocati nella categoria degli atti *ultra vires*. Prima di procedere alla confutazione di tale tesi, ritengo necessario descrivere le differenze, nella fattispecie, degli atti gratuiti e degli atti di liberalità. Da un lato abbiamo una recente sentenza della Suprema Corte la quale ha stabilito che ai fini della revocatoria fallimentare *ex art. 67 l. fall.*⁵⁰³ «per qualificare un atto quale atto a titolo gratuito, non è sufficiente

⁵⁰¹ Così G. CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, CEDAM, Padova, 1970, 57 ss.

⁵⁰² *Ibidem*, 57 ss., in particolare nt. 98.

⁵⁰³ Art. 67 l. fall. **Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie.** Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:

1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;

2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento;

3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;

4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Non sono soggetti all'azione revocatoria:

a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;

b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;

l'assenza di corrispettivo, che di per sé non equivale a gratuità dell'atto, ma è necessaria anche la presenza dello spirito di liberalità. Gli interventi gratuiti compiuti da una società a favore di un'altra giuridicamente autonoma dalla prima, ma ad essa collegata, debbono presumersi – qualora ricorrano particolari circostanze che rivelino unitarietà di finalità e di amministrazione – non già come espressione di spirito di condiscendenza o di liberalità, bensì come atti preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pure mediato e indiretto, ma giuridicamente rilevante⁵⁰⁴. Questo orientamento fa coincidere lo spirito di liberalità non necessariamente con un intento altruistico e benefico, ma con l'obiettivo gratuità dell'atto. Dall'altro lato abbiamo la Dottrina più autorevole che invece distingue tra atti posti in essere per spirito di liberalità, caratterizzati dalla mera ed unica volontà del disponente di rinunciare a parte del proprio patrimonio arricchendo quello del donatario, e atti a titolo gratuito che, sebbene siano caratterizzati dalla disposizione di un diritto o dall'assunzione di un'obbligazione senza corrispettivo, sono preordinati al soddisfacimento di un interesse economico, mediato ed indiretto⁵⁰⁵. A questo punto merita una breve parentesi l'ipotesi specifica di un atto gratuito

c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-*bis* del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado;

d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501-*bis*, quarto comma, del codice civile;

e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182-*bis*;

f) i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito;

g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

⁵⁰⁴Cass., 29 settembre 1997, n. 9532, in *Dir. Fall.*, 1999, II, 85.

⁵⁰⁵Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 199 ss.

posto in essere da una società appartenente ad un gruppo. Sempre tenendo fermo il principio del necessario vantaggio, almeno, mediato e indiretto della società disponente, un Autorevole Autore ha sottolineato come la gratuità dell'atto, sia esso, come vedremo, una garanzia che un semplice atto gratuito, non esclude che l'atto stesso venga posto in essere al fine di procurare alla società un vantaggio economico indiretto. Ancora, "la gratuità immediata dell'atto a favore della società beneficiaria ha quale vantaggio mediato ed indiretto per la società disponente il ritorno economico derivante dai benefici che tale operazione porterà al gruppo e, di conseguenza, alle società che ne fanno parte"⁵⁰⁶. Procedendo ora ad un'analisi più generale e non meramente riguardante l'ipotesi dei gruppi di società, si deve rilevare come la Dottrina maggioritaria, per svariati motivi, riconosce la piena liceità degli atti gratuiti posti in essere dagli amministratori. Ovviamente, affinché l'atto gratuito non sia considerato estraneo all'oggetto sociale è necessario che vi sia un vantaggio economico mediato ed indiretto della società. Gli amministratori possono perseguire la ricchezza dell'ente anche mediante attività promozionali che si sostanziano nella distribuzione gratuita dei propri prodotti ai consumatori ovvero mediante opere di beneficenza⁵⁰⁷. È innegabile che dietro queste attività vi sia uno scopo «egoistico» che può giustificarne la disposizione. Prosegue lo stesso Autore che in questi casi, l'unico criterio effettivamente utilizzabile al fine di verificare l'inerenza dell'atto all'oggetto sociale sia quello quantitativo di cui si è sopra discusso⁵⁰⁸. In effetti una piccola realtà imprenditoriale non potrà devolvere in beneficenza o procedere a sistematiche promozioni impegnando, in senso assoluto, grosse cifre. Leggermente divergente sembra essere l'orientamento dottrinale di grande autorevolezza che, se letto in maniera corretta non fa che specificare quello precedente; infatti, secondo l'Autore in questione "il giudizio di pertinenza all'oggetto sociale di un atto a titolo gratuito dovrà essere condotto tenendo presente che la sua strumentalità rispetto all'attività statutaria può essere soltanto indiretta. Di conseguenza, accanto al criterio della

⁵⁰⁶Così M. DE LUCA DI ROSETO, *Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, II, 2008, 823.

⁵⁰⁷Così M. FRANZONI, (nt. 144), 194.

⁵⁰⁸*Ibidem.*

normalità – cui si affida il compito di selezionare, sulla base dell’esperienza, le esigenze riconducibili al tipo di attività prescelta dalla società che l’atto appare idoneo a soddisfare – dovrà attribuirsi rilievo determinante al profilo dimensionale, vale a dire alla proporzione dell’atto, in relazione ai fini che si propone, rispetto alle dimensioni dell’attività imprenditoriale gestita dalla società”⁵⁰⁹. Evidentemente, vi sarà una valutazione agevole nei casi di promozione dei propri prodotti ovvero di sponsorizzazione di eventi a scopi pubblicitari, e così via. Un esempio emblematico di come un atto gratuito assuma, in concreto, caratteristiche diverse è quello dell’amministratore che, essendo in trattativa con un dirigente di una società per una data operazione, spedisca dei fiori alla fidanzata di questi al fine di conquistarsi la sua simpatia facilitando l’operazione. Questa fattispecie è considerata lecita e rispettosa dell’oggetto sociale. Viceversa, se lo stesso amministratore mandasse lo stesso mazzo di fiori alla sua fidanzata, ecco che ci troveremmo di fronte ad un atto estraneo all’oggetto sociale e quindi ad un abuso dell’amministratore⁵¹⁰. Infine la valutazione potrà essere più complicata in quanto relativa ad azioni in cui, come abbiamo detto, l’interesse della società è indiretto e mediato. Si pensi alle forme di elargizione per beneficenza o pubblica utilità, alla promozione culturale e artistica, alla valorizzazione del patrimonio ambientale, valutazioni che non possono prescindere dal consenso e dal prestigio sociale che tali atti, sempre nel rispetto dei criteri della quantità, della normalità e della strumentalità, possono procurare;

2. *rilascio di garanzie*; è indubbiamente una delle problematiche più frequenti e, infatti, la produzione giurisprudenziale relativa a tale tematica è decisamente copiosa. La questione presenta due profili principali: il primo riguarda la gratuità dell’atto che, ad avviso di chi scrive e non solo⁵¹¹, rendono tale fattispecie un’ipotesi particolare di atto gratuito, il secondo invece è che spesso tale atto – discorso a parte merita il rilascio di garanzie infragruppo che di seguito verrà affrontato – “non è mediatamente riconducibile alla realizzazione

⁵⁰⁹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 201.

⁵¹⁰Così A. CAPIZZI, *Opponibilità dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori di s.p.a. Nuovi compiti per una (supposta) exceptio doli?*, reperibile presso il link <http://www.orizzontideldirittocommerciale.net/pub.asp?id=108>

⁵¹¹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 201.

di alcun oggetto sociale, salvo non si tratti di una società finanziaria il cui oggetto consista proprio nel garantire i debiti altrui, dietro corrispettivo. In tal caso, tuttavia, mancherebbe l'elemento della gratuità⁵¹². Si è detto dell'ampia produzione giurisprudenziale sul tema, tuttavia, come già da tempo si rileva, gran parte delle pronunce dei giudici riguardano l'illecito relativo al conflitto di interessi dell'amministratore, di cui si parlerà ampiamente di seguito. Veniamo ora a quali, tra i criteri sopra esposti, possono essere applicati al caso specifico del rilascio di garanzie. Innanzi tutto è necessario confermare l'irrilevanza della previsione statutaria, sia essa esplicita che implicita⁵¹³, tuttavia, qualora lo statuto escluda espressamente il rilascio di garanzie ovvero lo subordini a specifiche condizioni, il rilascio delle stesse costituisce atto estraneo all'oggetto sociale⁵¹⁴. Ci si è chiesti se, ai fini del giudizio di pertinenza, sia spendibile il criterio previsto per le partecipazioni dall'art. 2361.1 del codice. La conclusione della dottrina pressoché unanime è che tale criterio è incompatibile con tale problematica dal momento che la fidejussione non può in alcun modo essere paragonata all'acquisto di una partecipazione⁵¹⁵. A questo punto, ci si rende facilmente conto che il giudizio sulla pertinenza del rilascio di una garanzia è tutt'altro che banale. Ritengo, ancora, ottimale affrontare la questione da un principio generale secondo cui "per quanto riguarda la prestazione di garanzia per debiti altrui, anche quando sia prevista espressamente dallo statuto della società, si considera rientrante nell'oggetto sociale solo se in concreto finalizzata al raggiungimento degli scopi sociali o comunque preordinata al soddisfacimento di un interesse economico della società fideiubente, non necessariamente coincidente con l'interesse del socio di maggioranza"⁵¹⁶. Innanzitutto è imprescindibile la verifica dell'almeno potenziale rapporto di mezzo e di fine tra la garanzia che viene prestata e l'oggetto sociale⁵¹⁷. Parte della dottrina escludendo, giustamente, il criterio previsto per le partecipazio-

⁵¹²Così M. FRANZONI, (nt. 144), 195.

⁵¹³Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 202.

⁵¹⁴Così F. BONELLI, (nt. 405), 928 ss.

⁵¹⁵Così M. FRANZONI, (nt. 144), 195; conforme V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 203.

⁵¹⁶Così G. BIANCHI, (nt. 237), 85.

⁵¹⁷Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 202.

ni, si è spinta oltre escludendo anche quello c.d. quantitativo⁵¹⁸. Tuttavia tale opinione è da escludere, quantomeno per uno degli orientamenti più influenti, che, respingendo il criterio delle partecipazioni *ex art. 2361.1. c.c.*, adotta come idoneo il criterio della «quantità», essendo i parametri della misura e dell'oggetto indiziari nella verifica dell'estraneità all'oggetto sociale delle garanzie personali⁵¹⁹. Indubbiamente, come un'importante decisione della Corte d'appello di Bologna ha sottolineato, è necessario comprendere il tipo di attività in concreto svolta dalla società e, nel caso di specie, «la prestazione di fideiussioni sarebbe rientrata nell'oggetto sociale solo se in concreto finalizzata al raggiungimento degli scopi sociali o comunque preordinata al soddisfacimento di un interesse economico, sia pure mediato e indiretto, ma giuridicamente rilevante, della società fideiubente», cosa che non poteva accadere dal momento che si trattava di una società la cui attività era quella di gestire il patrimonio immobiliare posseduto e la garanzia era stata concessa ad una società che «aveva per oggetto sociale «il commercio, l'acquisto, la vendita, la permuta, la locazione di mobili in genere nonché di mobili iscritti nei pubblici registri (autoveicoli, imbarcazioni, aeromobili); l'assunzione di rappresentanze di vendita per i beni suindicati, l'attività di officina per riparazioni e di allestimento, nonché ogni altra attività inerente o affine». Essa quindi operava in un settore economico del tutto distinto da quella della soc. [...] *fideiubente*; tra le attività delle due società non esisteva alcun rapporto di complementarietà e neppure la possibilità di utili contatti; si trattava di attività sociali assolutamente eterogenee sicché le fideiussioni prestate dalla soc. [...] non erano neppure potenzialmente dirette a realizzare l'oggetto sociale della fideiubente in quanto prive di qualsiasi nesso, anche mediato e diretto, con lo stesso»⁵²⁰ (corsivo mio). Viceversa, sempre il confronto tra l'oggetto della società garantita e la società fideiubente, può fornire un utile elemento di giudizio positivo, ossia di compatibilità della garanzia con l'oggetto sociale. Infatti, nel caso di «identità, connessione o complementarietà di oggetto è più agevole ipotizzare l'esistenza di rapporti tra le due imprese tali da rendere oggettivamente plausibile una potenziale

⁵¹⁸Così M. FRANZONI, (nt. 144), 195.

⁵¹⁹Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 203.

⁵²⁰C. App. Bologna, 26 marzo 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 502, con nota di G. SPAGGIARI.

strumentalità dell'atto rispetto all'attività della fideiubente"⁵²¹. Un'altra pronuncia, sempre di merito, aderisce pienamente a quest'orientamento; infatti, il giudice, definendo estranea la garanzia rilasciata dalla società fideiubente, nel caso di specie, dichiara che "la prestazione di fideiussioni rientra nell'oggetto sociale se trattasi di fideiussioni a garanzia del pagamento di debiti di terzi operanti nel settore immobiliare; non rientra nell'oggetto sociale se diretta a garantire il pagamento di debiti di terzi operanti al di fuori di tale settore" e ancora prosegue dichiarando che "né la concessione della fideiussione in esame può considerarsi ricompresa nell'oggetto sociale della [...] *fidejubente* come operazione finanziaria o commerciale utile per il conseguimento dello scopo sociale posto che trattasi di garanzia prestata gratuitamente a società priva di collegamento giuridico o economico"⁵²²(corsivo mio). Infine, potrebbe essere utile l'indagine sulla persona del soggetto garantito, cioè, valutare l'estraneità o meno dell'atto all'oggetto sociale da un punto di vista soggettivo. Garantire una società controllata, come si vedrà nell'immediato, è cosa diversa rispetto alla stessa garanzia verso il medesimo soggetto, ma per i debiti maturati da un terzo qualsiasi. Come non ha mancato di sottolineare un'Autorevole Dottrina, salvo ci si trovi nel caso di un contratto di *joint venture* – e quindi in un contesto che va oltre la mera garanzia di un debito, anzi, riguarda un'operazione in cui il garante e il garantito si propongono di intraprendere una comune attività economica realizzabile solo con quella garanzia – caso in cui vi sarebbe una situazione analoga a quella delle garanzie infragruppo, garantire un terzo totalmente esterno alla società costituirebbe, come le pronunce di cui sopra ci confermano, un atto estraneo all'oggetto sociale⁵²³. Tuttavia, in forza della comunanza di argomenti tra quest'ultima dottrina e le sentenze a cui si fa riferimento, ritengo che si tratti sostanzialmente di una diversa sfaccettatura del criterio del tipo di attività in concreto svolta dalla società;

2-bis. *rilascio di garanzie infragruppo*; prima di occuparmi delle garanzie infragruppo ritengo necessario un collegamento tra ciò che si è appena detto in ordine alle

⁵²¹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 203.

⁵²²Trib. di Lucca, 23 agosto 2006, con commento R. LOLLI, *Poteri di rappresentanza degli amministratori e opponibilità ai terzi degli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Società*, 2008, I, 89.

⁵²³Così M. FRANZONI, (nt. 144), 196; conforme F. BONELLI, (nt. 405), 932.

garanzie gratuite rilasciate ad una società *esterna* alla fidejubente e che opera in un settore diverso e l'ipotesi, intermedia, in cui la garanzia sia rilasciata da una società ad un'altra, entrambe quasi interamente possedute e gestite dai medesimi amministratori. La Suprema Corte in una nota pronuncia è perentoria, infatti "siffatte circostanze sono, ai fini dell'applicazione dell'art. 2384-bis c.c., assolutamente irrilevanti dato che la estraneità all'oggetto sociale di un atto compiuto dagli amministratori in nome della società va stabilita tenendo presente esclusivamente l'idoneità di quell'atto a soddisfare un interesse economico (sia pure mediato e indiretto ma giuridicamente rilevante) della società, interesse non necessariamente coincidente con quello del socio di maggioranza o di più soci"⁵²⁴. Ciò che la Suprema Corte ha espresso è piuttosto semplice da comprendere: l'assenza di un comune interesse delle società, così come del carattere oneroso della prestazione di garanzia e, infine, della direzione e coordinamento di società *ex art. 2497 c.c.*⁵²⁵, configura un'ipotesi di atto estraneo all'oggetto sociale, sebbene le due società in questione siano interamente possedute, o quasi, ed amministrate dalle medesime persone. Entrando ora pienamente nel merito delle garanzie c.d. infragruppo ritengo, come ormai di consueto, necessario partire da quelli che, a modesto avviso di chi scrive, *sarebbero* i principi della disciplina. Principi che ci pervengono, ancora una volta,

⁵²⁴Cass., 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Giur. comm.*, 1993, II, 502, con nota di G. SPAGGIARI.

⁵²⁵Art. 2497 c.c. **Responsabilità.** Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.

da una storica sentenza della Suprema Corte che ha influenzato, e continua ad influenzare da trentacinque anni, la giurisprudenza di merito sulle garanzie infragrupo. La Corte ha stabilito che le garanzie rilasciate a favore di una società del gruppo, sebbene gratuite, sono tendenzialmente da considerarsi conformi all'oggetto sociale, dal momento che "tali interventi gratuiti [...] debbono presumersi come atti preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pure mediato ed indiretto ma giuridicamente rilevante [...] e non possono pertanto [...] essere considerati contrari o estranei al conseguimento dell'oggetto sociale"⁵²⁶. Ancora, una sentenza molto più recente della Suprema Corte la quale, nell'avallare quanto disposto dalla Corte territoriale, dichiara "che l'appartenenza al medesimo gruppo societario consente [...] di riconoscere connessioni economiche rilevanti, tra gli interessi, formalmente distinti, dei vari soggetti giuridici che compongono il gruppo, sì da giustificare attività dirette al perseguimento di un interesse che esula da quello proprio della singola società, inteso in senso stretto, ma che vi è ricompreso in senso mediato. In questa prospettiva la liceità dell'atto [...] può essere valutata prescindendo dalla sua possibile inerenza allo scopo sociale ed alla sua potenziale utilità per il perseguimento dello scopo stesso"⁵²⁷. Il principio generale sotteso alle due pronunce è che nell'attività di direzione e coordinamento il rilascio di una garanzia, o comunque più genericamente, gli atti compiuti dall'organo amministrativo di una società in favore di altra collegata ovvero controllata, è condizionato all'esistenza di un interesse, anche mediato ed indiretto, ma economicamente e giuridicamente rilevante in capo *anche* alla società agente⁵²⁸. La giurisprudenza individua nel gruppo un fenomeno all'interno del quale il giudizio sulla compatibilità dell'atto all'oggetto sociale dei singoli enti è condizionato dalla strumentalità che tali società possono assumere in vista del perseguimento del *bene comune*. Non significa, come la Dottrina più autorevole ha rilevato, che si possa procedere esclusivamente al perseguimento dell'interessi della capogruppo o di altra società⁵²⁹. In particolare è illecito l'atto formalmente estraneo

⁵²⁶Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Giur. comm.*, 1977, II, 771, con nota di G. LA VILLA.

⁵²⁷Cass., 11 dicembre 2006, n. 26325, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2682.

⁵²⁸Così G. BIANCHI, (nt. 237), 83.

⁵²⁹Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 204.

con cui, favorendo le altre società del gruppo, si pongono in essere negozi che non rivestano alcun interesse per la società agente ovvero la pregiudichino⁵³⁰. Secondo parte della dottrina, il rilascio di garanzie gratuite da parte della società *figlia* alla *madre* costituirebbe atto difficilmente strumentale alla garante in quanto esulerebbe dagli interessi della stessa in ordine al suo oggetto sociale e nemmeno le consentirebbe di aumentare il suo peso all'interno del gruppo, non trattandosi di partecipazioni. Prosegue l'Autore sostenendo che nel caso di specie non solo vi sarebbe un forte rischio per la società controllata, non solo un conflitto di interessi, ma, in relazione alla problematica di cui si tratta, un'operazione che esula dall'oggetto sociale. Incidentalmente va poi sottolineato come la giurisprudenza sia costante nel condannare gli amministratori che abbiano costituito ipoteche gratuite sui beni sociali a garanzia della controllante e coloro i quali, anche nel caso di società al 100% controllata, abbiano effettuato prestiti rilevanti alla capogruppo col conseguente fallimento della controllata⁵³¹. Va precisato che la Suprema Corte, nella sentenza citata⁵³², ha stabilito che, sì, come sappiamo, una comunanza di interessi legittima delle operazioni formalmente *ultra vires* che presumibilmente porteranno dei vantaggi indiretti alla società agente⁵³³, ma tale interesse comune deve emergere in modo chiaro dovendo gli amministratori allegare debitamente i fatti che legittimano tali atti, essendo, in tal caso la prova liberatoria richiesta particolarmente rigorosa⁵³⁴. A questo punto i criteri spendibili per valutare la pertinenza della garanzia all'oggetto sociale della società risultano più chiari: indubbiamente dovrà trattarsi di attività soggetta a direzione e coordinamento *ex art.* 2497 c.c. e che l'atto compiuto sia a favore di una società del gruppo; la immediata gratuità dell'atto deve avere quale vantaggio mediato e indiretto per la società disponente il ritorno economico che ne deriva dai benefici che tale operazione porterà, in prima battuta al gruppo, e poi alla società agente⁵³⁵. Vale qui

⁵³⁰Così G. BIANCHI, (nt. 237), 83 ss.

⁵³¹Così F. BONELLI, (nt. 405), 929 ss.

⁵³²Vedi nt. 506.

⁵³³Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 203 ss.

⁵³⁴Così M. DE LUCA DI ROSETO, (nt. 506), 823; conforme V. CALANDRA BUONAURA - A. L. BONAFINI, (nt. 455), 38.

⁵³⁵*Ibidem*.

citare una sentenza del giudice di legittimità che nell'analizzare la pertinenza di un atto all'oggetto sociale ha statuito che l'indagine medesima deve essere intesa "nel senso che deve prendersi in esame l'atto del quale si discute, nella sua concretezza, vale a dire nel suo contenuto e negli effetti voluti dalle parti [...], al fine di verificarne la strumentalità all'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo o nello statuto. Il richiamo alla concretezza è da riferire dunque alla specificità dell'atto: quest'ultimo però, coinvolgendo terzi estranei alla società, deve essere considerato nella sua oggettività [...], per valutarne la compatibilità formale con l'oggetto sociale"⁵³⁶. Ancora, sempre il giudice di legittimità in una recente sentenza già citata, ha ricostruito, avallando l'operato della Corte territoriale, il procedimento che l'interprete deve svolgere nella valutazione pertinenziale dell'atto all'oggetto: preliminarmente va ricostruito l'oggetto sociale alla stregua delle enunciazioni poste dallo statuto; poi, qualora lo statuto non preveda formalmente quell'atto è necessario verificare se la garanzia è strumentale all'esercizio dell'attività della fidejubente⁵³⁷. Prima di concludere sul punto va evitato un equivoco che potrebbe palesarsi a seguito della precedente affermazione con la quale si è detto che solo qualora si tratti di garanzie prestate dalla capogruppo alla figlia vi possa essere liceità dell'atto. In realtà la questione non è così semplice: infatti anche garanzie prestate alla controllante possono, come in un famoso caso posto a giudizio della Suprema Corte, essere ritenute pertinenti all'oggetto sociale della controllata. È il caso in cui la società madre funga da c.d. polmone finanziario per tutto il gruppo erogando tali finanziamenti alle società controllate "sicché queste ultime, in tanto potevano espletare la loro attività, in quanto la banca garantita [dalle controllate] per il soddisfacimento del proprio credito, erogasse alla capogruppo i mezzi finanziari necessari"⁵³⁸. Evitando un'analisi della disciplina dei c.d. vantaggi compensativi, mette qui conto concludere precisando che l'atto, inizialmente pregiudizievole per la società che lo ha posto in essere, può, retroattivamente, essere *sanato* ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a

⁵³⁶Cass., 12 dicembre 2007, n. 26011, in *Riv. not.*, 2008, II, 1449, con nota di A. M. PEDRON.

⁵³⁷Vedi ntt. 500 e 509.

⁵³⁸Cass., 5 settembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, 2317, con nota di P. MONTALENTI.

ciò dirette *ex art.* 2497.1 seconda parte c.c.⁵³⁹

3. *vendita o affitto dell'intera azienda sociale*; la dottrina unanime considera la vendita o l'affitto dell'intera azienda operazioni che senz'altro, nemmeno in via strumentale, né tantomeno indiretta o mediata, possono perseguire l'oggetto sociale, con la conseguenza che si tratterà in ogni caso di abuso da parte degli amministratori che le avranno poste in essere⁵⁴⁰. In particolare per quanto concerne l'affitto dell'azienda quest'azione comporterebbe una trasformazione della società in comunione e, come i più Autorevoli Commentatori ci riferiscono, analoghe conclusioni devono aversi nel caso della vendita a terzi dell'intera azienda⁵⁴¹;
4. *vendita o affitto di un ramo aziendale*; la dottrina più autorevole sostiene che si tratti di operazioni che non modificano l'oggetto sociale, quindi debitamente esercitabili dagli amministratori⁵⁴². Si è sostenuto in passato che a tali atti potesse conseguire una liquidazione della società, con la conseguenza dell'abuso da parte dell'amministrazione⁵⁴³; tuttavia l'orientamento più recente respinge tale idea in quanto tali atti non preluderebbero né ad una liquidazione né ad un mutamento di oggetto sociale e sarebbero, viceversa, "semplicemente misure di riorganizzazione e, quindi, di gestione, eventualmente straordinaria" rientranti nei poteri degli amministratori⁵⁴⁴;
5. *conferimento dell'intera azienda in società controllata*; nel caso di conferimento dell'intera azienda in società che sia controllata da terzi, il discorso è il medesimo della vendita dell'intera azienda. Nel caso di conferimento dell'azienda in società che è controllata dalla conferente, la dottrina maggioritaria sostiene correttamente che si tratti di una semplice modalità organizzativa della gestione sociale la quale rientra a pieno titolo nei poteri degli amministratori.

⁵³⁹Vedi nt. 525.

⁵⁴⁰Così F. BONELLI, (nt. 405), 933; conforme M. FRANZONI, (nt. 144), 124 e 135.

⁵⁴¹Così F. BONELLI, (nt. 11), 98; conforme anche dopo la riforma F. BONELLI, (nt. 405), 933.

⁵⁴²Così F. BONELLI, (nt. 405), 933.

⁵⁴³Così G. MINERVINI, (nt. 109), 150 ss. e 217 e ss.

⁵⁴⁴Così F. BONELLI, (nt. 405), 933.

L'esercizio indiretto anziché diretto dell'attività d'impresa non modificherebbe né i rischi né i programmi economici dei soci⁵⁴⁵;

6. *atti che modificano la struttura industriale e finanziaria dell'impresa*; secondo parte della dottrina tali atti, quali ad esempio la vendita o l'acquisto di una partecipazione di maggioranza, non rientrano nei poteri degli amministratori che sarebbero limitati alla gestione in senso stretto della società⁵⁴⁶. La dottrina più recente respinge tale impostazione rilevando come tali atti vadano ricompresi nell'attività e nei compiti degli amministratori poiché “non solo [...] l'organizzazione dell'impresa sociale è proprio l'attività più qualificante riservata agli amministratori, ma il criterio guida, in base al quale stabilire se un determinato atto rientri o no nell'oggetto sociale, ritengo sia sempre quello di verificare se l'atto – fermo restando che esso deve in concreto essere strumentale ed idoneo all'effettivo perseguimento o attuazione dell'oggetto sociale – modifichi il profilo di rischio che i soci hanno fissato stabilendo nell'oggetto sociale statutario un determinato programma economico. Profilo di rischio che non è modificato né se l'impresa sociale viene organizzata in modo diverso (ad es. attraverso *outsourcing* o, viceversa, integrazioni a valle), né se l'attività d'impresa viene sviluppata utilizzando nuove tecnologie che è nell'interesse sociale adottare”⁵⁴⁷.

4.2.5 I limiti statutari

Il secondo comma dell'art. 2384 del codice dispone che “le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto [...] non sono opponibili ai terzi” salvo l'*exceptio doli*. La nuova legge dispone che, oltre ai limiti che l'oggetto sociale prevede, vi possano essere anche delle *altre* limitazioni volontarie poste nello statuto della società. In realtà, tale disciplina, seppur riformata, ricalca quasi interamente il secondo comma dell'art. 2384 c.c. previgente⁵⁴⁸, il quale disponeva che “le limitazioni al potere di rappresentanza che risultano dall'atto costitutivo o dallo statuto, anche

⁵⁴⁵ *Ibidem*, 934.

⁵⁴⁶ Così G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, UTET, Torino, 1971, 509.

⁵⁴⁷ Così F. BONELLI, (nt. 405), 935.

⁵⁴⁸ Vedi nt. 7.

se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società”. Già prima della riforma, quindi, si attribuiva efficacia meramente interna alle limitazioni, con il temperamento della rilevanza del dolo da parte del terzo contraente⁵⁴⁹. In particolare, tali limitazioni, attenevano solo al potere di gestione degli amministratori i quali, tenuti a rispettarle, in caso di loro violazione erano soggetti alle sole sanzioni che la legge riconnette(va) all’inosservanza degli obblighi derivanti dal mandato gestorio⁵⁵⁰.

Si è fatto riferimento ai contrasti che effettivamente c’erano tra i due commi dell’art. 2384 c.c. previgente, in quanto il primo definiva l’ambito del potere di rappresentanza degli amministratori all’interno dell’oggetto sociale, della legge e delle limitazioni dell’atto costitutivo e, invece, nel secondo, si affermava l’inopponibilità nei confronti dei terzi delle limitazioni contenute nell’atto costitutivo o nello statuto, salvo l’*exceptio doli*. La soluzione proposta dalla dottrina maggioritaria era quella, come anticipato, di identificare il primo comma dell’art. 2384 c.c. previgente come norma inerente il rapporto interno di gestione e, il secondo, interpretato come limite, insieme all’art. 2384-*bis* c.c., al potere di rappresentanza.

Tornando all’analisi della disciplina vigente, questa impone che la società resti vincolata agli atti posti in essere in suo nome e per suo conto dagli amministratori, anche nel caso in cui questi non abbiano rispettato i limiti posti in statuto. Potrà succedere che lo statuto imponga, per una data categoria di atti che debba esserci una preventiva deliberazione dell’assemblea dei soci⁵⁵¹. Così facendo, e abrogando l’art. 2384-*bis*, il legislatore ha reso, come vedremo, più omogeneo il regime dell’opponibilità ai terzi dei limiti del potere di rappresentanza; infatti, come abbiamo visto e come abbiamo modo di vedere, attualmente sia i limiti derivanti dall’oggetto sociale che quelli derivanti dallo statuto, a differenza di quanto previsto nel sistema previgente, sono *egualmente limitatamente* opponibili⁵⁵².

Questi principi, che già la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria avevano recepito, sono stati adottati dalla riforma del 2003 e nella Relazione 6.III.1. alla stessa la quale ha ribadito che:

⁵⁴⁹Così F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 134), 517.

⁵⁵⁰Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 139 ss.

⁵⁵¹Così G. F. CAMPOBASSO, (nt. 372), 120; conforme F. DI SABATO, (nt. 129), 288.

⁵⁵²Così E. ALEMAGNA, (nt. 81), 290 ss.; conforme F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 308), 618 ss.; S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1335.

“Lo statuto o l’atto di nomina o di delega possono limitare in vario modo questi poteri di gestione o di rappresentanza, o entrambi [...]. In tutti questi casi le limitazioni che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti (art. 2384.2, nonché art. 9.2 della direttiva del consiglio dei ministri CEE 9 marzo 1968, n. 151), anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società (art. 2384.2). [...] Gli atti che eccedono i limiti – anche se pubblicati – ai poteri di gestione o di rappresentanza rimangono validi e impegnativi; nei rapporti interni, invece, la mancanza o eccesso di potere o l’estraneità dell’atto all’oggetto sociale restano rilevanti quale base per un’azione di responsabilità (artt. 2393 e 2393-*bis*), quale giusta causa di revoca (art. 2383.3⁵⁵³), e quale motivo di denuncia al collegio sindacale o al tribunale (artt. 2408 e 2409)”⁵⁵⁴.

Si è detto che il regime attuale è molto simile a quello delineato dal sistema previgente con la conseguenza che, rispetto a ciò che abbiamo avuto fino al 2003, non c’è da aggiungere molto⁵⁵⁵. Tuttavia, ci è fatto notare, come la riscrittura del primo comma del medesimo art. 2384 consenta una *nuova* lettura dello stesso secondo, infatti, come abbiamo appena rilevato, sembrerebbe, almeno in parte, essere stata superata la contraddizione che sussisteva tra le due norme dello stesso articolo. Ora, il secondo comma attua e conferma il primo, ribadendo che un potere di rappresentanza generale non può essere limitato dall’autonomia privata se non con effetti meramente obbligatori ed interni alla società⁵⁵⁶, salvo che i terzi abbiano intenzionalmente agito a danno della stessa⁵⁵⁷.

In effetti, seppur solo relativamente al profilo interno del rapporto, la legge consente l’istituzione di ulteriori limiti in aggiunta all’oggetto sociale, sia da parte dello statuto sia, come vedremo, da parte degli organi competenti⁵⁵⁸. Da un lato si è massimizzata la tutela dei terzi in buona fede “in quanto la società resta vincolata anche nel caso in cui gli amministratori violino eventuali limiti estrinseci ai loro poteri di

⁵⁵³Vedi nt. 346.

⁵⁵⁴Così F. BONELLI, (nt. 139), 82; conforme S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1335.

⁵⁵⁵Così C. MALBERTI, (nt. 6), 199.

⁵⁵⁶Così G. D. MOSCO, (nt. 158), 612.

⁵⁵⁷Così V. CALANDRA BUONAUURA, (nt. 10), 144.

⁵⁵⁸Così F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 308), 619.

rappresentanza risultanti dallo statuto”⁵⁵⁹ dall’altro, l’eccezione, di cui al secondo comma, testimonia la volontà del legislatore di non consentire un uso fraudolento del carattere generale ed inderogabile della rappresentanza organica della società⁵⁶⁰.

È necessario comprendere, nella realtà dei fatti, quali possono essere le clausole statutarie che possono limitare i poteri degli amministratori. Si è accennato precedentemente alle ipotesi di esclusione dei poteri di rappresentanza degli amministratori degli atti di straordinaria amministrazione ovvero per gli atti per cui si richiede una preventiva deliberazione dell’assemblea. Ancora, i limiti posti ai poteri di rappresentanza del presidente, dell’amministratore delegato o dell’amministratore che abbia la rappresentanza della società potranno avere come oggetto soglie di valore o categorie di atti, configurabili come divieti assoluti di compiere l’atto stesso ovvero di compierlo previo rispetto di determinate procedure⁵⁶¹.

Un caso particolare e controverso è quello relativo alla firma congiunta: è necessario comprendere se tale previsione sia un’ipotesi di modalità di esercizio del potere di rappresentanza ovvero un limite convenzionale alla stessa⁵⁶². In passato si considerava la rappresentanza congiunta un limite “quando [...] riguardava soltanto determinati atti, e [...] una modalità di esercizio del potere di rappresentanza, come tale opponibile sempre da parte della società, una volta pubblicata nel registro delle imprese”⁵⁶³. Attualmente, la dottrina prevalente ritiene che l’atto compiuto dal singolo amministratore in presenza della prescrizione statutaria della firma congiunta è invalido per carenza del potere rappresentativo e l’invalidità è opponibile al terzo⁵⁶⁴. La giurisprudenza, invece, si è mostrata poco uniforme, anche se una recente pronuncia della Suprema Corte, cassando con rinvio una sentenza della Corte d’appello che, dichiarando – addirittura – la nullità di un atto posto in essere da un amministratore di società per una supposta violazione dei limiti statuari al suo ufficio, aveva malamente interpretato la disciplina dettata dall’art. 2384.2 c.c. previgente prevedendo un eccesso di poteri dell’amministratore opponibili al terzo. Non è dato comprendere i motivi di una tale interpretazione, resta in ogni caso la

⁵⁵⁹ Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1337; conforme R. LOLLI, (nt. 522), 90 ss.

⁵⁶⁰ Così G. D. MOSCO, (nt. 158), 612.

⁵⁶¹ Così F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 308), 619 ss.

⁵⁶² *Ibidem*, 620.

⁵⁶³ *Ibidem*.

⁵⁶⁴ Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1339.

pronuncia della Suprema Corte che interpretando la limitazione come inerente, non l'esistenza dei poteri dell'amministratore, bensì il contenuto, ha statuito che tale clausola debba rientrare nelle limitazioni di cui al secondo comma dell'art. 2384 c.c., pertanto inopponibile ai terzi, salvo l'*exceptio doli*⁵⁶⁵.

Prima di concludere sul punto è interessante rilevare una considerazione sulle ricadute che la nuova disciplina della rappresentanza generale può provocare nelle redazioni degli statuti. L'Autore in questione riassume, con una provocazione, la vicenda in due possibili *slogan*: il primo, contraddistinto dalla formula "tutto ciò che non è espressamente permesso, è vietato", da respingere, in quanto esaurito, di fatto, in una petizione di principio, dal momento che deve confrontarsi con la disciplina dell'opponibilità che renderebbe tale divieto rilevante solo nei casi di dolo del terzo; il secondo, invece, "tutto ciò che non è espressamente vietato, è permesso", con la considerazione che tale divieto attiva solo misure sanzionatorie di ordine personale⁵⁶⁶. La prima soluzione sottolinea, potrebbe indurre il redattore a specificare il più possibile ciò che all'amministratore è consentito fare, viceversa nella seconda ipotesi, si potrebbe optare per una redazione sintetica e generale dell'oggetto e, come ormai sappiamo, in questa direzione antiformalista e sostanzialista si è mossa la Corte di Cassazione⁵⁶⁷.

4.2.6 I limiti derivanti da decisioni degli organi competenti

L'art. 2384 c.c., tra le altre limitazioni opponibili ai terzi in caso di dolo di questi, prevede quelle che risultano da una decisione degli organi competenti. Come si è anticipato nei capitoli precedenti e come si avrà modo a breve di dimostrare, la disciplina relativa a tali limitazioni, regolata del combinato disposto dall'art. 2384 c.c. e dall'art. 2388 c.c., è decisamente problematica, nonostante il dibattito dottrinale si sia interessato alla questione già da prima della riforma.

Come di consueto, e non per mero interesse *storico*, ritengo propedeutica all'analisi della disciplina attuale la ricognizione delle problematiche che, già a seguito della riforma del '69, erano sorte.

⁵⁶⁵Cass., 22 giugno 2005, n. 13442, in *Società*, 2006, 586.

⁵⁶⁶Così L. SALAMONE, (nt. 5), 1108.

⁵⁶⁷Cass., 4 agosto 2006, n. 17696, reperibile al link [http://www.giuri.unirc.it/scheda_materia.php?](http://www.giuri.unirc.it/scheda_materia.php?insegnamento=$%3636{\&}PHPSESSID=$%vplxvfnzswapl)

[insegnamento=\\$%3636{\&}PHPSESSID=\\$%vplxvfnzswapl](http://www.giuri.unirc.it/scheda_materia.php?insegnamento=$%3636{\&}PHPSESSID=$%vplxvfnzswapl)

Preliminarmente va sottolineato come fino al 2003 non vi erano norme che disciplinassero l'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, di conseguenza, l'incertezza in ordine al rapporto tra le limitazioni che le decisioni di tale organo potevano prendere e le limitazioni della rappresentanza organica della società. Ovviamente la dottrina maggioritaria escludeva sia la *totale* inopponibilità nei confronti dei terzi dei vizi inerenti il processo decisorio che la rilevanza esterna degli stessi⁵⁶⁸.

In particolare avevamo chi, nelle ipotesi in cui il potere rappresentativo dell'amministratore occorreva di una previa deliberazione dell'assemblea dei soci ovvero del consiglio di amministrazione, distingueva il caso in cui il vizio interessava o una deliberazione dell'assemblea, prevista dallo statuto, o una deliberazione del consiglio di amministrazione. Nel primo caso, si sarebbe applicato l'art. 2384 c.c. previgente, dal momento che si trattava "di un limite al potere stesso di amministrare, che è presupposto del potere di rappresentare", mentre, nel secondo, la mancanza o il vizio della deliberazione del consiglio era irrilevante poiché non c'era una disciplina che regolasse i vizi delle deliberazioni dell'organo amministrativo, salvo si rientrasse nell'ipotesi di conflitto di interessi *ex* art. 2391 c.c. previgente⁵⁶⁹⁵⁷⁰. Questa dottrina si è interessata evidentemente solo alle ipotesi in cui la competenza dell'organo assembleare era *volontariamente* prevista, tacendo sull'eventualità che la deroga fosse prevista dalla legge.

Un'altra Autorevole Dottrina pre-riforma, partendo dal presupposto che dovesse esserci una tendenziale coincidenza dei poteri di gestione e dei poteri di rappresentanza, riteneva legittima l'applicazione in via analogica dell'art. 2384. In particolare, data l'identità di *ratio* tra la limitazione del potere di gestione e del potere di rappresentanza, non è pensabile che la legge, da un lato, consideri irrilevanti rispetto ai terzi le limitazioni statutarie poste al potere di rappresentanza (limitazioni fondamentali e che i terzi potrebbero facilmente controllare) e, dall'altro, consideri invece rilevanti le limitazioni secondarie, ed incontrollabili dai terzi, che risultino da una calcolata scissione tra potere deliberativo (ad es: attribuito dallo statuto al consiglio di amministrazione) e potere rappresentativo (ad es: attribuito al presidente

⁵⁶⁸Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 161.

⁵⁶⁹Vedi nt. 417.

⁵⁷⁰Così F. DI SABATO, (nt. 128), 498.

del consiglio di amministrazione). Inoltre, aggiunge, se non si fosse applicata tale norma la *ratio* della riforma – di promozione e di velocizzazione dei traffici – sarebbe stata completamente frustrata. Anche quest'Autore, utilizzando argomenti diversi da quello precedente e, come quello, *ignorando* l'ipotesi sulla deroga al potere di deliberazione del consiglio d'amministrazione prevista dalla legge, conviene che i vizi o le limitazioni debbano essere opponibili ai terzi che hanno intenzionalmente agito a danno della società⁵⁷¹.

L'Autore che più compiutamente si è espresso sulla questione ha giustamente distinto le varie ipotesi. Partendo dagli artt. 2377.3⁵⁷² e 2391.3 c.c. previgente, che fanno salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede, in base ad atti compiuti in esecuzione di deliberazioni assembleari o consiliari invalide dai quali si sarebbe dovuto desumere il riconoscimento normativo del rilievo reale del processo decisionale, aveva ravvisato, *a contrario*, il principio secondo cui l'esercizio legittimo del potere rappresentativo dovesse essere subordinato a delle deliberazioni conformi in tal senso e, di conseguenza, le eccezioni delle norme citate che dovevano mitigarne l'efficacia reale a tutela dei terzi in buona fede. A questo punto la distinzione tra deroghe volontarie previste dallo statuto, ipotesi inopponibile se non ai terzi dolosi, e, le deroghe previste dalla legge che invece sarebbero state opponibili, con l'eccezione, appunto, delle norme che facevano salvi i terzi in buona fede⁵⁷³.

Un altro orientamento, che merita di essere sottolineato, escludeva che la dissociazione dei poteri che derivava dall'adozione del modello legale di organizzazione societaria dovesse essere opponibile ai terzi, infatti, l'Autore, vedeva nelle norme

⁵⁷¹Così F. BONELLI, (nt. 11), 110 ss.

⁵⁷²Art. 2377 c.c. previgente. **Invalidità delle deliberazioni.** Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti.

Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo possono essere impugnate dagli amministratori, dai sindaci e dai soci assenti o dissenzienti, e quelle dell'assemblea ordinaria altresì dai soci con diritto di voto limitato, entro tre mesi dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro tre mesi dall'iscrizione.

L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori a prendere i conseguenti provvedimenti, sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dell'atto costitutivo.

⁵⁷³Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 162 ss.

della riforma del 1969 la conferma della dissociazione del potere gestorio dal potere rappresentativo⁵⁷⁴.

Possiamo concludere sul punto rilevando che nel sistema previgente, le conclusioni a cui, a seguito dell'analisi dei vari orientamenti, siamo pervenuti ci inducono a ritenere che la violazione delle norme statutarie che assegnavano all'organo assembleare la competenza di determinate questioni, erano inopponibili ai terzi, salvo l'*exceptio doli*, così come i vizi o la mancanza delle deliberazioni consiliari, dal momento che in entrambi i casi si conveniva che si trattasse di limitazioni ai poteri di rappresentanza degli amministratori, quindi rientranti nel secondo comma dell'art. 2384 del codice previgente. I terzi, in mala fede, venivano colpiti qualora le norme che conferivano la competenza all'assemblea avessero fonte legislativa ovvero nei casi di conflitto di interessi, servendosi delle previsioni degli artt. 2377.3 e 2391.3 del codice previgente.

Questi orientamenti, relativi al sistema previgente, non sono in parte più spendibili, o meglio, vanno conformati alle norme in vigore, dal momento che il legislatore si è premurato, da un lato, di prevedere una disciplina relativa alle invalidità delle deliberazioni consiliari e, dall'altro, come sappiamo, ha riformato lo stesso art. 2384 del codice.

Analizzando la disciplina attuale, rinveniamo un'importante novità: è stata ripetuta testualmente la disposizione dell'art. 9.2 della direttiva 69/151/CEE per la quale le limitazioni "che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti" non sono opponibili, superando il dubbio circa le limitazioni dei poteri degli amministratori rappresentanti. Il legislatore, forse imprudentemente, ha usato il termine "decisione" e, in effetti, l'utilizzo di tale termine può creare qualche dubbio, per quanto fedele al dettato comunitario, perché non trova mai altra menzione in tutta la disciplina degli organi sociali. In realtà, come ci è fatto notare, tale norma è stata istituita in particolare per quegli ordinamenti come quello tedesco in cui un organo sociale può, al di là di una modifica statutaria, incidere sulla sfera di competenza degli amministratori⁵⁷⁵. Nel nostro ordinamento, infatti, anche dopo l'adozione del sistema dualistico, non è rinvenibile la medesima ipotesi, ancorché i poteri di gestione del consiglio di sorveglianza sono previsti dall'art. 2409-*terdecies*,

⁵⁷⁴Così P. ABBADESSA, (nt. 131), 109 ss.

⁵⁷⁵Così C. MALBERTI, (nt. 6), 200.

lett. *f-bis* c.c.⁵⁷⁶, dal momento che tale potere trova fondamento, comunque, in una clausola statutaria.

Secondo la dottrina maggioritaria l'aver, da un lato, istituito a chiare lettere l'inderogabile rappresentanza generale e, dall'altro, aver «formalizzato» la dissociazione tra il potere gestorio e quello rappresentativo, doveva essere contestuale al rafforzamento della regola dell'irrelevanza esterna del procedimento deliberativo, oppure, aggiungo, quantomeno prevedere una certa compatibilità tra le norme disciplinanti la rappresentanza organica e le deliberazioni del consiglio di amministrazione. Viceversa il legislatore parrebbe aver prodotto un'antinomia tra le due norme in questione: l'art. 2384 c.c. prevede infatti l'inopponibilità salvo il dolo del terzo,

⁵⁷⁶Art. 2409-*terdecies* c.c. **Competenza del consiglio di sorveglianza.** Il consiglio di sorveglianza:

a) nomina e revoca i componenti del consiglio di gestione; ne determina il compenso, salvo che la relativa competenza sia attribuita dallo statuto all'assemblea;

b) approva il bilancio di esercizio e, ove redatto, il bilancio consolidato;

c) esercita le funzioni di cui all'articolo 2403, primo comma;

d) promuove l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione;

e) presenta la denuncia al tribunale di cui all'articolo 2409;

f) riferisce per iscritto almeno una volta all'anno all'assemblea sull'attività di vigilanza svolta, sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevati;

f-bis) se previsto dallo statuto, delibera in ordine alle operazioni strategiche e ai piani, industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti.

Lo statuto può prevedere che in caso di mancata approvazione del bilancio o qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza la competenza per l'approvazione del bilancio di esercizio sia attribuita all'assemblea.

I componenti del consiglio di sorveglianza devono adempiere i loro doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Sono responsabili solidalmente con i componenti del consiglio di gestione per i fatti o le omissioni di questi quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

I componenti del consiglio di sorveglianza possono assistere alle adunanze del consiglio di gestione e devono partecipare alle assemblee.

mentre l'art. 2388 c.c.⁵⁷⁷ fa salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede⁵⁷⁸.

Tralasciando la disciplina relativa alla validità delle deliberazioni del consiglio in generale, mette qui conto l'esegesi del quinto comma della disposizione in esame. L'ultimo comma dell'art. 2388 c.c., riprendendo testualmente la disposizione prevista dall'art. 2391 c.c.⁵⁷⁹, dispone che l'impugnazione della deliberazione invalida non travolge i diritti acquistati dai terzi in buona fede. Le motivazioni in ordine a tale scelta sono evidenti e non meritano precisazione alcuna. La società potrà quindi impugnare la deliberazione invalida e, qualora volesse con ciò colpire anche i terzi, dovrà dimostrare la loro mala fede⁵⁸⁰. L'impugnazione avrà rilevanza solo sul piano risarcitorio, non potendo avere efficacia reale nei confronti dei terzi⁵⁸¹. Secondo un'opinione da non sottovalutare, questa disposizione, accentuando le tutele dei soci di minoranza qualificata, aumenterà i conflitti tra soci e amministratori⁵⁸². Potrà esservi, allora, la sospensione *ex art. 2377 c.c.* qualora la deliberazione non sia già stata eseguita, rimedio particolarmente appropriato per le delibere c.d. *self executing*⁵⁸³.

È evidente che nella realtà dei fatti l'amministratore munito di rappresentanza,

⁵⁷⁷ Art. 2388 c.c. **Validità delle deliberazioni del consiglio.** Per la validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione è necessaria la presenza della maggioranza degli amministratori in carica, quando lo statuto non richiede un maggior numero di presenti. Lo statuto può prevedere che la presenza alle riunioni del consiglio avvenga anche mediante mezzi di telecomunicazione.

Le deliberazioni del consiglio di amministrazione sono prese a maggioranza assoluta dei presenti, salvo diversa disposizione dello statuto.

Il voto non può essere dato per rappresentanza.

Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro novanta giorni dalla data della deliberazione; si applica in quanto compatibile l'art. 2378. Possono essere altresì impuginate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; si applicano in tal caso, in quanto compatibili, gli art. 2377 e 2378.

In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione delle deliberazioni.

⁵⁷⁸ Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 14), 670.

⁵⁷⁹ Vedi nt. 88.

⁵⁸⁰ Così M. VENTORUZZO, *Commento sub art 2388 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L. A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2005, 338.

⁵⁸¹ Così M. FRANZONI, (nt. 193), 331.

⁵⁸² Così F. MODULO, *La riforma delle società: commentario del D. lgs. 17 gennaio 2003, n.6*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2003, 447.

⁵⁸³ Così M. FRANZONI, (nt. 193), 331.

violando le limitazioni poste dalle “decisioni degli organi competenti”, avrà agito sicuramente ignorando, o disattendendo o in mancanza di una valida deliberazione consiliare, e la conseguenza è un elevato grado di incertezza in ordine alla norma applicabile⁵⁸⁴. Il legislatore ha utilizzato ed utilizza con una poco apprezzabile disinvoltura espressioni diverse che talvolta possono essere considerate equiparabili, in altri casi, come vedremo, ciò sarà del tutto improprio. Da un lato infatti la questione sarà facilmente risolvibile propendendo per la equipollenza delle espressioni: è il caso della nullità e dell’annullabilità della nomina degli amministratori muniti di rappresentanza che non sono opponibili salvo che la società provi che i terzi “ne erano a conoscenza” (vedi nt. 387.) paragonabile alle conseguenze degli atti compiuti in esecuzione delle deliberazioni consiliari invalide che fanno salvi i diritti “acquistati in buona fede” dai terzi (vedi nt. 577.). Ancora, si fanno salvi i diritti acquistati dai terzi “in buona fede” in base ad una deliberazione invalida a causa del conflitto di interessi (art. 2391.3 c.c.⁵⁸⁵) e quelli dei terzi salvo la società non provi che il conflitto era “conosciuto o riconoscibile” (art. 1394 del codice⁵⁸⁶). Tali espressioni, tra loro sintetizzabili nel principio di buona fede del soggetto, riguardano in un modo o nell’altro la rappresentanza organica della società per azioni ed i suoi limiti, i quali, come ben sappiamo, sono inopponibili salvo che la società provi che i terzi “abbiano intenzionalmente agito a danno” di essa⁵⁸⁷.

L’antinomia che ne è scaturita è ormai conclamata e qualsiasi soluzione si adotti rispetto alle altre “non potrà fare a meno di operare una forzatura interpretativa allo scopo di circoscrivere l’ambito di operatività dell’una rispetto all’altra”⁵⁸⁸.

I tentavi di superare l’incoerenza legislativa sono numerosi. Un primo orientamento, minoritario, parifica tutte le espressioni di cui sopra, compresa quella *ex art.* 2384.2 c.c., infatti, ad avviso del Commentatore, “sebbene la lettera dei vari articoli ora ricordati possa far pensare a una *escalation* di difficoltà probatoria (dalla prova della «non buona fede», alla prova di avere «intenzionalmente agito a danno») [...] *si tratterebbe* – come saggiamente esprime l’art. 9.1 della direttiva CEE del 9 marzo 1968, che costituisce l’antecedente che ha determinato l’introduzione

⁵⁸⁴Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 670.

⁵⁸⁵Vedi nt. 88.

⁵⁸⁶Vedi nt. 86.

⁵⁸⁷Così F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 308), 621.

⁵⁸⁸Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 672.

nel nostro ordinamento dell'art. 2384 – in tutti i casi di provare che il terzo non poteva ignorare, considerate le circostanze, che l'atto era estraneo, o in conflitto di interessi, o la nomina o delega era invalida” (secondo corsivo mio) cioè in virtù *anche* del principio generale della salvezza dei diritti acquistati dai terzi in buona fede⁵⁸⁹. Quest'orientamento è da respingere in forza di dati pressoché incontrovertibili: da un lato, non si comprendono i motivi che legittimerebbero una tale forzatura delle espressioni usate dal codice tali, da consentire un'equiparazione tra il dolo e la mala fede e, dall'altro, come è stato intelligentemente sottolineato, non trova conferma nel richiamo, addotto a supporto, della stessa direttiva comunitaria che poteva essere viceversa addotta per l'interpretazione della nozione di buona fede prevista dall'ipotesi derogatoria del regime di inopponibilità degli atti estranei all'oggetto sociale *ex art. 2384-bis c.c.*, ma “non può fornire il supporto per l'interpretazione della nuova regola che, recependo invece il principio generale stabilito dalla direttiva, sancisce l'inopponibilità ai terzi dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale, equiparandola alle limitazioni statutarie del potere di rappresentanza”⁵⁹⁰. Inoltre, prosegue lo stesso Autore, adottare tale soluzione significherebbe svuotare quasi interamente la portata del nuovo art. 2384 c.c. dal momento che, come si è già detto, “è difficilmente ipotizzabile una violazione di limiti convenzionali del potere del rappresentante che non sia viziata anche sotto il profilo del rispetto del procedimento decisionale”⁵⁹¹.

Un altro orientamento, procuratoci da chi anche è stato critico nei confronti del precedente, *semplifica* di molto la questione, facendo rientrare nel secondo comma dell'art. 2384 c.c., e quindi, rendendo le limitazioni opponibili ai terzi dolosi, tutte le ipotesi in cui il potere di rappresentanza degli amministratori sia in qualche modo limitato da una preventiva attività deliberativa di un qualunque organo sociale, con ciò portando alle estreme conseguenze la distinzione tra potere di gestione e potere di rappresentanza e tra profilo interno e profilo esterno della violazione dei limiti relativi al potere di rappresentanza⁵⁹². In particolare per quanto riguarda l'invalidità della delibera consiliare, tale dottrina, a ragione, ritiene che non applicare il regime che attribuisce maggiori poteri agli amministratori, quindi limitando l'opponibilità

⁵⁸⁹Così F. BONELLI, (nt. 405), 943, ancora in F. BONELLI, (nt. 139), 90 ss.

⁵⁹⁰Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 670 ss.; conforme C. MALBERTI, (nt. 6), 205, nt. 97; F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 308), 621.

⁵⁹¹*Ibidem*, 672.

⁵⁹²Così C. MALBERTI, (nt. 6), 201.

nei confronti dei terzi, non avrebbe senso dal momento che il legislatore ha sancito la rappresentanza generale dei rappresentanti della società al fine di tutelare maggiormente la sicurezza e la velocità dei traffici commerciali⁵⁹³. Anche per quanto riguarda la mancanza delle deliberazioni consiliari, l'Autore in questione sostiene che debba trovare applicazione il regime previsto dal secondo comma dell'art. 2384 c.c. non ritenendo che il difetto della delibera consiliare costituisca violazione di un limite legale incondizionatamente opponibile ai terzi⁵⁹⁴⁵⁹⁵.

Quest'orientamento è anch'esso criticabile dal momento che, come il precedente, ma in segno opposto, forza il dettato normativo estendendo al regime di cui al secondo comma dell'art. 2384 c.c. tutte le ipotesi di mancanza o di vizio del procedimento deliberativo interpretando le limitazioni, a cui detta norma fa riferimento, – decisioni degli organi competenti – come qualsiasi ipotesi in cui il potere di rappresentanza sia in qualche modo limitato da una preventiva attività deliberativa di un qualsiasi organo sociale. Inoltre tale orientamento finisce con abrogare di fatto l'art. 2388.5 c.c. e tutte le disposizioni che fanno salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede⁵⁹⁶.

A modesto avviso di chi scrive l'orientamento da seguire è quello, più equilibrato, proposto dalla dottrina più recente che, mantenendo salda la tutela dei terzi non intende sacrificare l'ambito di operatività del nuovo art. 2388 del codice. Le critiche ai precedenti orientamenti descritti, troppo estremisti, portano a sostenere che, da un lato, non si potranno ignorare le limitazioni a cui l'art. 2384.2 c.c. fa riferimento e al loro regime oppositivo e, dall'altro, nemmeno *fingere* che il legislatore non abbia, seppur incautamente, riformato l'art. 2388 del codice.

Dato di partenza propostoci è, ovviamente, l'art. 9 della direttiva CEE dal quale deve trarsi, una volta per tutte, il principio per cui non sono opponibili nei confronti dei terzi le eccezioni relative alla validità dell'atto compiuto su limitazioni volontarie dei poteri dei rappresentanti e, dal momento che tale principio trova piena applicazione in ordine alle limitazioni statutarie – consultabili dal terzo –

⁵⁹³ *Ibidem*, 211 ss.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, 212.

⁵⁹⁵ Conforme all'orientamento di C. Malberti e G. D. Mosco il quale non pare affrontare l'antinomia tra l'art. 2384 c.c. e l'art. 2388 c.c. propendendo direttamente per l'applicazione del primo nei casi di "violazione delle regole proprie della fase precedente e interna della decisione", (nt. 158), 612 ss.

⁵⁹⁶ Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 14), 672.

a maggior ragione dovranno ritenersi applicabili nei confronti di quelle limitazioni che traggono origine da decisioni degli organi competenti. Dall'altro lato, come anticipato, non è accettabile sostenere che dal dettato comunitario possa desumersi una *totale* irrilevanza ed inefficacia delle limitazioni alle competenze degli organi sociali che trovano fonte nella legge⁵⁹⁷.

Tale impostazione è suffragata dal fatto che il legislatore ha previsto dei regimi oppositivi, per quanto riguarda il processo decisionale interno, limitati nei confronti dei terzi in mala fede.

A questo punto la soluzione della problematica parrebbe chiara: quando la competenza è stabilita dalla legge i vizi del procedimento deliberativo assumono rilevanza esterna e sono opponibili ai terzi in mala fede. I casi sono molteplici: dall'autorizzazione assembleare alla rinuncia e alla transazione *ex art. 2393 c.c.*⁵⁹⁸, agli acquisti *ex art 2343-bis c.c.*⁵⁹⁹, ecc.; quando invece la competenza preventiva dell'assemblea trova fonte nello statuto allora troverà applicazione il regime previsto dall'art. 2384.2 del codice.

Per quanto riguarda gli atti compiuti in mancanza della necessaria deliberazione consiliare il regime sarà il medesimo, solo dopo aver superato l'obiezione secondo cui il rispetto del processo decisionale interno costituisce un limite legale del potere di rappresentanza il quale, se violato, è opponibile nei confronti dei terzi *ex art. 2388 c.c.* in quanto troppo poco protettivo nei confronti dei terzi i quali, come sappiamo, non possono verificare la liceità dei lavori del consiglio e, anche se potessero, tale onere sarebbe incompatibile con lo spirito che permea il diritto societario. L'autore, inoltre, precisa che il modello organizzativo destinato a produrre una dissociazione del potere di gestione dal potere di rappresentanza, pur essendo di fatto il modello più in voga, quasi di *default* delle società, trova comunque fondamento in una scelta statutaria, quindi volontaria, la quale non può in nessun caso consentire che la tutela del terzo venga meno o diminuisca⁶⁰⁰.

Nei casi infine degli atti posti in essere dall'amministratore rappresentante che

⁵⁹⁷Per una maggior analisi sui vari orientamenti dottrinari relativi alle limitazioni legislative si rimanda alla Sez. 4.2.3.

⁵⁹⁸Vedi nt. 289.

⁵⁹⁹Vedi nt. 291.

⁶⁰⁰Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 14), 673 ss.; conforme S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1339; Cass., 22 giugno 2005, n. 13442, in *Società*, 2006, 586.

eccedono le indicazioni poste da una precedente deliberazione, sembrerebbe doversi applicare il secondo comma dell'art. 2384 del codice⁶⁰¹.

A questo punto è necessario comprendere quale sia l'ambito di applicazione dell'art. 2388 del codice. Come anticipato, sarà applicabile nei casi in cui il procedimento deliberativo sia imposto dalla legge; come sostenuto da più Autori, nelle c.d. delibere *self executing*⁶⁰² e, infine, nei casi, in cui l'esecuzione sia affidata ad un soggetto diverso dal rappresentante istituzionale della società, dal momento che a questi non potrà applicarsi la disciplina prevista per la rappresentanza organica dell'ente *ex art.* 2384 del codice⁶⁰³.

4.2.7 La ratifica

Nei casi in cui la nomina dell'amministratore sia invalida, ma questi abbia posto in essere degli atti in nome e per conto della società, ovvero, l'amministratore abbia ecceduto i limiti imposti dall'oggetto sociale, dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, ci si è chiesti se, e come, è possibile che la società possa ratificare l'atto facendolo suo. Si tratta di una tematica che ha interessato parte della dottrina e che ha trovato delle soluzioni, seppur poco omogenee.

La tematica ha interessato, comprensibilmente, più le ipotesi di ratifica o autorizzazione di atti che hanno ecceduto l'oggetto sociale. In particolare ci si è chiesti se, un atto estraneo all'oggetto sociale – il quale costituisce un limite al potere di gestione ed uno dei limiti al potere di rappresentanza – posto ovviamente in essere da un amministratore possa essere ratificato o posteriormente autorizzato con effetti retroattivi da parte del consiglio di amministrazione. La dottrina unanimemente ha escluso che l'organo titolare di tale diritto è il consiglio di amministrazione dal momento che non potrebbe in alcun modo produrre l'effetto di eliminare in via preventiva o sanare successivamente il vizio che rende l'atto inefficace nei confronti della società⁶⁰⁴.

Sarà infatti, eventualmente, l'assemblea, sempre che si accetti possa esistere una deliberazione autorizzativa o ratificante di un atto estraneo, l'organo titolare del

⁶⁰¹Così C. MALBERTI, (nt. 6), 213.

⁶⁰²Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 677; conforme M. SANDULLI, (nt. 208), 477.

⁶⁰³*Ibidem*, 677 ss.

⁶⁰⁴Così M. FRANZONI, (nt. 144), 201.

potere di ampliare i poteri degli amministratori definiti dall'atto costitutivo⁶⁰⁵.

Ritengo, onde evitare di incorrere in un clamoroso equivoco, essenziale una considerazione che non può essere ulteriormente procrastinata: non si comprendono i motivi per cui impropriamente si invochi l'istituto della ratifica *ex art. 1399 c.c.*⁶⁰⁶ nel caso di specie, dove, l'atto posto in essere dal rappresentante istituzionale della società, sebbene fonte di responsabilità e di revoca nei confronti dell'amministratore stesso, sia valido, efficace e vincolante per l'ente. Se Tizio, amministratore e rappresentante della società *alpha*, il cui oggetto sociale prevede attività di manutenzione di impianti idraulici, contratta, spendendo il nome della società che dirige, con Caio, imprenditore ittico, per l'acquisto di un quintale di pesce, pone in essere un atto che indiscutibilmente esula dall'oggetto sociale. Tuttavia, come abbiamo imparato l'atto è assolutamente valido ed efficace. La società è impegnata dall'operazione che tizio ha deciso di perseguire. Qualora la società volesse rendere quest'atto inefficace nei suoi confronti potrà impugnarlo, dimostrando che lo stesso non rispetta l'oggetto sociale e, in caso di esito positivo del giudizio sulla pertinenza, dimostrare che Caio ha «intenzionalmente agito a danno» della società. Viceversa se la società vorrà far sua l'operazione di tizio non dovrà far nulla, perché lo è già, per legge. Non è necessaria alcuna ratifica, alcuna autorizzazione, l'atto è già vincolante per *alpha*.

In effetti tale sospetto in ordine alla natura e alla necessità di una ratifica per gli atti posti in essere dal rappresentante, è stato alimentato da un importante Dottrina che, partendo dal presupposto che è possibile parlare di ratifica solo nei casi di vizi di rappresentanza opponibili al terzo e, quindi, di un atto non vincolante per il rappresentato, sostiene che si possa parlare di ratifica «soltanto con riferimento a quelle limitate ipotesi in cui l'attività rappresentativa degli amministratori non assume carattere impegnativo per la società»⁶⁰⁷.

A questo punto, identificate le ipotesi in cui è possibile parlare di ratifica in senso stretto, è possibile descrivere brevemente la casistica: sicuramente potrà aversi ratifica nel caso in cui l'amministratore non sia stato munito dei poteri di rappresentanza; ovvero nel caso in cui sia stata violata una previsione statutaria di rappresentanza

⁶⁰⁵ *Ibidem.*

⁶⁰⁶ Vedi nt. 100.

⁶⁰⁷ Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 180.

congiuntiva, sempre che la previsione riguardi la titolarità della rappresentanza⁶⁰⁸; non credo che sia ancora attuale il caso dell'amministratore che munito di procura l'abbia ecceduta, dal momento che, a norma dell'art. 2384.1 c.c., il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è, per legge, generale⁶⁰⁹.

Avendo già parlato della titolarità del potere di ratifica, mette qui conto rilevare che è certa l'applicazione del primo comma dell'art. 1399 c.c. secondo il quale, quando non siano prescritte forme particolari per la conclusione del contratto, la ratifica può essere tacita o derivare da atti o fatti che implicino necessariamente la volontà di far proprio il contratto concluso dal rappresentante senza poteri⁶¹⁰.

Nei casi, infine, in cui l'eccesso di potere dell'amministratore rappresentante si è configurato in un atto che non può essere opposto e quindi è pienamente vincolante, non potrà parlarsi di ratifica in senso tecnico della società, infatti, essendo tale atto già rientrante nella sfera giuridica della società, l'eventuale deliberazione che approvi *a posteriori* l'atto compiuto dall'amministratore avrà la stessa rilevanza interna dell'eccesso e rileverà solo dal punto di vista dell'esonero della responsabilità o dalle altre sanzioni del rappresentante⁶¹¹.

Bisogna, per completezza di analisi, necessariamente dare credito o, quantomeno, descrivere gli altri orientamenti che ritengono possa configurarsi una ratifica o comunque un'autorizzazione *a posteriori* di un atto che abbia ecceduto l'oggetto sociale. L'analisi, ad avviso di chi scrive, va preceduta, per chiarezza e senso, da una breve considerazione metodologica: come si è detto in precedenza, non ha senso parlare di ratifica di un atto che è già valido e vincolante per la società, infatti, si sono descritte le ipotesi in cui, l'amministratore non titolare del potere di rappresentanza, aveva falsamente speso il nome della stessa con la conseguenza che gli atti posti in essere dal *falsus procurator* non erano vincolanti. Credo, però, che abbia anche senso parlare non di ratifica o autorizzazione di un atto che è già stato posto in essere, quindi intervenendo *a posteriori*, ma di autorizzazione al compimento di un atto o una serie di atti che non sono ancora stati posti in essere. Posta in questi

⁶⁰⁸ *Ibidem*, 180 ss.

⁶⁰⁹ Per l'analisi di tale ipotesi che poteva, forse, avere senso nel sistema previgente, si veda V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 181, nt. 161.

⁶¹⁰ *Ibidem*, 181 ss.

⁶¹¹ *Ibidem*, 182.

termini l'analisi comincia ad avere senso. Può, in questo caso l'assemblea, ampliare i poteri di gestione e quindi di rappresentanza degli amministratori?

Prima di rispondere a questa domanda mi permetto di *copiare* letteralmente la premessa fatta da un Illustre Autore il quale ritiene che “la questione, estremamente controversa, va affrontata accogliendo la premessa metodologica che esclude la possibilità di trarre argomenti decisivi da un’aprioristica definizione della capacità della società e che invita a verificare l’esistenza del potere dell’assemblea di assumere le deliberazioni in parola nei principi che regolano la funzione assembleare e negli interessi tutelati dalle norme che impongono il rispetto dell’oggetto sociale”⁶¹². Le motivazioni di una tale opinione sono tanto evidenti quanto importanti. Escludere che la società possa autorizzare degli atti estranei all’oggetto sociale significherebbe identificare l’oggetto come limite dei soci di disporre dei propri interessi, limite che andrebbe rintracciato, evidentemente, in un interesse superiore ed esterno alla società. Nel nostro ordinamento un tale principio che limiti la capacità di agire della società, al fine di consentire una maggiore tutela dei terzi creditori, come accade nell’ordinamento inglese, purtroppo o per fortuna, non è presente; così come non è possibile appellarsi all’ordine pubblico, in modo da salvaguardare gli interessi dei risparmiatori che potrebbero eventualmente venire in contatto con la società⁶¹³. Questi principi devono cedere il passo alla regola della libera modificabilità dell’oggetto sociale che, indubbiamente, sacrifica l’interesse dei terzi creditori.

Chiarite queste considerazioni preliminari, bisogna accogliere l’opinione della dottrina dominante che respinge l’ipotesi di poter procedere ad una deliberazione dell’assemblea ordinaria dal momento che, da un lato, la riforma, riscrivendo l’art. 2365 c.c.⁶¹⁴, ha escluso che l’autorizzazione dell’assemblea possa escludere la responsabilità degli amministratori nei confronti della società⁶¹⁵ e, dall’altro, sarebbe lesivo dei diritti dei soci di minoranza consentire alla maggioranza di autorizzare atti che esulino l’ordinamento dell’ente a cui tutti i soci, minoritari e non, hanno aderito.

La dottrina maggioritaria precedente alla riforma ha sostenuto che l’unico modo per autorizzare un atto estraneo all’oggetto sociale sarebbe la deliberazione del-

⁶¹²Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 209 ss.

⁶¹³*Ibidem*, 210.

⁶¹⁴Vedi nt. 111.

⁶¹⁵Così F. BONELLI, (nt. 405), 936.

l'assemblea dei soci presa all'unanimità, viceversa i soci di minoranza verrebbero danneggiati. In particolare, non si esclude che procedendo ad una formale modifica dell'oggetto sociale con conseguente rispetto della disciplina del recesso *ex art.* 2437.1, lett. *a c.c.*⁶¹⁶ la tutela dei soci di minoranza sia rispettata, ma la stessa sarebbe esclusa nei casi in cui non si proceda alla modificazione dell'oggetto sociale ma semplicemente all'autorizzazione di un singolo atto⁶¹⁷. La conclusione di tale orientamento è che solo la decisione unanime dei soci può autorizzare un atto estraneo all'oggetto sociale pena l'annullabilità della deliberazione *ex art.* 2377 del codice⁶¹⁸.

⁶¹⁶Vedi nt. 322.

⁶¹⁷Così M. FRANZONI, (nt. 144), 201; conforme V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 212.

⁶¹⁸Art. 2377 c.c. **Annulabilità delle deliberazioni.** Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti.

Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale.

L'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre; lo statuto può ridurre o escludere questo requisito. Per l'impugnazione delle deliberazioni delle assemblee speciali queste percentuali sono riferite al capitale rappresentato dalle azioni della categoria.

I soci che non rappresentano la parte di capitale indicata nel comma precedente e quelli che, in quanto privi di voto, non sono legittimati a proporre l'impugnativa hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto.

La deliberazione non può essere annullata:

- 1) per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369;
- 2) per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta;
- 3) per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale, salvo che impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.

L'impugnazione o la domanda di risarcimento del danno sono proposte nel termine di novanta giorni dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro novanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro novanta giorni dalla data di questo.

L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori, il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con

A parere di chi scrive si potrebbe pervenire ad una soluzione più equilibrata: partendo dall'opinione di un altro Autore, il quale sposa la tesi che invece consente l'autorizzazione dell'atto *ultra vires* a seguito di una formale modifica dell'oggetto sociale *ex art. 2365 del codice*⁶¹⁹. Tuttavia, prosegue questi, prima di precisare che la modifica dell'oggetto sociale può non essere sufficiente dal momento che i criteri di pertinenza dell'atto all'oggetto sociale precedentemente descritti devono *sempre* trovare applicazione, esclude che possa esservi l'autorizzazione per un singolo atto⁶²⁰.

Io ritengo che l'ultimo orientamento possa trovare applicazione per quanto riguarda la possibilità di operare una modificazione statutaria e, per i casi di autorizzazione di un singolo atto, possa invece prevalere l'orientamento precedente che, paventando giustamente il rischio che la maggioranza dei soci possa facilmente prevalere sulla minoranza con l'ulteriore negativa conseguenza dell'esclusione del diritto di recesso, richiede una deliberazione assembleare presa all'unanimità.

In questo modo, tutelandosi le minoranze e non limitando la capacità della società, si perviene ad una soluzione equilibrata che appare in sintonia anche con la filosofia della riforma, pervasa di *contrattualismo*, che ha fortemente valorizzato i principi di autonomia della società, di efficienza dell'impresa e di sovranità dei soci nell'autoregolamentazione del funzionamento dell'ente.

4.2.8 Gli stati soggettivi del terzo

I vari profili oggettivi che caratterizzano la *fenomenologia* della rappresentanza, sia dal punto di vista fisiologico che da quello patologico – sebbene sia necessario ancora un approfondimento in ordine al conflitto di interessi del rappresentante – sono stati affrontati; tuttavia, al fine di conoscere a pieno il funzionamento dell'istituto oggetto di questo studio, è necessario soffermare l'attenzione sui profili soggettivi.

Si è spesso accennato ai vari regimi di opponibilità degli illeciti commessi dagli amministratori ovvero delle invalidità relative alla nomina degli stessi e, nella descrizione dei *fatti*, si è fatto riferimento a più stati soggettivi rilevanti, a partire dalla

altra presa in conformità della legge e dello statuto. In tal caso il giudice provvede sulle spese di lite, ponendole di norma a carico della società, e sul risarcimento dell'eventuale danno. Restano salvi i diritti acquisiti dai terzi sulla base della deliberazione sostituita.

⁶¹⁹Vedi nt. 111.

⁶²⁰Così F. BONELLI, (nt. 405), 936.

mala fede fino ad arrivare al dolo. Ora è il momento di descrivere questi stati soggettivi, confrontarli e dimostrare, tra i vari orientamenti presenti in dottrina, quali meritano accoglimento.

La riforma dell'ordinamento delle società di capitali, abrogando l'art. 2384-*bis* c.c., ha in qualche modo facilitato i problemi relativi all'analisi degli stati soggettivi del terzo dal momento che, nel sistema previgente, oltre all'espressione evocativa del dolo – «agire intenzionalmente a danno» – sussisteva quella che faceva riferimento alla mala fede. Tuttavia, come abbiamo visto, l'istituto della rappresentanza nelle società per azioni, non è disciplinato solamente dall'art. 2384 c.c., o meglio, non è immune da *contaminazioni* normative che regolano altri aspetti della società. Infatti, abbiamo visto, l'invalidità della nomina dell'amministratore è una patologia che colpisce, o meglio, può inerire anche il negozio rappresentativo; allo stesso modo, l'elusione o la violazione delle limitazioni provenienti da decisioni degli organi competenti, come una deliberazione del consiglio di amministrazione, possono riguardare anch'esse l'atto posto in essere dall'amministratore. La conseguenza, dal momento che le norme relative a queste due ultime ipotesi non fanno riferimento allo stesso stato psicologico del terzo cui invece fa riferimento l'art. 2384 c.c., è ancora la presenza, all'interno della disciplina della rappresentanza istituzionale, di altri stati soggettivi rilevanti diversi dal dolo.

I problemi sono di non facile risoluzione: al di là delle discutibili definizioni a cui il legislatore fa riferimento, l'aver previsto, o meglio, l'aver descritto in modo poco uniforme elementi soggettivi che indubbiamente arrivano a caratterizzare la stessa *categoria* di atti, cioè tutti gli atti che possono essere posti in essere dal rappresentante con il terzo, rende particolarmente complessa l'analisi del fenomeno: la nullità o l'annullabilità della nomina degli amministratori muniti di rappresentanza, dopo l'iscrizione nel registro delle imprese, non sono opponibili ai terzi «salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza» (2383.5 c.c.); «sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione di deliberazioni» del consiglio di amministrazione poi dichiarate invalide (2388.5 c.c.); «sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione» poi invalidata per conflitto di interessi (2391.3 c.c.); «il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi col rappresentato

può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era riconosciuto o riconoscibile dal terzo» (1394 c.c.); infine, «le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società» (2384.2 c.c.).

Tali espressioni, salvo l'ultima, potrebbero essere ritenute equivalenti tra di loro⁶²¹, in realtà bisogna riconoscere che non è così. Anche all'interno della categoria della mala fede, possiamo, quantomeno nelle norme che qui interessano, riscontrare una certa diversità all'interno della categoria stessa. Nel caso del conflitto di interessi tra il rappresentante ed il rappresentato, la società, a norma dell'art. 1394 c.c., per annullare il contratto dovrà dimostrare che il vizio è conosciuto o conoscibile dai terzi, mentre, nel caso dell'invalidità della nomina di rappresentante, la società, al fine di poter opporre il vizio al terzo che ha contratto coll'amministratore in carenza dei poteri, dovrà dimostrare che questa era conosciuta da parte del terzo⁶²².

In questo caso ritengo essenziale partire dalla *ratio*, comune alle varie ipotesi, che caratterizza le patologie degli atti posti in essere dagli amministratori in nome e per conto della società. Il legislatore, sia prima che dopo la riforma, "propende nel far gravare sempre sulla società il danno derivante dagli sconfinamenti ovvero dalle infedeltà dei soggetti cui sia stata affidata la rappresentanza della società, anche quando la controparte fosse in grado di riconoscerla e quindi in malafede"⁶²³. Questo meccanismo va temperato con uno dei principi generali del nostro ordinamento, quello che non consente possa esserci un abuso del diritto, in questo caso da parte del terzo, che gli permetterebbe, dolosamente, di profittare dell'inopponibilità della limitazione nei suoi confronti danneggiando la società.

Partendo dalla descrizione della malafede, è necessario precisare che, come a breve si vedrà, l'orientamento che qualifica in malafede lo stato soggettivo del terzo che renderebbe opponibile a questi i vizi – di qualsiasi genere – relativi alla rappresentanza è ormai minoritario. Tuttavia, la malafede, salvo la disciplina di cui all'art. 2384 c.c., rileva per i vizi in ordine alla nomina e alla deliberazione del consiglio di amministrazione. Da qui la necessità dell'analisi della malafede.

⁶²¹Così F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 308), 621.

⁶²²Così C. MALBERTI, (nt. 6), 205.

⁶²³Così F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 308), 618.

La pubblicità dei limiti alla rappresentanza non può costituire una prova della malafede del terzo, tuttavia, come ci ha fatto notare una Dottrina più che consolidata, questo non significa che possa esserci un'abdicazione del principio di pubblicità societaria e della presunzione assoluta di conoscenza degli atti pubblicati. In altre parole, da un lato non si vuole onerare il terzo dell'accertamento dell'attività posta in essere dalla società, offrendogli una più efficace protezione di fronte a situazioni che possono non sempre essere di agevole comprensione, dall'altro, il terzo non potrà giovare dell'ignoranza della pubblicità⁶²⁴.

Per quanto riguarda il contenuto vero e proprio della buona fede e la prova che la società deve dare al fine di opporre il vizio al terzo, abbiamo la dottrina più recente che ritiene che la prova della società consiste nel dimostrare che il terzo, considerate le circostanze, non poteva ignorare che l'atto era estraneo, o, nel caso di specie, era in conflitto di interessi, o la nomina era invalida o ancora il potere era limitato da una decisione degli organi competenti. Inoltre, preso atto che non è quasi mai possibile provare lo stato soggettivo che caratterizza l'agire di un soggetto, si tratterà di provare per presunzioni che il terzo conosceva o non poteva non conoscere i vizi che albergavano i poteri dell'amministratore⁶²⁵. Inoltre, qualora la prova della malafede fosse stata assolta dalla società, il terzo non potrà nemmeno chiedere il risarcimento del danno all'amministratore, poiché l'art. 1398 c.c.⁶²⁶ esclude possa esserci a meno che il terzo abbia confidato senza colpa nella validità del contratto⁶²⁷.

La dottrina più risalente, ma non per questo meno autorevole sul punto, ha dato una risposta più articolata, infatti: conformemente agli altri orientamenti e, nel rispetto della norma comunitaria, ha sostenuto possa trovare applicazione l'art. 1147.3 c.c.⁶²⁸ che sancisce la presunzione di buona fede. Proseguendo il ragiona-

⁶²⁴Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 206 ss. L'Autore si riferisce alla malafede di cui all'art. 2384-bis c.c., ma ritengo che le sue considerazioni siano spendibili anche negli altri casi; *contra* G. FERRI, (nt. 546), 701, nt. 10, in cui critica l'orientamento che identifica la buona fede come l'ignoranza da parte dei terzi del contenuto dell'atto costitutivo reso noto dalla società, sostenendo che l'ignoranza non giova di fronte alla situazione di conoscenza legale derivante dall'attuazione della pubblicità legale.

⁶²⁵Così F. BONELLI, (nt. 405), 941 ss.; ancora F. BONELLI, (nt. 139).

⁶²⁶Vedi nt. 98.

⁶²⁷Così M. FRANZONI, (nt. 144), 198.

⁶²⁸Art. 1147 c.c. **Possesso di buona fede.** È possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto.

La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave.

mento ha ritenuto che, viceversa, la buona fede in senso soggettivo, che il secondo comma dell'art. 1147 c.c. esclude possa giovare al possessore, trovi applicazione⁶²⁹. Tale orientamento precisa come la soluzione debba necessariamente essere rintracciata nella Direttiva comunitaria la quale, all'art. 9, n.1, stabilisce che la società può opporre ai terzi i limiti derivanti dall'oggetto sociale se prova che questi erano a conoscenza di tali limiti o non potevano non esserlo. Dunque, sappiamo che la riforma del 2003, in tema di oggetto sociale, ha escluso che, salvo l'*exceptio doli*, questo possa essere opposto ai terzi, ma ritengo che, per la comprensione della malafede, sia necessario ancora leggere tale disposizione. La norma comunitaria può ancora avere rilevanza, per lo meno ad avviso di chi scrive, nei casi in cui la legge in maniera più o meno esplicita e più o meno omogenea fa riferimento alla malafede. Sono i casi noti degli artt. 1394⁶³⁰, 2388⁶³¹ e 2391 del codice.⁶³² Se, tuttavia, ci si basa su ciò che letteralmente queste tre disposizioni dicono avremo almeno due stati soggettivi diversi⁶³³, motivo per cui, questa tesi sarebbe infondata. Il legislatore ha previsto, nel complesso, un regime oppositivo poco omogeneo e decisamente complesso, infatti, come ormai sappiamo, a volte rileverà il dolo, altre la malafede, anche in casi molto simili⁶³⁴, obbligando la dottrina a dei veri e propri salti mortali interpretativi. Posta questa considerazione, secondo la mia irrilevante opinione, andare a differenziare all'interno della stessa malafede, sempre in ordine a casi molto simili tra loro, le varie tipologie della stessa renderebbe il sistema ancora più complesso di quanto già non lo è. Posta l'incapacità del legislatore moderno, in un sistema di *Civil Law* in cui la lettera della norma ha particolare rilevanza, poiché l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, proprio per la nostra tradizione giuridica, – e per i problemi contingenti della giustizia che a quasi dieci anni dalla riforma non ci hanno

La buona fede è presunta e basta che vi sia al tempo dell'acquisto.

⁶²⁹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 207, in particolare l'Autore aderisce all'orientamento secondo cui il principio di cui all'art. 1147.2 c.c. non abbia portata generale e che "la buona fede in senso soggettivo – intesa come convinzione della legittimità (e quindi come ignoranza della non conformità alla legge) del proprio comportamento – può trovare protezione anche indipendentemente dall'applicazione di un minimo di diligenza e della sua ragionevolezza".

⁶³⁰Vedi nt. 86.

⁶³¹Vedi nt. 577.

⁶³²Vedi nt. 88.

⁶³³L'art. 1394 c.c. fa riferimento alla conoscenza o riconoscibilità del conflitto, gli artt. 2388 e 2391 c.c. invece alla buona fede.

⁶³⁴Si veda l'analisi delle limitazioni che derivano da una decisione degli organi competenti, Sez 4.2.6.

ancora permesso di poter *leggere* delle sentenze definitive, o meglio della Suprema Corte, sul nuovo sistema – può sì essere autorevole e “*convincente*”, ma non da sola far diritto, è necessario superare le incertezze letterali e aderire, nel caso di specie, ad un unico orientamento (ciò è permesso dalla incertezza letterale delle norme stesse che si prestano a più interpretazioni).

Non a caso ho escluso da questa considerazione l’art. 2383 c.c. dal momento che in questo caso non vi è una norma comunitaria come l’art. 9 che possa prestarsi, o meglio dare un minimo di legittimità, a tale critica, anzi, l’art. 8 della Direttiva⁶³⁵, la escluderebbe proprio, stabilendo che le irregolarità delle nomine degli amministratori non sono opponibili ai terzi salvo che si provi che questi fossero a conoscenza del vizio. In questo caso il legislatore statale è stato costretto a prevedere uno stato soggettivo *diverso*, infatti, anche la Dottrina più autorevole ha rilevato come l’art. 2388 c.c. faccia riferimento ad uno stato psicologico non coincidente con gli altri previsti dalla legge⁶³⁶.

Concludendo l’analisi, sembra che, in ogni caso, la legge non richieda al terzo l’uso dell’ordinaria diligenza, mentre, è necessaria una diligenza minima che verrà a mancare qualora il terzo *si avvalga* del vizio per colpa grave⁶³⁷. Tuttavia merita di essere precisato l’aspetto che, come già si è fatto riferimento dal momento che si accetta lo stato di buona fede soggettiva, gradua la colpa in relazione alla qualità del terzo. Questo argomento è stato speso in particolare per le problematiche relative all’estraneità dell’atto all’oggetto sociale, ma è spendibile anche per le altre fattispecie in cui rileva questo stato soggettivo⁶³⁸.

Abbiamo ormai imparato a conoscere l’orientamento che parifica la malafede caratterizzante le norme di cui sopra con l’*exceptio doli* di cui all’art. 2384.2 c.c.⁶³⁹, il quale non può trovare accoglimenti per cui è criticato dalla stragrande maggioranza della dottrina. In particolare si è fatto notare che si tratta di due stati soggettivi dif-

⁶³⁵Art. 8 Direttiva 68/151/CEE. L’adempimento delle formalità relative alla pubblicità dei nomi delle persone che, nella loro qualità di organo, hanno il potere di obbligare la società, rende inopponibile ai terzi ogni irregolarità della loro nomina, a meno che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza.

⁶³⁶Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 208.

⁶³⁷Così G. FERRI, (nt. 546), 701, nt. 9; conforme V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 208 ss.

⁶³⁸Così M. FRANZONI, (nt. 144), in riferimento al sistema previgente in cui le banche erano indicate (ancora oggi lo sono) come terzo particolarmente qualificato con la conseguenza che il grado di colpa tollerabile nei loro confronti era minore.

⁶³⁹Così F. BONELLI, (nt. 405), ancora F. BONELLI, (nt. 139).

ferenti dove la malafede “indica una condizione di chi conosce un determinato fatto o avrebbe dovuto conoscerlo usando l’ordinaria diligenza” e il dolo, invece, suppone “uno stato psicologico più grave di quello derivante dalla semplice conoscenza del limite posto ai poteri di rappresentanza dell’amministratore. Suppone che il terzo, contrattando con l’amministratore di cui conosceva la carenza di potere rappresentativo, abbia inteso arrecare alla società un pregiudizio”⁶⁴⁰. Altra critica che viene mossa a questa equiparazione deriva dal fatto che, dal momento che si tratta di norme che trovano applicazione all’interno di un medesimo contesto, non si comprende perché il legislatore abbia voluto utilizzare due espressioni diverse quando ne avrebbe potuta utilizzare soltanto una⁶⁴¹. Infine, non è possibile prescindere dal dato letterale che indica in modo netto e perentorio due stati soggettivi assolutamente diversi⁶⁴².

Preso atto delle difficoltà che caratterizzano la questione e dell’orientamento maggioritario, è necessario procedere alla descrizione dell’elemento psicologico del dolo. Non vi è dubbio che l’abrogazione dell’art. 2384-*bis* c.c. abbia portato alla parificazione del regime di opponibilità derivante dall’oggetto sociale agli altri regimi, quali le limitazioni statutarie e quelle in forza di decisioni degli organi competenti di cui all’art. 2384.2 del codice. Secondo un commento post-riforma “si direbbe che, se la vecchia disciplina era impostata a ritenere che l’atto estraneo ai poteri conferiti fosse invalido, ma la invalidità non potesse essere opposta al terzo in buona fede, la nuova impostazione, con il richiamo alla generalità del potere rappresentativo degli amministratori, porta a ritenere che il legislatore abbia rovesciato la posizione, considerando comunque valido l’atto, salvo consentire, ancorché implicitamente [...], alla società l’*exceptio doli* nel suo originario significato di strumento diretto a paralizzare gli effetti dell’atto pure valido, configurando questa come un’ipotesi rientrante nell’ampio *genus* dell’abuso di diritto”⁶⁴³.

È necessario, però, precisare a che tipo di dolo l’espressione “agire intenzional-

⁶⁴⁰Così P. G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, (nt. 30), 367; conforme A. VISCUSI, *Brevi osservazioni in tema di conflitto di interessi, atti ultra vires e professionalità del banchiere*, in *Banc. bors.*, 2006, II, 180.

⁶⁴¹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 145; conforme M. FRANZONI, (nt. 144), 173; M. FRANZONI, (nt. 193), 219.

⁶⁴²Così F. FERRARA JR - F. CORSI, (nt. 308), 621.

⁶⁴³*Ibidem*, 618.

mente a danno” fa riferimento.

In passato si è ipotizzato, vista la medesima espressione utilizzata nell’art. 1993 c.c.⁶⁴⁴, che potesse trattarsi di *exceptio doli* cartolare, tuttavia è stato fatto notare come le due eccezioni, medesime da un punto di vista letterale, si riferiscono a due contesti differenti per cui non sarebbe rispettoso di una corretta esegesi, attribuire alla situazione psicologica del terzo i medesimi connotati che il legislatore attribuisce nel caso delle eccezioni di cui all’art. 1993 del codice⁶⁴⁵.

Ancora in passato, si è ipotizzato potesse trattarsi di quello che nel diritto penale è classificato come dolo specifico. In effetti, il dolo specifico si caratterizza per il fine *specifico* che porta l’agente ad avere una determinata condotta delittuosa e, all’interno delle norme penali, è di facile riconoscimento per le espressioni “al fine di”, “allo scopo di”, e così via. È innegabile che anche in questo caso ci sia una coincidenza tra le espressioni che potrebbe portare a propendere per una qualificazione di dolo specifico in capo al terzo, infatti, parte della Dottrina ha accolto tale identificazione⁶⁴⁶. Tuttavia, va fatto notare, che interpretare l’*exceptio doli* di cui all’art. 2384.2 c.c. come dolo specifico, significherebbe restringere eccessivamente la portata della norma, sbilanciando eccessivamente a favore del terzo il contemperamento degli interessi tra le parti in gioco.

A questo punto, seppur a mio avviso in modo quasi indebito, è necessario propendere per un’interpretazione che qualifichi lo stato soggettivo di cui all’art. 2384.2 c.c. come dolo generico, infatti, “il «dolo»[...] *consiste* nella coscienza e volontà del terzo di stipulare con il rappresentante sfornito di poteri un atto che possa procurargli un vantaggio non altrimenti ottenibile che possa arrecare un danno oggettivo alla società, non essendo lo specifico proposito di esso, poiché il dolo in oggetto va configurato nello stesso senso del dolo generico previsto dal codice penale. È, quindi,

⁶⁴⁴ Art. 1993 c.c. **Eccezioni opponibili.** Il debitore può opporre al possessore del titolo soltanto le eccezioni a questo personali, le eccezioni di forma, quelle che sono fondate sul contesto letterale del titolo, nonché quelle che dipendono da falsità della propria firma, da difetto di capacità o di rappresentanza al momento dell’emissione, o dalla mancanza delle condizioni necessarie per l’esercizio dell’azione.

Il debitore può opporre al possessore del titolo le eccezioni fondate sui rapporti personali con i precedenti possessori, soltanto se, nell’acquistare il titolo, il possessore ha agito intenzionalmente a danno del debitore medesimo.

⁶⁴⁵ Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 145.

⁶⁴⁶ Così G. FERRI, (nt. 546), 700.

sufficiente la volontà di assicurarsi un vantaggio esorbitante nella consapevolezza che l'atto è potenzialmente generatore di pregiudizio per la società (dolo generico); non è infatti necessario dimostrare che il terzo abbia compiuto l'atto con il proposito di causare un danno alla società (dolo specifico)⁶⁴⁷.

Prima di *servirmi* dell'espressione della dottrina di cui sopra, mi sono permesso, quasi provocatoriamente, di definire la propensione verso il dolo generico "quasi indebita". Mi chiedo, in effetti, come sia possibile ignorare⁶⁴⁸ con tale semplicità, l'espressione che il legislatore ha previsto, quella del secondo comma dell'art. 2384 c.c., che evoca, almeno letteralmente, pianamente il dolo specifico. È sufficiente leggere qualche norma del codice penale, come ad esempio gli artt. 624 c.p.⁶⁴⁹ e 646 c.p.⁶⁵⁰, che disciplinano rispettivamente il reato di furto e di appropriazione indebita – non a caso reati contro il patrimonio, che lo stesso illecito civile di cui all'art. 2384 c.c. sembra tutelare – per rendersi conto che il legislatore ha inteso regolare lo stato soggettivo in questi tre casi, come in molti altri, allo stesso modo. Vero è, che interpretare in questo modo la norma significherebbe ridurre la portata dell'illecito a casi veramente eccezionali in cui il terzo agisca al fine quasi di sabotare l'impresa,

⁶⁴⁷Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1346; conforme E. ALEMAGNA, (nt. 81), 290, nt. 32; prima della riforma M. FRANZONI, (nt. 144), 173 ss.

⁶⁴⁸Una famosissima sentenza della Suprema Corte sembra proprio richiedere che si ignori il dettato normativo: "il Collegio, infatti, ritiene che il significato della norma esaminata (art. 2384, comma 2, cod. civ.) sia un altro, nel senso che la fattispecie che deve essere integrata sia corrispondente a quella che nel sistema penalistico configura come «dolo generico», non a quella configurata come «dolo specifico», anche se l'avverbio sembrerebbe evocare quest'ultima figura", Cass., 10 agosto, 1988, n. 4914, in *Dir. fall.*, 1989, II, 367.

⁶⁴⁹Art. 624 c.p. **Furto**. Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da €154 a €516.

Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra una o più circostanze di cui agli articoli 61, n.7, e 625.

⁶⁵⁰Art. 646 c.p. **Appropriazione indebita**. Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a €1.032.

Se il fatto è commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario, la pena è aumentata.

Si procede d'ufficio se ricorre la circostanza indicata nel capoverso precedente o taluna delle circostanze indicate nel n. 11 dell'art. 61.

non punendo invece le ipotesi in cui il terzo che ha agito, abusando del diritto, per far propri dei vantaggi a scapito dell'ente, magari in concorso con l'amministratore. Con tale sfogo, non voglio assolutamente asserire che si tratti di un'ipotesi di dolo specifico, ma che, da un lato, il legislatore italiano ha incautamente previsto l'elemento soggettivo (il dolo specifico) ignorando l'elemento oggettivo (la condotta del terzo), creando, qualora si dovesse interpretare la norma di cui all'art. 2384 c.c. secondo quanto stabilito fermamente dall'art. 12 delle preleggi⁶⁵¹, una fattispecie inutile ed un terzo libero di abusare delle protezioni che gli sono attribuite, – non a caso nella Direttiva n. 151 non vi è traccia di una simile espressione – dall'altro che la dottrina e la giurisprudenza sembrano aver troppo facilmente liquidato la questione dando una risposta che, seppur accettabile nel risultato, non soddisfa nell'esegesi.

Posta questa considerazione del tutto personale, si prosegue l'analisi sottolineando come, la malafede che alcuni hanno parificato al dolo, viene considerata dalla dottrina qui in esame e dalla giurisprudenza un presupposto. Infatti, affermano gli Autori che “certamente l'agire intenzionalmente a danno della società presuppone, da parte del terzo, la consapevolezza che l'atto travalica i limiti posti dallo statuto al potere degli amministratori”⁶⁵²⁶⁵³.

Ci si è anche chiesti se sia necessario un accordo fraudolento tra l'amministratore ed il terzo, escludendo tale possibilità dal momento che deve aversi riguardo solo della posizione di quest'ultimo, “infatti, dalla violazione dei limiti al potere di rappresentanza l'amministratore non trae necessariamente un vantaggio e, quindi, l'attenzione deve essere rivolta esclusivamente ad accertare il comportamento non meritevole di tutela del terzo”⁶⁵⁴. L'amministratore è solo il mezzo che consente al

⁶⁵¹Art. 12 Preleggi **Interpretazione della legge**. Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore.

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo di disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

⁶⁵²Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 146; conforme G. BIANCHI, (nt. 237), 79; A. VISCUSI, (nt. 640), 180 ss.; M. FRANZONI, (nt. 144), 173; M. FRANZONI, (nt. 193), 219.

⁶⁵³Cass., 10 agosto 1988, n. 4914, (nt. 648); Cass. 5 giugno, 1985, n. 3360, in *Dir. fall.*, 1985, II, 689 ss.

⁶⁵⁴Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1347; conforme V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 147; G. BIANCHI, (nt. 237), 79.

terzo di realizzare un vantaggio al quale non avrebbe diritto⁶⁵⁵. La Dottrina maggioritaria ha inoltre precisato che il terzo non deve necessariamente assumere una condotta attiva, “poiché anche lo stato psicologico di consapevolezza del pregiudizio qualifica pur sempre un comportamento del terzo (e, quindi un agire del terzo) rivolto alla produzione dell’atto dannoso”⁶⁵⁶.

Per quanto riguarda l’onere della prova, come sappiamo, questa è a carico della società. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nell’affermare che la prova possa essere data attraverso delle presunzioni, ciò appare ovvio “se si pensa che il codice civile considera le «presunzioni» come strumento di prova (art. 2727 cod. civ.⁶⁵⁷). Ed è anzi normale che in una materia come quella qui esaminata, laddove occorre determinare quale fosse l’atteggiamento psichico del soggetto agente, la prova per presunzioni è sicuramente la più idonea (se non l’unica possibile), data l’ovvia impossibilità di penetrare altrimenti nella psiche del soggetto”⁶⁵⁸.

Infine, resta da definire il danno che la società deve aver subito per poter agire nei confronti del terzo. Secondo la dottrina maggioritaria si deve trattare di una vera lesione patrimoniale per la società, non essendo insito nella violazione dello statuto il danno che l’ente avrebbe subito, dal momento che lo stesso non può essere qualificato come “la lesione dell’interesse dei soci a non subire i rischi di operazioni vietate o sottoposte a particolari cautele dallo statuto”⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵Così S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1347; conforme V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 147 ss.

⁶⁵⁶Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 148.

⁶⁵⁷Art. 2727 c.c. **Presunzioni**. Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato.

⁶⁵⁸Cass., 10 agosto 1988, n. 4914, (nt. 648), 366; conforme M. FRANZONI, (nt. 144), 176; A. CAPIZZI, (nt. 510), 9.

⁶⁵⁹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 146 ss.; conforme M. FRANZONI, (nt. 144), 175 ss.; M. FRANZONI, (nt. 193), 209 ss.; S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1347.

Capitolo 5

Le rappresentanze

Indice

5.1	La rappresentanza congiuntiva	177
5.2	La rappresentanza vicaria	181
5.3	La rappresentanza dell'amministratore delegato	184
5.4	La rappresentanza cambiaria	187
5.5	La rappresentanza processuale	191
5.6	La procura generale	198

5.1 La rappresentanza congiuntiva

La società può conferire il potere di rappresentanza ai suoi amministratori in vari modi. È necessario comprendere come le modalità di conferimento e di limitazione di tale potere, si rapportano con la disciplina della rappresentanza delle società per azioni. È quindi d'obbligo procedere all'analisi delle principali problematiche inerenti la sfera di applicazione dell'art. 2384 c.c., con particolare interesse nei confronti delle limitazioni di cui al secondo comma. In particolare saranno analizzate quelle tematiche che, nella realtà dell'esercizio dell'impresa collettiva, devono con maggior frequenza essere affrontate.

La prima, è quella concernete la c.d. rappresentanza congiuntiva, cioè, l'interrogativo circa l'eventuale esistenza di limitazioni statutarie della rappresentanza non soggette alla regola dell'inopponibilità *ex art.* 2384.2 del codice.

La soluzione va ricercata primariamente nel testo della Direttiva CEE n. 68/151 in cui, all'art. 9, n.3⁶⁶⁰, il legislatore comunitario consente agli Stati membri, previo rispetto degli adempimenti pubblicitari disciplinati dall'art. 3 della medesima direttiva⁶⁶¹, l'opponibilità ai terzi della clausola statutaria che conferisce la rappresentanza congiuntamente. Il legislatore italiano si è avvalso di tale facoltà preve-

⁶⁶⁰Art. 9, n.3 Direttiva 68/151/CEE. Se la legislazione nazionale prevede che il potere di rappresentare la società possa, in deroga alla regola di legge in materia, essere attribuito dallo statuto ad una sola persona o a più persone che agiscono congiuntamente, la stessa legislazione può stabilire che tale disposizione statutaria sia opponibile ai terzi, sempreché essa concerna il potere generale di rappresentare la società; l'opponibilità ai terzi di una siffatta disposizione statutaria è disciplinata dall'articolo 3.

⁶⁶¹Art. 3 Direttiva 68/151/CEE. In ciascuno Stato membro viene costituito un fascicolo, o presso un registro centrale, o presso il registro di commercio o registro delle imprese, per ogni società iscritta.

Tutti gli atti e le indicazioni soggetti a pubblicità a norma dell'articolo 2 sono inseriti nel fascicolo o trascritti nel registro; dal fascicolo deve in ogni caso risultare l'oggetto delle trascrizioni fatte nel registro.

Gli Stati membri provvedono a che entro il 10 gennaio 2007 le società e le altre persone e uffici tenuti alla notifica o a intervenire nella stessa possano registrare per via elettronica tutti gli atti e le indicazioni soggetti a pubblicità a norma dell'articolo 2. Inoltre, gli Stati membri possono obbligare tutte le società, ovvero talune categorie di società, a registrare per via elettronica tutto o parte degli atti e delle indicazioni in questione.

Tutti gli atti e le indicazioni di cui all'articolo 2 registrati a partire dal 10 gennaio 2007 al più tardi, sia su supporto cartaceo sia per via elettronica, sono inseriti nel fascicolo o trascritti nel registro in formato elettronico. A tal fine, gli Stati membri assicurano che tutti gli atti e le indicazioni di cui trattasi che sono stati registrati su supporto cartaceo a partire dal 10 gennaio 2007 al più tardi siano convertiti in formato elettronico dal registro.

Gli atti e le indicazioni di cui all'articolo 2 che sono stati registrati su supporto cartaceo fino al 31 dicembre 2006 al più tardi non devono essere convertiti d'ufficio in formato elettronico dal registro. Tuttavia gli Stati membri assicurano che essi siano convertiti in formato elettronico dal registro alla ricezione di una richiesta di pubblicità per via elettronica presentata nel rispetto delle norme adottate per mettere in vigore il paragrafo 3.

Una copia integrale o parziale di ogni atto o indicazione di cui all'articolo 2 deve potersi ottenere su richiesta. Dal 10 gennaio 2007 al più tardi, le richieste possono essere presentate al registro, in forma cartacea o per via elettronica, a scelta del richiedente.

A decorrere da una data che ciascuno Stato membro sceglierà, ma che non potrà essere posteriore al 1 gennaio 2007, le copie di cui al primo comma sono ottenibili dal registro su supporto cartaceo o per via elettronica, a scelta del richiedente. Questa disposizione si applica per tutti gli atti e le indicazioni, a prescindere dal fatto che siano stati registrati prima o dopo la data prescelta. Tuttavia, gli Stati membri possono decidere che tutti o taluni tipi di atti ed indicazioni registrati fino al 31 dicembre 2006 al più tardi non possono essere ottenuti dal registro per via elettronica, se è decorso un determinato periodo tra la data della registrazione e quella della presentazione della richiesta al registro. Detto periodo non può essere inferiore a dieci anni.

dendo all'art. 2383.4 c.c.⁶⁶² che gli amministratori negli adempimenti pubblicitari indichino se la rappresentanza è esercitata disgiuntamente o congiuntamente⁶⁶³.

Ma la problematica non attiene a questa facoltà, ovvia, che l'ordinamento comunitario ha previsto per i Paesi membri, bensì, ad un'altra: come anticipato, è necessario chiedersi se l'aver previsto, a norma dell'art. 2383 c.c., che la rappre-

Il costo per il rilascio - parziale o integrale, su supporto cartaceo o per via elettronica - degli atti o delle indicazioni di cui all'articolo 2 non può essere superiore al costo amministrativo.

Le copie trasmesse su supporto cartaceo sono certificate conformi, salvo rinuncia del richiedente. Le copie in formato elettronico non sono certificate conformi, a meno che il richiedente non ne faccia esplicita richiesta.

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché la certificazione delle copie in formato elettronico ne garantisca al contempo l'autenticità dell'origine e l'integrità del contenuto, almeno tramite una firma elettronica avanzata ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1999, relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche.

La pubblicità degli atti e delle indicazioni di cui al paragrafo 2 è garantita mediante la pubblicazione, integrale o per estratto, o sotto forma di una menzione dell'avvenuto deposito del documento nel fascicolo o dell'avvenuta trascrizione nel registro, nel bollettino nazionale designato dallo Stato membro. Il bollettino nazionale designato a tale scopo dallo Stato membro può essere costituito in formato elettronico.

Gli Stati membri possono decidere di sostituire la pubblicazione nel bollettino nazionale con una misura di effetto equivalente, che comporti almeno l'utilizzo di un sistema che consenta l'accesso alle informazioni pubblicate in ordine cronologico grazie ad una piattaforma elettronica centrale.

Gli atti e le indicazioni sono opponibili dalla società ai terzi soltanto una volta effettuata la pubblicità di cui al paragrafo 4, a meno che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza.

Tuttavia, per le operazioni avvenute prima del sedicesimo giorno successivo a quello di detta pubblicità, gli atti e le indicazioni non sono opponibili ai terzi che provino di essere stati nell'impossibilità di averne conoscenza.

Gli Stati membri adottano le misure necessarie per evitare qualsiasi discordanza fra il tenore della pubblicità fatta a norma del paragrafo 4 e il contenuto del registro o del fascicolo.

Tuttavia, in caso di discordanza, il testo oggetto di una pubblicità a norma del paragrafo 4 non può essere opposto ai terzi; i terzi possono tuttavia valersene a meno che la società provi che essi erano a conoscenza del testo depositato nel fascicolo o trascritto nel registro.

I terzi possono inoltre sempre valersi degli atti e delle indicazioni per cui non sono state ancora adempiute le formalità di pubblicità, salvo che la mancanza di pubblicità li renda inefficaci.

Ai fini del presente articolo, con l'espressione "per via elettronica" si intende che i dati sono inviati all'origine e ricevuti a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e che sono interamente trasmessi, inoltrati e ricevuti mediante fili, radio, mezzi ottici od altri mezzi elettromagnetici nelle modalità stabilite dagli Stati membri.

⁶⁶²Vedi nt. 118.

⁶⁶³Così C. MALBERTI, (nt. 6), 207; conforme prima della riforma V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10),

sentanza sia esercitata congiuntamente costituisca un limite alla stessa – quindi inopponibile salvo l'*exceptio doli* di cui al secondo comma dell'art. 2384 c.c. – ovvero una scelta organizzativa attinente alla conformazione del potere di rappresentanza, quindi opponibile⁶⁶⁴.

Già prima della riforma si era giunti alla conclusione, che deve trovare ancora oggi apprezzamento, che i limiti di cui all'art. 2384.2 c.c. attenessero alle limitazioni concernenti i contenuti e l'estensione del potere di impegnare la società e non le modalità e la titolarità del potere stesso⁶⁶⁵. In particolare si dice che il regime dell'inopponibilità troverà applicazione nei casi in cui la rappresentanza congiunta sia prevista per categorie di atti e non come modalità di esercizio e di titolarità del potere di rappresentanza⁶⁶⁶. Se una clausola statutaria limita il potere dell'amministratore di impegnare la società per un importo superiore ad una certa somma, imponendogli che vi sia, per la conclusione dell'affare, anche la firma dell'altro amministratore rappresentante, ecco che vi sarà una situazione di limitazione del potere di rappresentanza sottoposta al regime del secondo comma dell'art. 2384 del codice⁶⁶⁷. Quindi, la società non oppone ai terzi le ipotesi di limitazioni della rappresentanza congiunta riservata solamente a determinate categorie di atti, poiché vi sarebbe un contrasto con la *ratio* dell'art. 2384.2 del codice⁶⁶⁸.

I motivi di una tale conclusione sono evidenti ed espressi dalla Dottrina maggioritaria: “la clausola che impone la firma congiunta soltanto per determinati atti, se opponibile, addosserebbe al terzo anche quel rischio di una non corretta verifica del contenuto e dell'ampiezza dei poteri individuali dell'amministratore che la direttiva ha inteso eliminare allo scopo di favorire la rapidità e la sicurezza delle contrattazioni. Ne consegue, pertanto, che, qualora la società attribuisca ad un amministratore un potere individuale di rappresentanza non può limitare tale potere con effetti nei confronti dei terzi neppure prevedendo, per determinati atti una legittimazione plurima congiuntiva”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁴Così M. FRANZONI, (nt. 144), 180.

⁶⁶⁵Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 149.

⁶⁶⁶*Ibidem*, 150.

⁶⁶⁷Così M. FRANZONI, (nt. 144), 179.

⁶⁶⁸Così G. BIANCHI, (nt. 237), 80; conforme M. MONTANARI, (nt. 171), 21; V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 150; M. FRANZONI, (nt. 144), 180 ss.; S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1349.

⁶⁶⁹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 150.

A questo punto resta da comprendere la rilevanza dell'opponibilità del limite della rappresentanza congiuntiva: si è anticipato, escludendo l'opponibilità nel caso di limitazioni che attengono all'estensione dei poteri degli amministratori, che la firma congiunta sarà un limite rilevante nei confronti dei terzi nel caso configuri una modalità di esercizio del potere di rappresentanza, quindi, si tratta di equiparare il caso di specie all'esistenza o meno del potere di rappresentanza. Come in quest'ultimo caso – quello della titolarità del potere di rappresentanza generale di un amministratore – è la pubblicità *ex art. 2383 c.c.* ad avere efficacia, così come nel caso in cui lo statuto preveda la rappresentanza generale esercitabile congiuntamente⁶⁷⁰. Non vi saranno oneri aggiuntivi per il terzo il quale, come nel caso *normale*, deve semplicemente accertare che il rappresentante con cui sta trattando abbia la rappresentanza della società e, col medesimo *accertamento*, accorgersi se tale potere generale di impegnare l'ente sia, a norma dell'art. 2383 c.c., esercitabile congiuntamente o disgiuntamente⁶⁷¹.

Infine, è giusta l'osservazione posta dalla dottrina in ordine al fatto che la riforma del diritto societario non ha introdotto modifiche in grado di incidere direttamente sugli argomenti che hanno portato a tali conclusioni⁶⁷² se non, mi permetto di precisare, punti a favore, almeno sotto l'ottica della *ratio* a cui essa si ispira, dell'orientamento maggioritario dal momento che il nuovo diritto delle società di capitali protegge, come abbiamo più volte ribadito, i terzi e promuove la certezza dei traffici.

5.2 La rappresentanza vicaria

Si è detto in precedenza che nella pratica il potere di rappresentanza viene attribuito al presidente del consiglio di amministrazione, il quale deve adoperarsi affinché le decisioni prese in seno al consiglio siano *esternate*. A questo punto ci si è domandati se, salvo il ruolo di garante e di impulso ai lavori di cui all'art. 2381.1 c.c.⁶⁷³ e dal momento che non ha poteri di gestione, ma di sola *esecuzione* delle decisioni del consiglio, il presidente possa essere considerato alla stregua di un *nuncius*.

⁶⁷⁰Così G. BIANCHI, (nt. 237), 80; conforme M. MONTANARI, (nt. 171), 21; V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 150; M. FRANZONI, (nt. 144), 180 ss.; S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1349.

⁶⁷¹Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 150.

⁶⁷²Così C. MALBERTI, (nt. 6), 207; conforme S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, (nt. 4), 1350.

⁶⁷³Vedi nt. 213.

La risposta negativa va ricercata nelle norme: infatti, preso atto che il presidente procederà tramite il suo potere di rappresentanza a porre in essere gli atti che sono stati deliberati dal consiglio, questi “come tutti gli amministratori, [...] deve impedire il compimento dell’atto o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose per la società, ai sensi dell’art. 2392, 2 comma, cod. civ.⁶⁷⁴ «Sicché il presidente avente la rappresentanza finisce per essere qualcosa di più di un semplice *nuncius*: egli può, anzi deve, rifiutarsi di sottoscrivere atti suscettibili di arrecare danno alla società»⁶⁷⁵.

Posta questa breve parentesi sul presidente è necessario comprendere la portata di alcune clausole statutarie che, dopo aver attribuito la rappresentanza della società al presidente, la conferiscono, nel caso in cui questi sia impossibilitato, ad un altro soggetto, nella pratica il vice presidente. Bisogna risolvere il nodo dell’opponibilità o meno al terzo di una siffatta clausola.

Il quesito, anche in questo secondo caso, riguarda l’applicazione dell’art. 2383 c.c. il quale, ricordiamolo, consentirebbe un regime meno protettivo nei confronti dei terzi, o l’art. 2384 del codice. Da un lato si è sostenuto si tratterebbe di un vizio dell’atto di nomina, quindi da ricondurre alla prima norma, dall’altro, invece, di un limite statutario dei poteri di rappresentanza inopponibile ai terzi⁶⁷⁶.

La dottrina maggioritaria ha preso spunto da due orientamenti giurisprudenziali che, in maniera dissimile, tutelano il terzo: da un lato, in primo grado, si è ritenuta tale clausola invalida, dal momento che non vi sarebbe un meccanismo idoneo a far risultare preventivamente e documentalmente l’assenza o l’impedimento del rappresentante, non consentendo al terzo con certezza e attraverso gli strumenti di pubblicità previsti dalla legge, la legittimazione del vicario all’esercizio della rappresentanza⁶⁷⁷. Tale pronuncia è stata riformata dalla Corte d’appello che ha concluso per la validità di una clausola siffatta e dell’assoggettamento della stessa al regime delineato dall’art. 2384 del codice, con conseguente inopponibilità ai terzi della clausola stessa escludendo che il contraente debba assolvere alcun onere in meri-

⁶⁷⁴Vedi nt. 216.

⁶⁷⁵Per l’ultimo inciso, consultato in M. FRANZONI, (nt. 193), 222 a cui è da attribuirsi il resto della citazione, F. GALGANO - R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, III ed., CEDAM, Padova, 455.

⁶⁷⁶Così C. MALBERTI, (nt. 6), 216.

⁶⁷⁷Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 150 ss.

to all'accertamento dei presupposti cui è subordinata la sostituzione dell'ufficio di rappresentante⁶⁷⁸.

Come anticipato, entrambe le pronunce tutelano il terzo contraente, ma in due modi diversi. La prima, argomentando l'invalidità della clausola col fatto che la conoscenza delle condizioni di operatività della clausola stessa non è perseguibile attraverso il sistema legale di pubblicità, occorrendo conoscenze di elementi meramente fattuali a cui il terzo non può accedere se non con l'assolvimento di oneri troppo gravosi. Tale argomento è stato respinto dal momento che dava per scontato ciò che doveva essere oggetto di dimostrazione e che avrebbe condotto all'inopponibilità e non all'invalidità della clausola: "l'esistenza, cioè, di una regola che subordina alla realizzazione di una pubblicità perfetta e compiuta l'opponibilità ai terzi dei presupposti di esercizio della rappresentanza sociale"⁶⁷⁹, inoltre, tale clausola può essere prevista al fine di rendere più agevole e spedita l'attività imprenditoriale⁶⁸⁰ e non per eludere la disciplina protettiva del terzo.

Si è pensato di poter ricondurre tale fattispecie all'opponibilità ai terzi che conoscevano il difetto di rappresentanza, e quindi alla norma di cui all'art. 2383 del codice, tuttavia tale impostazione non merita accoglimento dal momento che la norma in questione disciplina i vizi attinenti all'atto di nomina. Il caso in esame invece riguarda, non il difetto di legittimazione derivante da un vizio dell'atto di nomina, bensì la mancanza di una condizione a cui l'atto costitutivo subordina l'esercizio del potere di rappresentanza di un amministratore⁶⁸¹.

Dunque, la *ratio* della disciplina che tutela i terzi deve necessariamente rilevare ai fini della soluzione: è necessario mettere il terzo al riparo dal rischio di mancanza dei poteri in capo all'amministratore, così, senza voler limitare l'autonomia statutaria che la riforma ha certamente esaltato, alle clausole limitative, legittime, che la società pone al potere di rappresentanza dell'amministratore, vanno equiparate quelle che prevedono la sostituzione nel suddetto potere in caso di assenza o di impedimento del titolare istituzionale dell'ufficio di rappresentanza il cui regime sarà quello delineato dall'art. 2384.2 del codice. In particolare un volta appurati i poteri

⁶⁷⁸ *Ibidem*, 151.

⁶⁷⁹ *Ibidem*.

⁶⁸⁰ Così M. FRANZONI, (nt. 144), 176.

⁶⁸¹ Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 150 ss.

del vice presidente il terzo non è certamente tenuto ad accertare l'impedimento o l'assenza del presidente e nemmeno a sindacare sul motivo della sostituzione⁶⁸².

Le clausole *de quibus*, quindi, da considerare legittime, riguardano una limitazione al potere di rappresentanza, parificabili alle clausole che limitano il potere di impegnare la società per una certa categoria di atti, inopponibili ai terzi salvo l'*exceptio doli*.

Infine possiamo concludere che anche in questo caso le scelte poste in essere dal legislatore nel d. lgs. n. 6/2003 non possono in nessun modo influire né riformare le conclusioni a cui si è giunti già prima della riforma⁶⁸³, anzi, per gli stessi motivi espressi nelle conclusioni relative alla rappresentanza congiuntiva, non possono che rafforzarle.

5.3 La rappresentanza dell'amministratore delegato

Trattando del potere di gestione degli amministratori, si è dimostrato come, già ormai da prima della riforma, tale potere sia considerato svincolato dal potere di rappresentanza. La questione necessita di essere specificata, dal momento che non è soddisfacente la conclusione secondo cui basta aderire o meno all'ipotesi del ricollegamento della rappresentanza alla delega per avere una risposta al quesito.

Gli orientamenti che tutt'ora hanno rilevanza nel discorso risalgono al regime precedente alla riforma, posto che, considerate le norme attuali e quelle conclusioni, esse devono essere considerate.

Il problema è quello di capire se alla carica di amministratore delegato consegua, e se sì in quale misura, il potere di rappresentanza della società.

Nulla quaestio se i due poteri, di gestione *ex delega* e di rappresentanza istituzionale *ex statuto* o nomina, vengono espressamente conferiti all'amministratore: in tal caso questi avrà il potere di gestione in base alla delega attribuita e quello di rappresentanza generale *ex art.* 2384 del codice. Evidentemente si concepisce facilmente l'eventuale non equivalenza dei due poteri: è possibile infatti, almeno in via teorica, che al medesimo soggetto che dispone di una delega limitata sia attribuito il

⁶⁸²Così M. FRANZONI, (nt. 144), 176; conforme V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 151 ss.; G. D. MOSCO, (nt. 158), 611, nt. 24; M. FRANZONI, (nt. 193), 223.

⁶⁸³Così C. MALBERTI, (nt. 6), 216; conforme G. D. MOSCO, (nt. 158), 611.

potere generale di impegnare la società. Si tratta di una eventualità che, ad avviso di chi scrive, non può essere superata, per ovvi motivi, in nessun modo, ma ha il merito di aprire il dibattito in ordine alla problematica relativa al caso opposto: l'attribuzione di una delega generale comporta l'equivalente potere di rappresentanza? Va incidentalmente ricordato che la delega viene attribuita dal consiglio di amministrazione mentre il potere di rappresentanza istituzionale, a norma dell'art. 2384 c.c., viene conferito dallo statuto o dalla deliberazione di nomina. A questo punto l'esposizione dei problemi è conclusa.

Il primo orientamento è favorevole all'attribuzione del potere di rappresentanza a seguito del conferimento di una delega del consiglio. Si è addotto che l'art. 9.2 della direttiva comunitaria, e oggi anche lo stesso articolo 2384.2 c.c., estende il regime dell'inopponibilità alle ipotesi in cui vi siano limitazioni che risultano «da una decisione degli organi competenti». In realtà, come è stato perentoriamente sottolineato dalla dottrina maggioritaria, il dettato comunitario consente di prevedere delle limitazioni la cui fonte è di natura extrastatutaria, ma non la possibilità della medesima fonte per quanto riguarda l'attribuzione del potere stesso⁶⁸⁴. Anche parte della dottrina più recente propende per l'estensione della rappresentanza istituzionale con il conferimento della delega se non altro per motivi di opportunità: «non applicare la regola dell'art. in commento, potrebbe compromettere la sicurezza dei traffici che costituisce l'obiettivo principale del legislatore comunitario fin dalla I direttiva comunitaria»⁶⁸⁵. Ancora, si è detto che escludere l'applicazione dell'art. 2384 c.c., più protettivo del terzo, consentirebbe l'elusione della *ratio* che sottende alla riforma già del 1969⁶⁸⁶.

Tali obiezioni trovano la giusta replica in considerazioni che sono state proposte in ordine al sistema previgente: né la direttiva né la disciplina dello Stato assicurano al terzo un'assoluta tutela, così anche nei confronti del rappresentante istituzionale; il terzo, assolvendo l'unico onere, quello di verifica della titolarità del potere di rappresentanza, viene inevitabilmente a conoscenza della fonte extrastatutaria e quindi del regime meno favorevole nei suoi confronti e, sebbene le critiche formali (ad avviso di chi scrive nemmeno troppo infondate) basate sulla mancanza di una

⁶⁸⁴Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 155 ss.

⁶⁸⁵Così M. FRANZONI, (nt. 193), 225.

⁶⁸⁶Così F. BONELLI, (nt. 11), 114.

procura in senso tecnico, in ogni caso all'amministratore delegato si applicherebbe la disciplina di cui all'art. 2203 ss. c.c.⁶⁸⁷ relativa alla rappresentanza commerciale che, come abbiamo visto, consente di investire il delegato di un potere di rappresentanza commisurato alle attribuzioni gestorie; la soluzione che accoglie l'estensione della rappresentanza istituzionale al delegato frustra l'esigenza di ripartizione delle funzioni e dei compiti amministrativi che costituisce una delle ragioni del ricorso alla delega.

Il secondo orientamento esclude che possa esserci la rappresentanza istituzionale in mancanza di una designazione statutaria ovvero di una deliberazione di nomina. Militano in favore di tale orientamento argomenti di natura sistematica; infatti, l'art. 2328.2, n.9 c.c.⁶⁸⁸ "identifica *nei rappresentanti statutari* «gli amministratori che hanno la rappresentanza della società» a cui la norma circoscrive l'ambito soggettivo di applicazione del nuovo regolamento"⁶⁸⁹. Tale argomento, ad avviso di chi scrive, sembra essere decisivo: il potere di rappresentanza generale inderogabile previsto dall'art. 2384 c.c. è attribuito e attribuibile «dallo statuto o dalla deliberazione di nomina». Attualmente non sono previste altre legittime fonti che possano conferire un tale potere.

In realtà, quest'ultima affermazione, seppur ineccepibile dal punto di vista formale, trova critiche in chi sostiene che in assenza di limitazioni alla delega gestoria questa si considera generale e generale è anche il potere di rappresentanza della società. Tale orientamento è maggioritario e va rispettato; tuttavia, si sottolinea, che il potere di rappresentanza generale previsto dallo statuto è un connotato tipico ed autonomo rispetto all'eventuale potere di rappresentanza che si accorderebbe all'amministratore che ha una delega gestoria generale, essendo correlato alla delega stessa⁶⁹⁰. Quindi, sul punto, la Dottrina: "l'estensione anche alla rappresentanza delegata di una regola che impone di riconoscerle un contenuto necessariamente generale e inderogabile si pone in evidente contrasto con tale principio, poiché non permette di commisurare l'ampiezza del potere rappresentativo del delegato al contenuto del potere di gestione riconosciutogli dall'organo conferente"⁶⁹¹. Anco-

⁶⁸⁷ Vedi nt. 121.

⁶⁸⁸ Vedi nt. 148.

⁶⁸⁹ Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 10), 156.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, 157.

⁶⁹¹ *Ibidem*, 157 ss.

ra, l'orientamento restrittivo conclude che l'amministratore delegato potrà essere considerato rappresentante istituzionale solo quando la generale delega gestoria sia prevista come obbligatoria dallo statuto ovvero, se eventuale, configuri una sorta di condizione sospensiva dell'attribuzione del potere di rappresentanza già disposto nello statuto. In tali casi il conferimento della delega non rappresenta la fonte del potere istituzionale di rappresentanza, ma si limita a designare l'amministratore delegato a cui già lo statuto assegna tale potere⁶⁹².

Va riconosciuta la ragionevolezza di entrambi gli orientamenti : il primo, più sostanzialistico, offre inevitabilmente maggiore tutela al terzo, dal momento che prevede il regime di cui al secondo comma dell'art. 2384 c.c. nei confronti dell'amministratore delegato, tuttavia, come fatto notare, pecca, eccessivamente dal punto di vista formale; il secondo, forte della facile critica opponibile al primo, pretendendo di muoverla, finisce per prospettare una soluzione, quella dell'estensione della preposizione institoria, che anch'essa inevitabilmente forza l'ordinamento.

Nessuna delle soluzioni può aderire pienamente al dettato normativo, tuttavia quella che, ad avviso di chi scrive, comporta meno sacrifici interpretativi è la seconda: in effetti, i due istituti, quello della delega e quello della rappresentanza sono diversi. Si tratta di una dissociazione ormai consolidata da decenni, che non può sconfessarsi così facilmente. Si potrebbe escludere *tout court* la rappresentanza in capo al delegato, ma in questo modo si finirebbe per danneggiare il terzo. A questo punto, almeno per esclusione, il più soddisfacente è il secondo orientamento il quale, più equilibrato degli altri, offre un ottimo risultato e necessita di una minore forzatura dell'ordinamento.

5.4 La rappresentanza cambiaria

È necessario ora soffermarsi sul rapporto che intercorre tra la disciplina in esame e le disposizioni della legge cambiaria. In particolare il problema, in questo caso, riguarda l'opportunità di dover risolvere il rapporto esistente tra l'art. 2384 c.c. che abbiamo visto impedire l'opposizione dei limiti ai poteri di rappresentanza degli

⁶⁹² *Ibidem*, 160.

amministratori anche se pubblicate e l'art. 12 l. camb.⁶⁹³ il quale, viceversa, rende l'atto posto in essere dal rappresentante in nome e per conto del rappresentato invalido se le limitazioni al potere di rappresentanza, pubblicate a norma dell'art. 2206 c.c., sono state violate.

Ci si accorge immediatamente che la prima norma rende le limitazioni inopponibili nei confronti dei terzi, salvo l'*exceptio doli*, mentre la seconda prevede l'opponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza dell'imprenditore commerciale. A questo punto il problema è ben descritto e la soluzione andrà ricercata nelle tecniche ermeneutiche di risoluzione delle antinomie tra norme.

Preliminarmente va sottolineato come l'art. 2384 c.c. non sembri consentire alcuna eccezione, visto il modo in cui è formulato e, ancora, la *ratio* dell'istituto della rappresentanza che esclude, attraverso l'istituzione di limitazioni impermeabili, che queste possano essere opposte ai terzi in buona fede. Viceversa è anche possibile sostenere che l'art. 12 l. camb. deve prevalere in forza del criterio della specialità della norma rispetto a quella generale del codice civile.

Effettivamente le prime decisioni dei giudici hanno fatto prevalere la norma cambiaria: la prevalenza è stata argomentata dapprima ravvisando un contrasto tra le norme, che viene poi risolto attraverso il principio di specialità il quale consentirebbe all'art. 12 l. camb. di resistere ad una disposizione, ancorché posteriore, che ha introdotto una disciplina *magari* anch'essa speciale, ma che non è riferita specificamente alla materia cambiaria⁶⁹⁴.

Tale orientamento, in seguito riformato, ha trovato molte critiche e non ha più motivo di essere considerato. I rilievi più importanti sono stati proposti da Commentatori del sistema previgente ma, anche in questo caso, devono avere rilevanza per l'attuale disciplina.

In particolare si è criticata la concezione riduttiva delle novità portate dall'art. 2384 del codice il quale ha disposto a chiare lettere la generalità del potere di rap-

⁶⁹³Art. 12 R. D. 1669/1933. La facoltà generale di obbligarsi in nome e per conto altrui non fa presumere, salvo prova contraria, la facoltà di obbligarsi cambiariamente.

La facoltà generale di obbligarsi in nome e per conto di un commerciante comprende anche quella di obbligarsi cambiariamente, salvo che l'atto di rappresentanza, pubblicato a norma dell'art. 2206 c.c., non disponga diversamente.

⁶⁹⁴Trib. Roma, 24 marzo 1981, in *Giust. civ.*, 1981, I, 3071, con nota di F. D'ALESSANDRO.

presentanza degli amministratori di s.p.a. che, ancorché limitabile dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, non può trovare limiti *reali*, salvo l'*exceptio doli*⁶⁹⁵. Parrebbe infatti che l'orientamento in esame abbia inteso il potere di rappresentanza degli amministratori derogabile dal momento che, seppur in maniera piuttosto complessa, la società può esperire l'eccezione di dolo nei confronti dei terzi, rendendo inefficace nei suoi confronti l'atto posto in essere dal rappresentante, ignorando che tale eccezione, per molti quale rimedio di carattere generale, è posta dal legislatore al fine di evitare un abuso del diritto da parte del terzo⁶⁹⁶.

Altra critica arriva da chi sostiene che l'operazione ermeneutica del Tribunale sia stata scorretta: per aversi un rapporto di specialità è necessario che la norma speciale ricomprenda tutti gli elementi della norma generale più un altro ulteriore e specializzante. Posto questo principio si sottolinea come le due norme si pongono in due piani diversi. La norma cambiaria non fissa le condizioni di opponibilità delle limitazioni della rappresentanza cambiaria, ma, ponendo un'eccezione alla deroga in ordine al potere di rappresentanza generale di cui al primo comma della medesima norma, attribuisce il potere di impegnare *anche* cambiariamente l'imprenditore commerciale⁶⁹⁷. Il riferimento alle diverse indicazioni, contenute nell'atto di conferimento della rappresentanza è, semplicemente, un pleonastico richiamo ai principi generali posti della rappresentanza commerciale⁶⁹⁸. Ancora, è stato precisato che le due norme andrebbero rapportate al principio generale di cui all'art. 1396 c.c.⁶⁹⁹: la norma cambiaria conferma il principio dell'opponibilità delle limitazioni debitamente pubblicate, mentre la norma societaria sancisce l'opposto principio che rende inopponibili le limitazioni dei poteri del rappresentante, ancorché pubblicate, salvo il dolo del terzo⁷⁰⁰. È evidente come le due norme si pongano su due piani diversi e, difettando un conflitto in senso tecnico, il rapporto di "regola ed eccezione" non ha motivo di esistere.

Tuttavia, sebbene tale argomento da solo possa essere sufficiente alla risoluzione della problematica, la dottrina si è spinta oltre: assumendosi per assurdo un possibile

⁶⁹⁵Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 153 ss.

⁶⁹⁶*Ibidem*.

⁶⁹⁷*Ibidem*, 154; conforme M. FRANZONI, (nt. 144), 184.

⁶⁹⁸Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 154.

⁶⁹⁹Vedi nt. 33.

⁷⁰⁰Così M. FRANZONI, (nt. 144), 184.

conflitto tra le due norme, si è dimostrato che nel rapporto di regola ed eccezione, l'art. 2384 c.c. debba prevalere in quanto norma speciale. In particolare, l'art 12 l. camb.⁷⁰¹ non detta una norma speciale per la rappresentanza cambiaria, ma si limita a riprodurre una regola generale della rappresentanza commerciale che, e su questo non sembrano esserci dubbi, è disciplina generale rispetto a quella specifica della rappresentanza organica istituzionale degli amministratori di società per azioni⁷⁰². Posto in questi termini, il rapporto sembra davvero doversi assumere nell'ordine di una specialità della normativa societaria rispetto a quella cambiaria dal momento che la seconda è destinata ad un ambito più ristretto rispetto alla prima. Inutile il riferimento alla posteriorità della norma societaria dal momento che i rilievi di cui sopra sono incontrovertibili e non necessitano di altre argomentazioni.

Questa conclusione appare coerente con l'esigenza di tutela dei terzi e della sicurezza della circolazione dei titoli; infatti, essa comporta che non può essere opposta, salvo l'*exceptio doli*, la violazione dei limiti statutari posti alla facoltà dell'amministratore di obbligare cambiariamente la società, non potendo, tale limitazione, dare luogo ad una eccezione reale alla rappresentanza generale. In particolare, basterà, secondo l'art. 8 l. camb.⁷⁰³ e un'importante pronuncia della Suprema Corte, che il rappresentante della società specifichi nel titolo la sua carica, infatti: "gli amministratori di società commerciali, il cui potere di rappresentanza si estende alle obbligazioni cambiarie, debbono specificare nel titolo di credito la loro qualità, al fine di impegnare l'ente per il quale essi agiscono e, sussistendo tale presupposto, l'obbligazione cartolare va riferita direttamente alla società, in virtù del principio dell'immedesimazione organica [...]. Per l'imputazione giuridica dell'intera fattispecie connessa al sorgere dell'obbligazione cambiaria e alle sue conseguenze sul patrimonio della società, è sufficiente che non vi siano dubbi in ordine al fatto che l'obbligazione sia stata assunta in nome e per conto della società, cioè che il soggetto che abbia sottoscritto l'atto, non importa se con una firma intellegibile o con una sigla, sia effettivamente titolare del potere di rappresentanza della società"⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Vedi nt. 693.

⁷⁰² Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 154.

⁷⁰³ Art. 8 R. D. 1669/1933. Ogni sottoscrizione cambiaria deve contenere il nome e cognome o la ditta di colui che si obbliga. È valida tuttavia la sottoscrizione nella quale il nome sia abbreviato o indicato con la sola iniziale.

⁷⁰⁴ Cass., 19 giugno 1987, n. 5374, in *Banca e bors.*, 1989, 315.

Anche la dottrina più recente aderisce a tale orientamento e la riforma del 2003, da un lato, non sembra influire sul dibattito posto in essere in relazione al sistema previgente, dall'altro, confermare le conclusioni della dottrina maggioritaria posto che "l'ampliamento della sfera di protezione dei terzi operato dalla riforma del diritto societario mal si concilia con i limiti previsti dall'art. 12 della legge cambiaria"⁷⁰⁵.

5.5 La rappresentanza processuale

L'applicabilità dell'art. 2384 c.c. alla rappresentanza processuale rappresenta un esame fondamentale per la valutazione dell'istituto in esame. In particolare, è necessario comprendere tale compatibilità per i risvolti, non solo teorici, che le conclusioni negative o positive avranno sull'economia dell'istituto. Infatti, da tale esame dipende la soluzione del problema relativo alla titolarità della rappresentanza processuale attiva e passiva della società – importanza enorme visto che dove non arriva il diritto sostanziale, ci arriva quello processuale – e quello della rilevabilità d'ufficio o meno del difetto di legittimazione processuale.

I primi orientamenti, facenti ancora capo all'emanazione della riforma del 1969, erano contrari all'estensione della disciplina novellata dalla medesima riforma. Tra gli argomenti principalmente addotti: il primo, di carattere sistematico, era desunto dal principio della rilevabilità d'ufficio del difetto di rappresentanza processuale, ricondotto analogicamente all'art. 182 c.p.c.⁷⁰⁶, (la riforma operata dall'art. 46 della l. n. 69 del 18 giugno 2009 non dovrebbe incidere sulle discussioni in atto) il quale imponendo che il rilevamento del difetto di legittimazione *ad processum* sia di esclusiva disponibilità delle parti, le quali potrebbero attendere l'esito della controversia per poi scegliere o meno se eccepirlo, prevede che sia anche il giudice, d'ufficio, a

⁷⁰⁵Così C. MALBERTI, (nt. 6), 217; conforme M. FRANZONI, (nt. 193), 230 ss.

⁷⁰⁶Art. 182 c.p.c. **Difetto di rappresentanza o di autorizzazione.** Il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a completare o a mettere in regola gli atti e i documenti che riconosce difettosi.

Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione.

poterlo rilevare. Per questo principio, si dovrebbe negare che in sede processuale valga la regola dell'inopponibilità ai terzi dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori la cui violazione incida sulla regolare costituzione del rapporto processuale⁷⁰⁷.

Tale argomento è stato fortemente criticato da chi, giustamente, replica che l'applicazione dell'art. 2384 c.c. comporta l'irrilevanza esterna delle limitazioni al potere di rappresentanza, impedendo di conseguenza che l'inosservanza di tali limiti si traduca in un difetto di legittimazione processuale tale da inficiare la regolare costituzione del contraddittorio⁷⁰⁸.

Altra critica arriva da coloro che hanno sostenuto la diversa natura dell'art. 2384 del codice. In particolare si è fatto notare come tale norma sia stata concepita per la tutela dell'affidamento dei terzi e dei traffici che esulano dai rapporti processuali⁷⁰⁹.

Tale critica, ancora da respingersi, ignora che, sebbene ciò che ha ispirato prima il legislatore comunitario e poi quello italiano fosse rivolto alla tutela dei terzi e alla promozione dei traffici, non c'è ragione logica e sistematica di escludere l'applicazione dell'art. 2384 c.c. alla disciplina processuale dal momento che anch'essa, seppur indirettamente, è volta alla tutela dei terzi⁷¹⁰.

I critici proseguono sostenendo che, sì, è possibile escludere l'art. 2384 c.c. dall'ordinamento processuale, ma è necessario dimostrare, da un lato, l'incompatibilità di tale norma con i principi del processo civile e, dall'altro, individuare la disciplina alternativa che consenta la legittimazione *ad processum* delle persone giuridiche. Si è dimostrato come non vi è incompatibilità tra la rappresentanza istituzionale delle società per azioni e i principi della corretta instaurazione del giudizio del codice di procedura civile. Sistematicamente, analizzando ciò che accadeva ancor prima della riforma del 1969, si doveva giungere alle medesime conclusioni, con riferimento alla norma di cui all'art. 2298 c.c.⁷¹¹, a cui l'art. 2384 nella formulazione originaria rinviava⁷¹². In particolare, tale norma non era considerata incompatibile con la

⁷⁰⁷Così A. DI AMATO, *Problemi preliminari sulla disciplina dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, a cura di G. Zangari, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1973, 218 ss.

⁷⁰⁸Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 176.

⁷⁰⁹Così P. ABBADESSA, (nt. 131), 192.

⁷¹⁰Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 176.

⁷¹¹Vedi nt. 3.

⁷¹²Vedi nt. 2.

rappresentanza processuale poiché tale disciplina non aveva lo scopo di evitare la rilevabilità del vizio da parte di altri, bensì quello di derogare ai confini più ristretti in ordine alla violazione dei limiti statutari posti dall'art. 2266 c.c.⁷¹³, norma che ha sicuramente anche una valenza processuale. Posta questa funzione derogatoria dell'art. 2298 c.c. nei confronti dell'art. 2266 c.c., si conveniva nell'interpretazione del primo in riferimento sia alla rappresentanza sostanziale che processuale.

Queste conclusioni devono portare alla conclusione che è difficile pensare che il legislatore comunitario e quello italiano prima, e ancora quello della riforma del 2003, abbiano, potuto prevedere un sistema che possa aver ridotto la portata della normativa ai soli rapporti negoziali. L'alternativa, che non è ancora dato sapere quale precisamente sia, dovrebbe essere ricercata all'interno della normativa delle società di persone⁷¹⁴.

La stragrande maggioranza degli interpreti, anche dopo la riforma delle società di capitali, convengono nel ritenere che la disciplina relativa alla rappresentanza sostanziale degli amministratori di s.p.a. debba rilevare anche per quella processuale. In particolare si ritiene che il potere di rappresentanza sostanziale comporti anche quello di rappresentanza processuale⁷¹⁵ non essendo l'art. 75 c.p.c.⁷¹⁶ (in particolare il terzo comma che stabilisce che le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo del rappresentante a norma della legge o dello statuto) contrastante⁷¹⁷.

In particolare l'art. 75.3 c.p.c. è evidentemente una norma di rinvio che, in mancanza di una specifica disposizione della legge o dello statuto, rimanda alla disciplina legale o statutaria che regola la rappresentanza sostanziale⁷¹⁸. La conseguenza è che nel caso di specie si debba rinviare obiettivamente all'art. 2384 del codice, posta la

⁷¹³Vedi nt. 26.

⁷¹⁴Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 176 ss.

⁷¹⁵Così G. BIANCHI, (nt. 237), 77.

⁷¹⁶Art. 75 c.p.c. **Capacità processuale.** Sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere.

Le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità.

Le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto.

Le associazioni e i comitati, che non sono persone giuridiche, stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate negli articoli 36 e seguenti del codice civile

⁷¹⁷Così M. FRANZONI, (nt. 144).

⁷¹⁸Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 176.

neutralità dell'altra norma, l'art. 2298.2, n.9 c.c.⁷¹⁹, che disciplina la rappresentanza degli amministratori⁷²⁰.

Assodata la compatibilità tra la rappresentanza istituzionale delle società e la rappresentanza processuale, è necessario comprendere come si perfeziona la costituzione in giudizio e come i principi, circa l'estensione ed i limiti dei poteri dei rappresentanti, si conformano alla situazione processuale.

Per quanto concerne la costituzione in giudizio dottrina e giurisprudenza convergono nella non necessità di alcuna delibera preventiva del consiglio di amministrazione o dell'assemblea dei soci che autorizzi la resistenza in giudizio⁷²¹. Una nota sentenza della Suprema Corte ha statuito che la costituzione in giudizio del rappresentante della società⁷²² avviene senza alcuna formalità deliberativa "poiché non è dato ravvisare quale interesse concreto la società potrebbe perseguire riservandosi il potere di autorizzare la proposizione della lite o la resistenza in giudizio e lasciando all'amministratore legale rappresentante la mera facoltà di nominare [...] l'avvocato incaricato della sua difesa in giudizio"⁷²³. Ancora, si precisa che mentre per l'amministratore che si costituisce in giudizio per conto della società l'onere di allegazione della qualità di rappresentante legale della stessa è implicitamente rispettato, nel caso della medesima costituzione del direttore generale, tale onere va esplicitamente assolto⁷²⁴.

Per quanto concerne l'estensione dei poteri *processuali* del rappresentante istituzionale della società, la sentenza appena citata ha previsto che "gli amministratori che hanno la legale rappresentanza della società possono compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, e, quindi, hanno anche la rappresentanza processuale che li abilita ad agire in giudizio senza che occorra una preventiva autorizzazione dell'organo deliberativo, la quale, del resto, è prescritta in via generale solo per gli enti pubblici territoriali"⁷²⁵.

Gli amministratori hanno dunque il potere di stare in giudizio per conto della

⁷¹⁹Vedi nt. 148.

⁷²⁰Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 176.

⁷²¹Così G. BIANCHI, (nt. 237), 77 ss.

⁷²²Nel caso di specie si trattava di società cooperativa, ma come abbiamo visto, vi è piena compatibilità con le norme disciplinanti la rappresentanza nella società per azioni.

⁷²³Cass., 17 aprile 1997, n. 3305, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2137 ss., con nota di G. VIDIRI.

⁷²⁴Così V. CALANDRA BUONAURA - A. L. BONAFINI, (nt. 455), 21.

⁷²⁵Vedi nt. 723.

società che, oltre ad amministrare, rappresentano senza particolari limiti e formalità, tuttavia, anche il secondo comma dell'art. 2384 c.c. deve trovare applicazione. Infatti, le limitazioni del potere di rappresentanza previste dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, ancorché inopponibili salvo l'*exceptio doli*, nel caso di specie, consentirebbero l'eccezione del terzo che voglia far valere il difetto di rappresentanza indebitamente speso dall'amministratore che, per statuto o decisione, ne sia privo⁷²⁶.

Inoltre è possibile che, anche in materia processuale, possa esservi una dissociazione tra i poteri di rappresentanza negoziale e processuale ma, "se lo statuto prevede quale sia l'amministratore [...] cui spetta o può essere delegata la rappresentanza sostanziale, senza nulla prevedere per la rappresentanza processuale, deve ritenersi che a quell'amministratore competa anche la rappresentanza processuale"⁷²⁷.

Tutto ciò trova un'eccezione molto importante: il conflitto di interessi del rappresentante priva lo stesso della rappresentanza processuale, si pensi al caso dell'azione di responsabilità esercitata nei confronti dell'amministratore rappresentante ai sensi degli art. 2393 e ss. c.c.⁷²⁸⁷²⁹, il quale però non sia ancora stato revocato dalla carica. Il conflitto, secondo la dottrina, si configura nel momento in cui la società voglia costituirsi in giudizio e, si impone, il ricorso all'art. 78 c.p.c.⁷³⁰ per la nomina del curatore speciale⁷³¹.

Per quanto riguarda la rilevanza dei vizi, va preliminarmente detto che la persona che sottoscrive la procura alle liti deve essere identificata correttamente *ex art.* 163.3,

⁷²⁶Così G. BIANCHI, (nt. 237), 77 ss.

⁷²⁷*Ibidem*, 78.

⁷²⁸Vedi ntt. 289, 349 e 229 rispettivamente per gli artt. 2393 c.c., 2393-*bis* c.c., 2394 c.c.

⁷²⁹Art. 2395 c.c. **Azione individuale del socio e del terzo.** Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori.

L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo.

⁷³⁰Art. 78 c.p.c. **Curatore speciale.** Se manca la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza e vi sono ragioni di urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta un curatore speciale che li rappresenti o assista finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza.

Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto d'interessi col rappresentante.

⁷³¹Così M. FRANZONI, (nt. 144), 182.

n.2 c.p.c., nonostante l'emendamento apportato dalla l. n. 24 del 22 febbraio 2010⁷³², ancorché si ritiene che l'identificazione possa essere soddisfatta anche allargando l'esame al contesto dell'atto nel quale la procura è stesa, ed agli atti processuali da questo richiamati⁷³³.

Una recente sentenza a sezioni unite della Suprema Corte ha stabilito che qualora la sottoscrizione appaia illeggibile, non è ravvisabile la nullità della procura se le generalità del sottoscrittore sono indicate nel testo dell'atto, della procura o nella certificazione di autografia resa dal difensore o, ancora, nel caso in cui l'identità del sottoscrittore sia comunque individuata per effetto dell'indicazione della specifica funzione o della carica ricoperta. Ancora, prosegue la Corte, la mancata indicazione delle generalità del sottoscrittore costituisce un'ipotesi di nullità relativa *ex art. 157 c.p.c.*⁷³⁴ integrabile attraverso l'indicazione, a norma del medesimo articolo, delle generalità dell'autore della sottoscrizione illeggibile, in difetto della quale, la procura è invalida e l'atto al quale accede inammissibile⁷³⁵. Inoltre, la certificazione effettuata dal difensore *ex art. 83.3 c.p.c.*⁷³⁶ dell'autografia della sottoscrizione

⁷³²Art. 163.3, n.2 c.p.c. **Contenuto della citazione.** L'atto di citazione deve contenere:

2) il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono. Se attore e convenuto è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, la citazione deve contenere la denominazione o la ditta, con l'indicazione dell'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio.

⁷³³Così M. FRANZONI, (nt. 144), 182.

⁷³⁴Art. 157 c.p.c. **Rilevabilità e sanatoria della nullità.** Non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata di ufficio.

Soltanto la parte nel cui interesse è stabilito un requisito può opporre la nullità dell'atto per la mancanza del requisito stesso, ma deve farlo nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso.

La nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente.

⁷³⁵Cass. S.U., 7 marzo 2005, n. 4810, in *Giur. it.*, 2005, 1210, con nota di S. CHIARLONI.

⁷³⁶Art. 83 c.p.c. **Procura alle liti.** Quando la parte sta in giudizio col ministero di un difensore, questi deve essere munito di procura.

La procura alle liti può essere generale o speciale e deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata.

La procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine della citazione, del ricorso, del contro-ricorso, della comparsa di risposta o d'intervento del precetto o della domanda d'intervento nell'esecuzione, ovvero della memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore. La procura si considera apposta in calce anche se rilasciata su foglio separato che sia però congiunto ma-

della parte, se manca l'eccezione di parte, non si estende alla legittimazione, ai poteri e alla capacità della persona fisica che conferisce la procura in qualità di legale rappresentante dell'ente. La conseguenza è che, nel caso la firma sia illeggibile e il nome del legale rappresentante non sia desumibile, il vizio è rilevabile d'ufficio e provoca la nullità insanabile della procura, posto che non è possibile controllare il collegamento tra l'ignoto conferente con l'ente in rappresentanza del quale agisce in giudizio⁷³⁷.

Ovviamente, la legittimazione processuale deve essere verificata in ogni stato e grado del giudizio, anche d'ufficio, con il solo limite della formazione del giudicato sul punto⁷³⁸. Infine, in ordine alla possibilità di ratifica della condotta posta in essere precedentemente dal *falsus procurator*, questa è esperibile, in qualunque stato e grado del giudizio, con efficacia retroattiva e con riferimento a tutti gli atti processuali compiuti, attraverso la costituzione in giudizio del *reale* rappresentante della società il quale manifesti, anche implicitamente, la volontà di ratificare gli atti già posti in essere⁷³⁹.

Infine, merita una breve analisi, volta a precisare le conclusioni sopra raggiunte, il profilo passivo della rappresentanza processuale.

Si è detto che la rappresentanza processuale segue quella sostanziale. Allo stesso modo deve dirsi della rappresentanza processuale passiva che segue quella attiva, infatti, la prima viene generalmente configurata come una situazione che si accompagna alla seconda con cui condivide limiti ed estensione. Ciò in considerazione della mancanza di autonomia di tale profilo processuale e della necessità dei terzi di individuare agevolmente i soggetti abilitati a ricevere le dichiarazioni.

In particolare nel caso di specie, ove c'è da tutelare l'interesse dei terzi a potenzialmente all'atto cui si riferisce, o su documento informatico separato sottoscritto con firma digitale e congiunto all'atto cui si riferisce mediante strumenti informatici, individuati con apposito decreto del Ministero della giustizia. Se la procura alle liti è stata conferita su supporto cartaceo, il difensore che si costituisce attraverso strumenti telematici ne trasmette la copia informatica autenticata con firma digitale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e trasmessi in via telematica.

La procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo, quando nell'atto non è espressa volontà diversa

⁷³⁷ Così M. FRANZONI, (nt. 193), 229.

⁷³⁸ *Ibidem*, 230.

⁷³⁹ *Ibidem*.

ter interagire correttamente con la società, la dottrina maggioritaria conviene per l'applicazione dell'art. 2384 del codice. Le conseguenze sono quelle già esplicate per quanto riguarda la rappresentanza processuale attiva: legittimazione generale e inderogabile dei rappresentanti istituzionali e l'inopponibilità nei confronti dei terzi delle limitazioni della rappresentanza passiva poste nello statuto o da una decisione degli organi competenti.

È d'uopo fatto notare però un'importante eccezione: si ritiene che nell'ipotesi della rappresentanza congiuntiva, ogni amministratore sia legittimamente autorizzato a ricevere *disgiuntamente* le dichiarazioni delle controparti, posto che in questo caso, da un lato, non c'è l'esigenza di evitare iniziative personali dei rappresentanti mentre, dall'altro, prevedere il contrario graverebbe il terzo di un onere di notificazioni inaccettabile.

5.6 La procura generale

Prima di concludere l'analisi circa le modalità con cui la rappresentanza della società si configura è necessaria l'analisi concernente la possibilità o meno di conferire delle procure generali *ad negotia*.

Si tratta di un argomento *spurio*, che non si limita al mero profilo rappresentativo, dal momento che investe questioni che riguardano anche il potere di gestione.

È pacifica, per la società, al fine di un'efficiente organizzazione dell'impresa, la possibilità di ricorrere a forme di rappresentanza di tipo negoziale avvalendosi dell'attività di procuratori i quali agiranno in nome e per conto della società così da poter compiere una serie più o meno ampia di atti⁷⁴⁰. Così, infatti, come è possibile per gli amministratori conferire procure alle liti senza un'espressa previsione statutaria o senza un'autorizzazione assembleare, lo stesso deve valere per le procure speciali *ad negotia*⁷⁴¹.

È pacifica, anche, la possibilità che tali procure vengano conferite a soggetti che, non appartenendo all'organizzazione societaria come gli institori *ex art.* 2203 e

⁷⁴⁰Così G. D. MOSCO, (nt. 158), 614.

⁷⁴¹Così M. FRANZONI, (nt. 193), 240.

ss⁷⁴² e i direttori generali *ex art.* 2496 c.c.⁷⁴³, sono dipendenti della società ovvero veri e propri *estranei*. Va immediatamente precisato che tali necessità di efficienza dell'attività di impresa, consentendo la possibilità di conferire una vera e propria delega *esterna*, non legittimano che tale conferimento possa considerarsi alla stregua dell'art. 2381.2 c.c.⁷⁴⁴, nemmeno nel caso in cui fosse conferita ad un dipendente.

Per quanto riguarda quest'ultimo caso si ritiene che la collaborazione che il lavoratore presta ai sensi dell'art. 2094 c.c.⁷⁴⁵ consenta al datore di lavoro di formulare richieste tali da poter soddisfare le esigenze dell'impresa; tuttavia, ci è fatto notare, come il rapporto di gestione che, nel caso di specie, intercorre tra gli amministratori ed il dipendente è assorbito nella causa negoziale del contratto di lavoro subordinato. In particolare, le richieste che il datore di lavoro è legittimato a fare, nel rispetto delle norme in tema di diritto del lavoro, sarebbero da ricondursi al rapporto di lavoro stesso⁷⁴⁶.

Il problema reale è quello che riguarda la possibilità o meno di conferire delle procure generali. Arrivati a questo punto dell'analisi dell'istituto si comprendono facilmente le motivazioni che spingono la giurisprudenza a vedere con molta diffidenza tali procure⁷⁴⁷ poiché spoglierebbero gli amministratori delle proprie competenze esclusive. Diffidenza comprensibile specie in quei casi in cui gli amministratori affidano ai terzi la completa direzione dell'attività sociale con una sostanziale abdicazione delle loro funzioni gestorie⁷⁴⁸.

Il gestore che ha conferito la procura generale continuerà ad essere sottoposto allo *statuto* dell'amministratore di s.p.a., quindi alle norme sulla eleggibilità, sull'incompatibilità e sulla decadenza degli amministratori⁷⁴⁹. L'impedimento principale

⁷⁴²Vedi nt. 121.

⁷⁴³Art. 2496 c.c. **Direttori generali**. Le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società.

⁷⁴⁴Vedi nt. 157.

⁷⁴⁵Art. 2094 c.c. **Prestatore di lavoro subordinato**. È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.

⁷⁴⁶Così D. LATELLA, *La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 127 ss.

⁷⁴⁷Così G. D. MOSCO, (nt. 158), 614.

⁷⁴⁸Così M. FRANZONI, (nt. 193), 240.

⁷⁴⁹*Ibidem*, 240 ss.

è quello che, in una struttura sociale tipizzata nell'interesse generale, non è possibile che l'attività degli amministratori sia delegata ad altri soggetti cosicché i gestori istituzionali possano semplicemente dequalificare la loro attività in una di mero controllo *a posteriori* degli atti compiuti dal procuratore⁷⁵⁰.

La dottrina appare più *liberale* ammettendo delle procure generali che non siano abdicative delle prerogative degli amministratori, in particolar modo a chi abbia un preciso ruolo dirigenziale nell'impresa, come l'istitutore, il direttore generale o il procuratore *ex art.* 2209 del codice⁷⁵¹⁷⁵².

A questo punto è necessario tracciare con maggiore certezza gli indici che permettono di *riconoscere* quali procure generali siano illegittime, in quanto esautoranti il potere di gestione degli amministratori, e quali no. La prospettiva dell'indagine si esplica come una verifica circa lo svuotamento o meno dei poteri amministrativi, che è possibile si configuri sia mediante il conferimento di una procura generale che attraverso procure speciali che attribuiscono poteri gestori molto ampi⁷⁵³.

La valutazione della compatibilità tra la procura generale e le norme che disciplinano l'amministrazione della società si fonda sull'oggetto della procura stessa.

Sicuramente è comprensibile che la delega riguardi porzioni molto ampie del potere di gestione, senza spingersi però alla definizione degli obiettivi globali dell'impresa⁷⁵⁴. Nemmeno procure che formalmente siano *speciali* ma che nella sostanza contengono una serie vastissima di atti rimessi al procuratore possono essere legittime. Si tratta, infatti, di una valutazione che attiene alla sostanza e non alla forma. Sarà una valutazione da farsi in concreto, essendoci sì degli indici che facilitano la valutazione stessa, ma non dei canoni positivi definiti.

La dottrina si serve del criterio ermeneutico di cui all'art. 1362 c.c.⁷⁵⁵ per

⁷⁵⁰ *Ibidem*, 241.

⁷⁵¹ Art. 2209 c.c. **Procuratori**. Le disposizioni degli articoli 2206 e 2207 si applicano anche ai procuratori, i quali, in base a un rapporto continuativo, abbiano il potere di compiere per l'imprenditore gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa, pur non essendo preposti ad esso.

⁷⁵² Così G. D. MOSCO, (nt. 158), 614.

⁷⁵³ Così D. LATELLA, (nt. 746), 136.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, 128.

⁷⁵⁵ Art. 1362 c.c. **Intenzione dei contraenti**. Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole.

Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto.

riconoscere gli indici che possono o meno legittimare la procura generale. “Soprattutto nei contratti *di durata*, ovvero ad esecuzione differita, avviene infatti che le modalità di attuazione del rapporto gettino luce sul significato del programma negoziale, precisandone «in concreto» la causa. Il comportamento tenuto dal procuratore generale, e tollerato dagli amministratori, può quindi condurre a qualificare come *concretamente abdicativa* una procura di incerta portata”⁷⁵⁶.

Ovviamente, non potranno essere conferiti quei poteri organizzativi che sono di esplicita competenza degli amministratori quali, ad esempio: la cooptazione degli amministratori venuti meno *ex art. 2386 c.c.*⁷⁵⁷, la convocazione dell’assemblea *ex art. 2366 c.c.*⁷⁵⁸ e così via.

Secondo la dottrina maggioritaria la *modalità negoziale* a cui deve farsi riferimento è quella del mandato *ex art. 1703 e ss. del codice*⁷⁵⁹. Si tratterà di derogare alle norme che disciplinano tale contratto in modo tale da avere una disciplina che, avendo come base il mandato, rispetti le prerogative e i doveri degli amministratori previsti dalla legge. In particolare, l’art. 1723 c.c.⁷⁶⁰, che ai commi primo e secondo ammette la possibilità di rinunciare convenzionalmente alla facoltà di revoca e che la stessa può costituire un elemento funzionale del contratto, è incompatibile con la procura che qui si vuol descrivere⁷⁶¹.

Ancora, non è accettabile un regolamento contrattuale che preveda una rinuncia preventiva del mandante al compimento degli atti oggetto della procura, ovvero una rinuncia all’istruzione e al controllo dell’attività del mandatario *ex art. 1711 del codice*⁷⁶². Illegittima è da ritenersi anche una clausola che liberi preventivamen-

⁷⁵⁶Così D. LATELLA, (nt. 746), 137.

⁷⁵⁷Vedi ntt. 223 e 305.

⁷⁵⁸Vedi nt. 222.

⁷⁵⁹Art 1703 c.c. **Nozione.** Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell’altra.

⁷⁶⁰Art. 1723 c.c. **Revocabilità del mandato.** Il mandante può revocare il mandato; ma, se era stata pattuita l’irrevocabilità, risponde dei danni, salvo ricorra una giusta causa.

Il mandato conferito anche nell’interesse del mandatario o di terzi non si estingue per revoca da parte del mandante, salvo che sia diversamente stabilito o ricorra una giusta causa di revoca; non si estingue per la morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante.

⁷⁶¹Così D. LATELLA, (nt. 746), 139; conforme M. FRANZONI, (nt. 193), 241.

⁷⁶²Art. 1711 c.c. **Limiti del mandato.** Il mandatario non può eccedere i limiti fissati nel mandato. L’atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario, se il mandante non lo ratifica.

Il mandatario può discostarsi dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al mandante, e tali

te il mandatario dal rendiconto *ex art.* 1713 del codice⁷⁶³, così come quella che ratificherebbe preventivamente qualsiasi atto compiuto⁷⁶⁴.

A questo punto i due requisiti primari che consentono il conferimento di una procura generale sono più chiari; infatti, da un lato, deve essere mantenuto in capo agli amministratori il potere di direzione strategica dell'impresa e, dall'altro, è necessaria l'insussistenza di determinate deroghe convenzionali al modello contrattuale di *default* del mandato.

Un Autorevole commentatore delle tematiche in esame ha notato che la conseguenza di tale impostazione sarebbe che la validità della procura generale dipende da quella del mandato, accertata secondo i canoni descritti. Quindi, l'individuazione del collegamento causale tra la procura e il mandato consente di valutare l'eventuale nullità delle clausole contenute nella procura "alla luce del rapporto giustificativo considerato nel suo complesso; con la conseguenza che quest'ultimo potrebbe essere conservato, menomandolo soltanto del suo contenuto illegale (art. 1419, comma 1, c.c.⁷⁶⁵), piuttosto che radicalmente eliminato"⁷⁶⁶.

Va rilevato che sono state mosse delle obiezioni a tale impostazione; infatti, in concreto, le deleghe attribuibili ad un direttore generale possono assumere un contenuto tale da rendere il consiglio mero controllore dell'attività svolta dal direttore, stessa cosa dicasi nel caso di nomina di un institore⁷⁶⁷. Tale rilievo è coerente, ma va precisato che in ogni caso la funzione amministrativa deve essere imputata agli amministratori, nonostante la delega e, per quanto possibile, deve sussistere un controllo sull'attività posta in essere dal delegato, che deve andare oltre l'obbligo di

che non possono essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione.

⁷⁶³Art. 1713 c.c. **Obbligo di rendiconto.** Il mandatario deve rendere al mandante il conto del suo operato e rimettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato.

La dispensa preventiva dall'obbligo di rendiconto non ha effetto nei casi in cui il mandatario deve rispondere per dolo o colpa grave.

⁷⁶⁴Così D. LATELLA, (nt. 746), 141; conforme M. FRANZONI, (nt. 193), 241.

⁷⁶⁵Art. 1419 c.c. **Nullità parziale.** La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono costituite di diritto da norme imperative.

⁷⁶⁶Così D. LATELLA, (nt. 746), 142.

⁷⁶⁷Così M. FRANZONI, (nt. 193), 241 ss.

rendiconto del mandatario. A questo punto, prosegue la critica, questo *ulteriore* requisito (o critica che dir si voglia) porta a ritenere che di fatto una delega generale può essere considerata legittima solo nel caso in cui il terzo, che viene investito di tale procura, appartenga all'organizzazione dell'impresa, corrisponda alle figure tipiche del direttore generale e dell'istitutore con conseguente applicazione del relativo statuto. La conclusione sarebbe che la figura del procuratore generale è compatibile con l'amministrazione della società solo nel caso in cui la figura di questi sia riconducibile alle figure tipiche degli ausiliari dell'imprenditore, per i quali la rappresentanza legale è collegata al potere gestorio loro affidato dalla legge⁷⁶⁸.

Tale obiezione, ad avviso di chi scrive, appare fondata. In effetti, è difficile comprendere una *nuova* figura di *dirigente* che di nuovo ha ben poco viste le figure dell'istitutore e del direttore generale le quali sembrerebbero assicurare, già da sole, il rispetto della non abdicazione e della non esautorazione del ruolo dell'amministratore.

Per quanto riguarda il rapporto con i terzi sembrerebbe dover prevalere la disciplina della rappresentanza di diritto comune, in particolare l'art. 1398 c.c.⁷⁶⁹ relativo alla rappresentanza senza potere, essendo l'atto posto in essere dal *falsus procurator* inefficace⁷⁷⁰. Ancora è da ritenersi pienamente compatibile la successiva norma, quella dettata dall'art. 1399 c.c.⁷⁷¹, in ordine alla ratifica.

Per quanto riguarda infine gli oneri dei terzi si conviene che questi si considereranno assolti una volta che i contraenti, esaminata la procura a norma dell'art. 1393 c.c.⁷⁷², “abbiano verificato che essa non presenta un evidente carattere abdicativo. Inoltre, là dove essi riconoscano che una delle clausole convenute possiede portata abdicativa (ad esempio, quella che prevede l'irrevocabilità), sembrerebbe più corretto che il rischio della successiva (eventuale) estensione della nullità parziale all'intero contratto ricada sul terzo medesimo; in tal caso, infatti, l'inescusabilità del suo errore lo sottrarrebbe alla protezione fornita dai principi sull'apparenza del diritto”⁷⁷³.

⁷⁶⁸ *Ibidem.*

⁷⁶⁹ Vedi nt. 98.

⁷⁷⁰ Così D. LATELLA, (nt. 746), 144.

⁷⁷¹ Vedi nt. 100.

⁷⁷² Vedi nt. 85.

⁷⁷³ Così D. LATELLA, (nt. 746), 145 ss.

Si tratta di oneri piuttosto gravosi, quasi inaccettabili per un terzo che contratta con la società, tuttavia ritengo che, posto che le norme che disciplinano l'inopponibilità nei confronti dei terzi dei limiti ai poteri degli amministratori sono concepite per la rappresentanza istituzionale delle società, non debba riscontrarsi un contrasto tra tali oneri e la *ratio* dell'art. 2384 del codice, proprio per la diversa natura che caratterizza le due figure.

Capitolo 6

Il conflitto di interessi del rappresentante

Indice

6.1	Il conflitto di interessi dell'amministratore: le fattispecie . . .	205
6.2	Le norme che disciplinano le ipotesi <i>de quibus</i>	208
6.2.1	Gli artt. 1394 e 1395 del codice civile	210
6.2.2	Il campo di applicazione dell'art. 2391 del codice civile	216
6.3	L'opponibilità al terzo del conflitto di interessi del rappresen- tante	219

6.1 Il conflitto di interessi dell'amministratore: le fattispecie

Merita una nuova e separata analisi l'ipotesi dell'atto posto in essere dal rappresentante della società che, agendo in conflitto di interessi ovvero non rispettando le prescrizioni di cui all'art. 2391 c.c.⁷⁷⁴, impegni giuridicamente la società. È interessante notare come, sebbene lo studio che qui ci si impegna a svolgere abbia avuto come norma fondamentale l'art. 2384 c.c., in tale ultima problematica, questa norma non assumerà valore preponderante, dal momento che il legislatore, posta la delicatezza del caso di specie, ha separatamente regolato la questione dal tema della rappresentanza istituzionale della società⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴Vedi nt. 88.

⁷⁷⁵Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 14), 678.

Si è in precedenza accennato al fatto che l'ipotesi del conflitto di interessi del rappresentante costituisca una delle problematiche più diffuse per quanto riguarda le controversie all'interno delle società, da qui, la necessità a cui dottrina e giurisprudenza hanno cercato di rispondere e che qui si cercherà di descrivere:

- l'individuazione delle ipotesi che, secondo la dottrina maggioritaria, rientrano nella fattispecie di conflitto di interessi;

- l'individuazione delle norme che vanno applicate al caso di specie e, in particolare, i motivi che sottendono tale scelta;

- l'individuazione del danno e del regime di opponibilità dell'illecito *de quo*.

Abbiamo detto che si tratta di una delle ipotesi più frequenti di illecito compiuto dagli amministratori, infatti, siamo in presenza di comportamenti piuttosto "comuni" che, come vedremo, anche per la gravità del fatto, meritano una regime giuridico a parte. In particolare, sebbene vi siano ancora oggi dei contrasti in dottrina, si deve preferire l'idea che vede in tale illecito una figura specifica, che, discostandosi dalla previsione di cui all'art. 2384 c.c., necessita di una "nuova" descrizione del fatto di comportamento assunto in conflitto di interessi, delle "nuove" norme a cui nello scritto in questione non si è fatto riferimento e, infine, la descrizione del danno e del rapporto tra l'illecito dell'amministratore e il terzo che con questi ha contrattato.

Per quanto riguarda il primo punto, al fine di delineare entro quali limiti si possa parlare di conflitto di interessi, occorre che si elenchino brevemente i casi che possono rientrare nell'illecito *de quo*:

1. amministratore unico in conflitto di interessi; si tratta dell'ipotesi in cui l'amministrazione della società non spetta ad un organo in composizione collegiale, ma ad un unico soggetto, l'amministratore, che, disponendo ovviamente anche del potere di rappresentanza della società, pone in essere un atto in conflitto di interessi;
2. amministratore delegato in conflitto di interessi; in questo caso l'amministrazione della società è attribuita collegialmente al consiglio di amministrazione, sebbene vi sia la presenza di un amministratore delegato. Non è questa la sede in cui trattare le deleghe dell'amministratore, – questione che peraltro è stata incidentalmente descritta nel Cap. 4 – ma, l'aspetto che qui rileva, è

quello relativo al delegato che, agendo sulla base dei poteri a lui conferiti ed essendo, come normalmente accade in questi casi, titolare anche del potere di rappresentanza della società, impegna la stessa ponendo in essere un atto in conflitto di interessi;

3. amministratore senza deleghe, ma munito del potere di rappresentanza; in questo caso si tratta di un amministratore a cui non sono attribuiti poteri gestori, ma solo quelli rappresentativi; potrà trattarsi, come spesso accade nelle società, del presidente del consiglio di amministrazione, ovvero del suo vice nel caso in cui il presidente fosse impossibilitato; in ogni caso è un amministratore che pone in essere in nome e per conto della società un atto in conflitto di interessi con la stessa;
4. amministratore munito del potere di rappresentanza che agisce in ottemperanza di una deliberazione del consiglio di amministrazione; in questo caso può trattarsi sia di un amministratore delegato che di un consigliere senza deleghe, comunque, in entrambe le eventualità, l'amministratore deve avere la rappresentanza della società e deve agire nel rispetto di una deliberazione del consiglio, tuttavia, il rappresentante si trova, anche in tal caso, in conflitto di interessi con la società;
5. amministratore munito del potere di rappresentanza che agisce in ottemperanza di una deliberazione del consiglio di amministrazione a cui deve dare esecuzione senza possibilità di definire il contenuto dell'atto; è possibile che il consiglio deliberi in modo netto e specifico gli elementi dell'atto che il rappresentante deve porre in essere in nome e per conto della società. In tal caso, l'amministratore non ha campo di azione (vedremo che non è così) e deve limitarsi ad eseguire "l'ordine" del consiglio; è possibile, però, che, sebbene l'amministratore agisca non in conflitto di interessi, la deliberazione con cui il rappresentante è stato chiamato ad agire, non rispetta il procedimento di cui all'art. 2391 del codice.

A questo punto in cui le fattispecie ipotetiche sono descritte è necessario ora procedere all'individuazione delle norme che le regoleranno, compito tutt'altro che banale posto anche l'acceso dibattito dottrinario che, dopo quarant'anni, non pare ancora essersi definitivamente concluso.

6.2 Le norme che disciplinano le ipotesi *de quibus*

Come anticipato, si tratta di identificare la norma, ovvero le norme, che devono trovare applicazione nei casi sopra descritti. Quelle che qui interessano sono:

- l'art. 2391 c.c.⁷⁷⁶, intitolato “interessi degli amministratori” che disciplina il procedimento deliberativo che deve trovare applicazione nel caso in cui vi sia un amministratore che abbia un interesse in una determinata operazione della società;
- gli artt. 1394 c.c.⁷⁷⁷ e 1395 c.c.⁷⁷⁸, intitolati rispettivamente “conflitto di interessi” e “contratto concluso con se stesso” che disciplinano le ipotesi di contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato.

Evidentemente sarà necessario scegliere, nei vari casi, quali norme applicare, il tutto, come se non bastasse, nel rispetto e sotto l'influenza dell'art. 2384 c.c.⁷⁷⁹ e, in generale, dello spirito della riforma del 2003.

Purtroppo o per fortuna, si tratta di decisioni di non poco conto, posto che la scelta dell'una o dell'altra soluzione comporta conseguenze non del tutto irrilevanti, derivanti dalle differenze che sussistono tra l'art. 2391 c.c. ed il combinato disposto dagli artt. 1394 e 1395 c.c. e che è qui d'obbligo descrivere.

L'art. 2391 c.c. dispone al terzo comma che nel caso dell'inosservanza del procedimento deliberativo che la stessa norma disciplina, la deliberazione viziata può essere impugnata entro novanta giorni dalla sua adozione. Si tratta di un termine decisamente inferiore rispetto a quello che, nel rispetto della disposizione generale di cui all'art. 1442 c.c.⁷⁸⁰ che non può trovare deroga, si ha nel caso dell'art. 1394 del codice.

Sempre nell'ambito della durata del termine, va sottolineato come nel secondo

⁷⁷⁶Vedi nt. 88.

⁷⁷⁷Vedi nt. 86.

⁷⁷⁸Vedi nt. 87.

⁷⁷⁹Così M. FRANZONI, (nt. 194), 234.

⁷⁸⁰Art. 1442 c.c. **Prescrizione**. L'azione di annullamento si prescrive in cinque anni.

Quando l'annullabilità dipende da vizio del consenso o da incapacità legale, il termine decorre dal giorno in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l'errore o il dolo, è cessato lo stato d'interdizione o di inabilitazione, ovvero il minore ha raggiunto la maggiore età.

Negli altri casi il termine decorre dal giorno della conclusione del contratto.

L'annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, anche se è prescritta l'azione per farla valere.

caso si tratti di un termine di prescrizione, mentre, nel primo, di decadenza e, come il più Autorevole Commentatore della problematica che qui si narra ci ha fatto notare, solo quando si ritenga di applicare l'art. 1394 c.c. "sarà possibile, pur dopo la scadenza del termine, invocare l'art. 1442, ult. comma, cod. civ., e quindi l'applicazione del noto principio *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*; a tale principio invece non sarà possibile fare ricorso nel caso in cui ci si riferisca all'art. 2391 cod. civ., per cui decorso inutilmente il termine di tre mesi la società sarà priva di ogni azione nei confronti del terzo, e, ferma l'impegnatività per essa dell'atto compiuto dall'amministratore in conflitto di interessi, avrà soltanto la possibilità (che non credo pregiudicata dalla ormai definitiva inimpugnabilità dell'atto lesivo) di farne valere la responsabilità"⁷⁸¹.

Altra differenza di non poco conto riguarda i legittimati ad agire: nel caso dell'art. 2391 c.c. si tratta degli amministratori che non hanno consentito con il proprio voto l'adozione della deliberazione nel caso in cui gli obblighi di informazione di cui al primo comma del medesimo articolo siano stati rispettati, ovvero, qualora questi fossero stati inosservati, la legittimazione spetta a tutti gli amministratori ed al collegio sindacale; nel caso invece dell'art. 1394 c.c. la legittimazione spetterà al rappresentato, e quindi alla società nel rispetto delle norme statutarie⁷⁸² con la conseguenza di una non indifferente differenza del regime non solo processuale, ma anche sostanziale, posto che nel primo caso i soci mai avranno di che decidere in ordine alla promozione dell'azione.

Infine, le due norme fanno riferimento a degli stati soggettivi del terzo non pienamente equivalenti: l'art. 2391 c.c. al secondo periodo del terzo comma fa salvi i diritti dei terzi acquistati in buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione; l'art. 1394 c.c., invece, pone come requisito per l'annullamento del negozio la conoscenza o la riconoscibilità in capo al terzo del conflitto di interessi. Nel paragrafo 4.2.8 si è dato ampio risalto agli stati soggettivi a cui la legge fa riferimento e, per questi motivi, al fine di un'analisi più completa del punto, si rinvia a quella sede e alla sezione 6.3.

Chiarite le norme che possono interessarci, è necessario comprendere quali, tra

⁷⁸¹Così C. ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 106.

⁷⁸²*Ibidem*, 107.

queste, devono trovare applicazione.

6.2.1 Gli artt. 1394 e 1395 del codice civile

Va immediatamente premesso che fortunatamente l'applicazione del combinato delle due norme in esame non è posto più in discussione dalla dottrina più recente. La rilevanza delle due norme nel caso di specie appare ormai indiscussa, tuttavia, data la *caratura* dei critici, ritengo opportuno che sia data rilevanza anche all'orientamento minoritario: si è sostenuto come la disciplina del conflitto di interessi della rappresentanza di diritto comune non debba trovare applicazione dal momento che l'art. 1394 c.c. sarebbe incompatibile con l'art. 2384 del codice. L'affermazione secondo cui la disciplina delle società per azioni non può derogare quella generale della rappresentanza – almeno in tale ambito – deriverebbe dal diverso grado di tutela garantito dall'art. 1394 c.c. rispetto all'art. 2384 c.c., il quale, fornirebbe una regola di portata tendenzialmente generale, estendibile ad ogni ipotesi di azione rappresentativa contraria agli obblighi di comportamento dell'agente⁷⁸³. Vi sarebbe un contrasto con la “chiara tendenza del legislatore a privilegiare gli interessi dei terzi, anche in deroga ai principi regolatori della rappresentanza di diritto comune, tutte le volte in cui interessi di terzi si contrappongono ad interessi aggregati organizzati”⁷⁸⁴.

La dottrina qui in esame escludeva che tali considerazioni potessero valere per l'art. 1395 c.c. dal momento che in questo caso non sono in gioco interessi dei terzi contraenti. In ogni caso, prosegue lo stesso Autore, sostenendo che l'applicazione dell'art. 1394 c.c. stravolgerebbe in senso sfavorevole nei confronti dei terzi, il rapporto tra conflitto ed eccesso di potere che caratterizza l'istituto di parte generale secondo cui i terzi sono più tutelati rispetto al conflitto di quanto non lo siano rispetto all'eccesso o al difetto di rappresentanza, principio che non deve variare nella materia degli aggregati organizzati⁷⁸⁵.

Tali asserzioni, come anticipato, sono respinte dagli orientamenti più recenti e maggioritari:

⁷⁸³Così P. ABBADESSA, (nt. 131), 145 ss.

⁷⁸⁴Così V. E. RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, Giuffrè, Milano, 1992, 252 ss.

⁷⁸⁵*Ibidem*.

secondo i critici, l'applicazione dell'art. 2384.2 c.c. deve essere esclusa "riconoscendo al divieto di agire in conflitto di interessi la natura di limite legale del potere rappresentativo, come tale sottratto all'ambito di applicazione della norma citata che rimane circoscritto alle limitazioni che abbiano la propria fonte nell'autonomia privata"⁷⁸⁶;

il fatto che non si parli più nel nuovo art. 2391 c.c. di conflitto di interessi e che l'applicazione della norma di cui all'art. 1394 c.c. sia esplicitamente prevista per le società a responsabilità limitata dall'art. 2475-ter c.c.⁷⁸⁷, non significa che le conseguenze dell'atto posto in essere dall'amministratore in conflitto di interessi debbano ricadere nella disciplina dell'art. 2384.2 del codice⁷⁸⁸;

inoltre, come si è in precedenza affermato in un ambito differente, la tutela che il legislatore appresta al soggetto che entra in contatto con l'ente non è assoluta, tanto che nemmeno il regime più stringente di cui all'art. 2384.2 c.c. fa, in senso assoluto e senza riserve, salvi i diritti dei terzi⁷⁸⁹;

ancora, "mentre, però, l'art. 2384, comma 2, si riferisce ad ipotesi di *eccesso di potere*, la cui opponibilità ai terzi incontra un ostacolo insuperabile (salvo il caso di abuso da parte del terzo) nella conformazione inderogabile che si è inteso dare al contenuto della rappresentanza sociale, l'art. 1394 regola, invece, un'ipotesi di *abuso di potere* rispetto al quale l'inderogabilità del contenuto della rappresentanza è del tutto irrilevante"⁷⁹⁰. Poiché le due norme disciplinano due vizi qualitativamente diversi, non risulta possibile un confronto tra i due gradi di tutela offerti dalle stesse.

Non sarebbe chiaro poi, in base a quali criteri *formali* si possa formulare un giudizio di incompatibilità tra le due norme: infatti, essendo le stesse in parità gerarchica, dovrebbero essere i criteri della specialità e della successione delle norme nel tempo a stabilire, in un ipotetico conflitto, quale deve prevalere. Tuttavia, non è possibile parlare di abrogazione implicita *ex art. 15 disp. prel.*⁷⁹¹, poiché, come

⁷⁸⁶Così V. CALANDRA BUONAURA - A. L. BONAFINI, (nt. 455), 42.

⁷⁸⁷Vedi nt. 89.

⁷⁸⁸Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 678.

⁷⁸⁹Così L. ENRIQUES, *L'opponibilità ai terzi del conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, II, 1999, 274.

⁷⁹⁰Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 174.

⁷⁹¹Art. 15 Preleggi **Abrogazione delle leggi**. Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore.

appena detto, le due norme disciplinano due diversi vizi, quindi, non può sussistere un'abrogazione tacita dell'una in favore dell'altra⁷⁹².

Un orientamento ancora più minoritario di quello appena descritto prevede che, al fine di avere una unitarietà disciplinare in ordine al trattamento del socio e del terzo, si debba escludere l'applicazione dell'art. 1394 c.c. alle società dal momento che la sua rilevanza – con tutte le conseguenze – dipenderebbe dall'adozione o meno di un'amministrazione collegiale, decisione che spetta alla società. La conseguenza sarebbe che dovrebbe trovare applicazione, anche nei casi supposti essere disciplinati dall'art. 1394 c.c., l'art. 2391 del codice⁷⁹³. Tale orientamento è da respingere poiché, riconosciuto lo sforzo dell'Autore di portare unitarietà all'interno dei vizi *de quibus*, da un lato, non è riconoscibile all'art. 2391 c.c. la portata unificante che l'Autore vuole attribuirgli e, dall'altro, la difformità di tutela è solo apparente, “in quanto nel caso di atto compiuto a seguito di delibera l'apparato rimediabile [...] è affiancato dalle maggiori garanzie di oculatezza e ponderazione che sono offerte dal metodo collegiale che dovrebbero ridurre i rischi di comportamenti conflittuali con l'interesse della società”⁷⁹⁴.

Escluse le ipotesi che prevedono la non applicazione dell'art. 1394 c.c. al caso dell'amministratore in conflitto di interessi con la società e, viceversa, preso atto che la Dottrina maggioritaria propende per l'ipotesi contraria⁷⁹⁵, è necessario comprendere in che modo la norma di parte generale si conformi alla rappresentanza istituzionale della società per azioni.

Risulta importante una premessa: sebbene la novella abbia fortemente riformato il conflitto in seno al consiglio di amministrazione attraverso la riforma dell'art. 2391 c.c.⁷⁹⁶, lo stesso non può dirsi in merito alle regole che disciplinano il caso in cui il conflitto si configuri durante il compimento dell'atto, quindi, continuano ad

⁷⁹²Così L. ENRIQUES, (nt. 789), 274 ss.

⁷⁹³Così A. BELLACOSA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore unico di società per azioni e l'art. 2391 c.c.*, in *Giur. comm.*, II, 1997, 148.

⁷⁹⁴Così A. GARGARELLA MARTELLI, *Il contratto concluso dall'amministratore di s.p.a.: conflitto di interessi e potere di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, II, 2007, 608.

⁷⁹⁵Così L. ENRIQUES - A. POMELLI, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 774; conforme V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 678; C. MALBERTI, (nt. 6), 213; V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 172; C. ANGELICI, (nt. 781), 112; L. ENRIQUES, (nt. 789), 268 ss.; A. GARGARELLA MARTELLI, (nt. 794), 607; A. TOFFOLETTO, (nt. 406), 226; E. ALEMAGNA, (nt. 81), 292.

⁷⁹⁶Vedi nt. 88.

avere rilevanza gli orientamenti meno recenti, in particolare quelli *ante* riforma⁷⁹⁷. Tale aspetto è confermato anche dalla Relazione 6.III.3. la quale espressamente afferma: «Resta ovviamente salva, come da dottrina prevalente e giurisprudenza da tempo consolidata, l'applicazione della disciplina generale dell'art. 1394 in tema di conflitto di interessi del rappresentante nell'ipotesi in cui l'attività dell'amministratore non sia preceduta da una deliberazione collegiale, come può avvenire in caso di amministratore unico o di amministratore delegato con poteri di rappresentanza».

Il primo elemento che ritengo sia necessario sottolineare concerne, come anticipato, la natura legale della limitazione di cui all'art. 1394 c.c., infatti, secondo un'autorevole Dottrina "sono [...] pienamente opponibili ai terzi quei vincoli che derivano direttamente dalla legge, quali ad esempio il divieto di concludere contratti in conflitto di interessi"⁷⁹⁸.

A parere di chi scrive, è doveroso sottolineare tale aspetto poiché, qualificare il limite di cui all'art. 1394 c.c. come *legale* significa, come si è ampiamente dimostrato, escludere l'applicazione dell'art. 2384.2 c.c. al caso dell'amministratore che compie un atto in conflitto di interessi con la società. Tale interpretazione – ed in questo modo si intendere chiudere il cerchio in ordine all'applicazione dell'art. 1394 c.c. – ha trovato conferma anche dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea che nel caso *Coöperative Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA c. Minderhoud*⁷⁹⁹, ritenendo compatibile la disciplina olandese con la prima direttiva, ha statuito che il regime di opponibilità ai terzi degli atti compiuti da membri degli organi sociali in situazione di conflitto di interessi "esula dal contesto normativo della prima direttiva, e rientra nella competenza del giudice nazionale" e che il paragrafo in questione non è inteso "a coordinare le normative nazionali applicabili" a tali ipotesi⁸⁰⁰. Ciò significa che la direttiva "nel tacere su questa materia, rimette la disciplina dell'opponibilità ai terzi del conflitto d'interessi dell'amministratore che rappresenta la società agli ordinamenti nazionali, che sono dunque liberi di stabilire se, ed eventualmente entro quali limiti, gli atti compiuti dall'amministratore in conflitto d'interessi siano efficaci

⁷⁹⁷Così V. CALANDRA BUONAURA - A. L. BONAFINI, (nt. 455), 42; conforme A. GARGARELLA MARTELLI, (nt. 794), 607; V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 678.

⁷⁹⁸Così G. PRESTI - M. RESCIGNO, (nt. 46), 482; conforme V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 678; V. CALANDRA BUONAURA - A. L. BONAFINI, (nt. 455), 42.

⁷⁹⁹Corte Giust. CE, 16 dicembre 1997, C-104/96, in *Giur. comm.*, II, 261.

⁸⁰⁰*Ibidem*.

nei confronti della società”⁸⁰¹.

Si è constatato come le alternative all’applicabilità dell’art. 1394 c.c. non siano percorribili, tuttavia, è necessario che si dimostri, l’aspetto positivo della questione, ossia che la norma in esame sia applicabile al caso di specie e, di conseguenza, delimitarne il campo di applicazione.

La dottrina pressoché unanime e, come a breve vedremo, la giurisprudenza della Suprema Corte, concordano pienamente nell’applicare le norme di cui agli art. 1394 e 1395 c.c. “per gli atti compiuti dal rappresentante in assenza di una precedente attività deliberativa del consiglio di amministrazione (o, comunque, dell’organo sociale competente) che abbia determinato il contenuto del negozio e, quindi, certamente nell’ipotesi di atti compiuti dall’amministratore unico, dall’amministratore delegato nell’ambito dei suoi poteri decisionali e dall’amministratore munito di rappresentanza, ma non del corrispondente potere decisionale, in assenza di una preventiva deliberazione dell’organo competente o in difformità da quanto da questo deliberato o per le parti del negozio lasciate alla sua determinazione discrezionale”⁸⁰².

In ordine, è possibile convenire che le disposizioni in esame si applichino nel caso dell’amministratore unico, poiché, in tal caso, sia il potere di gestione che il potere di rappresentanza convergono nel medesimo soggetto il quale, evidentemente, avrà deciso autonomamente di agire in conflitto di interessi con la società non sussistendo alcuna attività deliberativa in ordine all’atto posto in essere dallo stesso.

Simile è il caso dell’amministratore delegato munito del corrispettivo potere di rappresentanza, in tale ipotesi, infatti, il delegato agisce autonomamente ed *unilateralmente* essendo, come nel caso dell’amministratore unico, titolare sia del potere di gestione che del potere di rappresentanza sicché, il conflitto non può che sussistere in capo a questi.

Infine il caso dell’amministratore il quale difetta dei poteri di gestione, ma è titolare del potere di rappresentanza della società che pone in essere un atto in conflitto di interessi con la stessa. I motivi sono i medesimi: il soggetto abusa dei suoi poteri ponendo in essere degli atti in nome e per conto della società che contrastano con gli interessi di questa.

⁸⁰¹Così L. ENRIQUES, (nt. 789), 266.

⁸⁰²Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 14), 679.

Si è fatto cenno al caso dell'atto posto in essere dall'amministratore munito del potere di rappresentanza e non del potere di gestione che, ignorando le disposizioni contenute in una precedente deliberazione dell'organo competente, ovvero, per le parti del negozio lasciate al suo arbitrio, pone in essere un atto in conflitto di interessi con la società.

In effetti, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di legittimità propendono per tale interpretazione⁸⁰³, tuttavia è da notare come una Dottrina più che Autorevole propenda per l'ampliamento di tale applicazione fino a ricomprendere le ipotesi di un atto posto in essere a seguito di una deliberazione di un organo competente che non attribuisca alcun arbitrio al rappresentante. In particolare gli Autori ritengono che: "soluzione più coerente con il principio dell'irrelevanza all'esterno della dissociazione tra potere deliberativo e potere rappresentativo nonché con il divieto per l'amministratore di portare ad esecuzione deliberazioni contrarie all'interesse sociale, è quella per cui gli artt. 1394 e seguenti siano applicabili anche relativamente a quei profili del negozio che siano stati prefissati nella deliberazione"⁸⁰⁴. Fondano tale ipotesi sul fatto che l'amministratore rappresentante non avrebbe alcun obbligo di eseguire incondizionatamente la deliberazione invalida, bensì il potere-dovere di *ignorarla* se così facendo può attenuare le conseguenze dannose. La conclusione del negozio *ordinato* dal consiglio è posta in essere a seguito di una valutazione discrezionale che, secondo tale orientamento, è sufficiente a fondare un conflitto di interessi *ex art.* 1394 del codice⁸⁰⁵.

Tale orientamento, come anticipato è respinto dalla Dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza che confermano l'applicabilità *limitata* dell'art. 1394 del codice: per quanto riguarda la giurisprudenza una recente pronuncia della Suprema Corte ha stabilito che l'esistenza dell'organo amministrativo collegiale non è di ostacolo all'applicazione dell'art. 1394 poiché ciò che rileva non è la forma di gestione, collegiale o meno, che la società ha adottato, bensì la sussistenza o meno di una precedente attività deliberativa dell'organo stesso. Nel secondo caso, e sempre che non sia stata attribuita al rappresentante la facoltà di scegliere le modalità di esecuzione del negozio, ovvero, questi non abbia tenuto conto delle indicazioni consiliari,

⁸⁰³ *Ibidem*; conforme M. FRANZONI, (nt. 193), 235; conforme F. BONELLI, (nt. 139), 87.

⁸⁰⁴ Così L. ENRIQUES - A. POMELLI, (nt. 795), 775.

⁸⁰⁵ *Ibidem*; conforme L. ENRIQUES, (nt. 789), 278 ss.

si applicherà l'art. 2391 del codice⁸⁰⁶. Tale conclusione assicura, come sottolinea la Dottrina, “maggiori garanzie rispetto ai rimedi approntati dall'art. 2391 c.c. in virtù del più lungo termine per il valido esercizio dell'azione, nonché per la possibilità di dar corso alla regola *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, in base alla quale risulta possibile eccepire l'invalidità dell'atto in ogni tempo”⁸⁰⁷.

Prima di concludere sul punto, è doveroso riconoscere che ancor prima della sentenza testé citata e, soprattutto della riforma del 2003, alcuni Illustri Autori avevano già identificato questa strada⁸⁰⁸.

6.2.2 Il campo di applicazione dell'art. 2391 del codice civile

Come si è avuto modo di descrivere in precedenza, l'art. 2391 c.c.⁸⁰⁹ disciplina il procedimento deliberativo che è obbligatorio assumere nel caso in cui vi sia un amministratore che abbia un interesse in una data operazione della società. Delineato con nettezza il campo di applicazione degli artt. 1394 e 1395 c.c., risulta a questo punto doveroso comprendere le ipotesi che sottostanno – soltanto per i casi che interessano il rappresentante escludendo tutti gli altri che non hanno rilevanza nello studio dell'istituto della rappresentanza istituzionale – alle regole imposte dall'art. 2391 del codice.

Purtroppo l'analisi di questa disposizione, fin da prima della riforma delle società di capitali, ha suscitato in dottrina due orientamenti decisamente autorevoli dei quali non è facile comprendere quale debba prevalere.

Nel paragrafo precedente si è tentato di dimostrare come, tra i vari orientamenti, quello che bisogna preferirsi *propone* un campo di applicazione dell'art. 1394 c.c. non solo limitato all'amministratore unico, all'amministratore delegato titolare dei relativi poteri rappresentativi e all'amministratore rappresentante, ma concernente anche i casi in cui vi sia un'attività deliberativa che non venga rispettata dal rappresentante ovvero che, posta la facoltà di questi di decidere in ordine alla determinazione degli atti da svolgersi, agisca in conflitto di interessi. La conseguenza è che il conflitto tra la norma *de qua* e la rappresentanza istituzionale della società è

⁸⁰⁶Cass., 26 gennaio 2006, n. 1525, con nota di A. GARGARELLA MARTELLI, (nt. 794), 608 ss.

⁸⁰⁷*Ibidem*.

⁸⁰⁸Così C. ANGELICI, (nt. 781), 151 ss.; conforme V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 10), 172.

⁸⁰⁹Vedi nt. 88.

configurabile unicamente nel caso in cui l'amministrazione della società sia esercitata collegialmente⁸¹⁰.

L'orientamento maggioritario ritiene che l'art. 2391 c.c. debba trovare applicazione solamente nei casi in cui la delibera dell'organo competente sia prevista dalla legge, diversamente, il regime che dovrà trovare applicazione sarà quello previsto dal secondo comma dell'art. 2384 del codice⁸¹¹.

In particolare, secondo tale orientamento, l'art. 2391 c.c. deve avere questa limitata applicazione poiché, come si è preferito non prevedere una rilevanza esterna nel caso dell'art. 2388 c.c.⁸¹² nell'ipotesi delle limitazioni che derivano da una decisione degli organi competenti, se non nel caso in cui la competenza sia stabilita dalla legge, così anche nelle ipotesi di conflitto di interessi, la rilevanza esterna del vizio *ex art.* 2391 c.c. deve sussistere solo nel caso in cui la deliberazione sia presa in forza di una disposizione di legge che la imponga⁸¹³.

Ancora, "qualora sia la legge a richiedere un previa delibera collegiale, il terzo deve assumere le necessarie informazioni al momento della perfezione dell'atto, altrimenti si troverà nella pressoché impossibile condizione di offrire la prova liberatoria, in difetto di buona fede"⁸¹⁴.

Analogamente a ciò che si è previsto per l'art. 2388 c.c., anche in questo caso, nell'ipotesi in cui la deliberazione dell'organo sia stata presa in forza di una disposizione statutaria, il vizio, sebbene configurabile come conflitto di interessi, risulterà essere inopponibile ai terzi *ex art.* 2384.2 c.c., salvo l'*exceptio doli*⁸¹⁵.

Un diverso orientamento, minoritario, ma, secondo il modesto parere di chi scrive, autorevole almeno quanto il primo, respinge tale assetto:

secondo il Commentatore questa interpretazione non ha colto la peculiarità della disciplina che regola il fenomeno degli interessi degli amministratori e non motiva abbastanza le ragioni che giustificano il mantenimento della norma in esame che, intesa nel senso dell'orientamento che si critica, risulterebbe pleonastica e ripetitiva

⁸¹⁰Così C. MALBERTI, (nt. 6), 213.

⁸¹¹Così L. ENRIQUES - A. POMELLI, (nt. 795), 772; conforme C. MALBERTI, (nt. 6), 214 ss.; M. FRANZONI, (nt. 193), 234 ss.

⁸¹²Vedi nt. 577.

⁸¹³Così L. ENRIQUES - A. POMELLI, (nt. 795), 772.

⁸¹⁴Così M. FRANZONI, (nt. 193), 235.

⁸¹⁵Così L. ENRIQUES - A. POMELLI, (nt. 795), 772.

della norma di cui all'art. 2388 del codice. Ancora, tale assetto produrrebbe un indebolimento della disciplina del conflitto di interessi rispetto a quella *ante* riforma contrariamente alla volontà del legislatore che invece ha voluto rafforzarla⁸¹⁶.

In effetti, gli argomenti su cui il Commentatore ha inteso fare leva non sembrerebbero irrilevanti: non si comprende come la riscrittura di un istituto e della norma ad esso correlata da un lato, debba essere ripetitiva di un'altra norma e, dall'altro, avere un campo di applicazione così ristretto. Inoltre, prosegue il Critico, il conflitto di interessi del rappresentante costituisce una delle ipotesi di abuso degli amministratori, non dimenticandosi che spesso si agisce d'*intesa* con il terzo, che necessiterebbe di una disciplina più severa, con la conseguenza che “anche dopo la riforma, la società [...] *debba poter* opporre ai terzi di mala fede l'invalidità di qualunque delibera dell'organo collegiale amministrativo competente che risulti viziata per l'inosservanza delle prescrizioni di cui all'art. 2391”⁸¹⁷ (corsivo mio).

Anche in questa circostanza, purtroppo, per i medesimi motivi che ben conosciamo e di cui si è discusso in precedenza, non è ancora ravvisabile una pronuncia della Suprema Corte che possa aiutare nella decisione in ordine a quale orientamento debba prevalere.

Ritengo che il primo orientamento abbia il merito di proporre una soluzione che risulta essere più semplice, poiché unifica le *discipline* dei vizi delle deliberazioni. Tuttavia, penso che l'orientamento minoritario sia da preferire dal momento che, da un lato, non si comprendono i motivi di una riforma che abbia riscritto una norma *ripetendone* un'altra e limitando la portata della prima, e, dall'altro, appare giustificato il regime più severo nel caso di un illecito che probabilmente è più grave. Anche il secondo orientamento però, a mio avviso, soffre, specialmente nell'ultimo punto, di argomenti decisivi: il fatto che si tratti, come ci è fatto notare, di un illecito più grave non vale, a mio avviso, posto che è compiuto da un soggetto appartenente alla

⁸¹⁶Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 14), 680, il quale, in particolare nella nt. 45 “sotto la previgente disciplina era, infatti, pacifica l'applicazione dell'art. 2391, comma 3, a tutte le delibere consiliari. Adottando, invece, l'interpretazione che si critica, si avrebbe che, al di fuori delle ipotesi residuali di detta norma, anche nel caso di atto compiuto dall'amministratore in conflitto di interessi, in esecuzione di una delibera invalida adottata con il suo voto determinante, la società non potrebbe opporre il vizio al terzo se non fornendo la non agevole dimostrazione che è richiesta per opporre l'*exceptio doli*”; conforme sembrerebbe F. BONELLI, (nt. 139), 86.

⁸¹⁷Così V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 14), 681.

sfera giuridica della società, a giustificare un regime meno protettivo nei confronti del terzo; l'argomento poi che spesso, nel conflitto di interessi, l'amministratore agisce d'intesa con il terzo, non credo rilevi, dal momento che la norma è chiamata a disciplinare *tutti* gli illeciti e non la maggior parte di essi. Il punto che ritengo debba avere maggiore rilevanza e che paradossalmente non parrebbe essere stato considerato dai commentatori, è quello più *banale*: la lettera della norma. L'art. 2391 c.c. al terzo comma perentoriamente stabilisce che nel caso in cui il procedimento di garanzia di cui ai commi precedenti non sia stato adottato o non si sia potuto adottare «le deliberazioni medesime [quindi tutte], qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data». Non sembra esserci altro in quanto la norma è chiara: *tutte* le deliberazioni viziate dal conflitto di interessi di un amministratore, non solo quelle per cui la legge prevede la competenza dell'organo gestorio, sono impugnabili in questi termini.

Sarebbe giusto a questo punto, opporre la critica secondo cui ci si serve di un'interpretazione strettamente letterale delle norme a proprio piacimento, come in questo caso, e, in altri, magari analoghi come quello di cui all'art. 2388 c.c., si tenta di interpretare la norma in maniera più articolata limitandone la portata. Mi permetto di respingere una tale eccezione dal momento che nel caso disciplinato dall'art. 2388 c.c., sussiste una vera e propria antinomia normativa tra questo e l'art. 2384 del codice. Un'interpretazione più *complessa* è obbligatoria e imposta da un disattento legislatore. In questo caso io non credo vi sia alcuna antinomia e nemmeno che il legislatore sia in qualche modo responsabile, la norma è chiara: può non essere condivisa, ma è inequivoca e, ripeto, stabilisce a chiare lettere che l'inosservanza del procedimento di cui ai primi due commi dell'art. 2391 c.c. comporta l'impugnabilità della deliberazione nei termini di cui al terzo comma del medesimo articolo.

6.3 L'opponibilità al terzo del conflitto di interessi del rappresentante

Stabiliti gli ambiti di operatività delle varie norme in questione, è necessario, a questo punto, focalizzarsi sugli elementi che identificano il conflitto di interessi ed

in che modo possono essere opposti al terzo che col rappresentante ha contrattato.

Ovviamente, il ragionamento che qui si intende svolgere subisce la «scelta» di aderire ad un orientamento, quello minoritario, che ritiene opponibili ai terzi di mala fede sia il conflitto di interessi del rappresentante con cui si è contrattato che i vizi *ex art. 2391 c.c.* che colpiscono *qualunque* deliberazione dell'organo gestorio⁸¹⁸, ovvero di aderire all'orientamento maggioritario che, invece, se da un lato, come appena visto, prevede che “la società può ottenere la declaratoria di annullamento dell'atto compiuto dall'amministratore dimostrando la mala fede del terzo”⁸¹⁹, dall'altro, sostiene che “il vizio derivante dalla violazione dell'art. 2391 [...] sarà [...] opponibile *ai terzi* unicamente nel caso in cui abbiano agito intenzionalmente a danno della società e non più qualora si trovino semplicemente in mala fede, *se la deliberazione è di competenza gestoria in forza di una disposizione di legge*” (corsivo mio)⁸²⁰.

Allo stesso modo con cui si è proceduto in ordine all'analisi dell'opponibilità ai terzi di tutti i limiti dei poteri degli amministratori, e cioè occupandoci prima del profilo oggettivo e poi di quello soggettivo, ritengo necessario procedere anche per l'analisi della problematica *de qua*.

Per quanto riguarda quello che mi sono permesso di definire il profilo oggettivo, ovvero sia l'identificazione del fatto che costituisce l'illecito del conflitto di interessi, ritengo doveroso partire dal rilievo, non banale, che ci viene offerto dalla Dottrina: “l'espressione «diritti» va interpretata in senso lato, come attinente cioè a tutte le possibili posizioni giuridiche di vantaggio scaturenti dall'operazione, siano esse acquistate a titolo oneroso o gratuito”⁸²¹.

I criteri che devono guidarci nell'identificazione dell'illecito, secondo un Illustre Autore, sarebbero principalmente tre:

1. quello della concretezza; affinché vi possa essere una corretta analisi del comportamento è necessario che non si proceda in via astratta secondo la tipica contrapposizione formale di posizioni, rilevabile prescindendo dalle condizioni concrete in cui l'operazione si svolge. Il conflitto può sussistere solo se nel caso

⁸¹⁸ *Ibidem*, 679.

⁸¹⁹ Così M. FRANZONI, (nt. 193), 237.

⁸²⁰ Così C. MALBERTI, (nt. 6), 215.

⁸²¹ Così L. ENRIQUES - A. POMELLI, (nt. 795), 773.

concreto il contenuto dell'operazione sia tale da provocare una divergenza di interessi tra l'amministratore e la società;

2. quello della mancata convenienza dell'atto; sempre secondo la medesima Dottrina, affinché possa riscontrarsi un conflitto di interessi è necessario provare da un lato, che il corrispettivo ricevuto dalla società è inadeguato e, dall'altro, che ciò che ha spinto l'amministratore a concludere un affare poco conveniente per la società è l'interesse che, per conto proprio o altrui, egli aveva nell'operazione;
3. infine, nel caso di operazione infragruppo, come abbiamo visto per quanto concerne l'estraneità di un atto all'oggetto sociale, l'adeguatezza del corrispettivo deve essere valutato tenendo conto dell'appartenenza al gruppo di entrambe le società, sicché anche la soddisfazione di un interesse economico mediato ed indiretto, ma giuridicamente rilevante, come non è qualificabile quale atto estraneo all'oggetto sociale, così non può qualificarsi come atto in conflitto di interessi⁸²²⁸²³.

Uno spunto, forse più interessante, ci è fornito dalla Dottrina non più recentissima, che aveva identificato l'art. 1395 c.c.⁸²⁴, il quale, non prevedendo l'annullabilità per tutti i contratti conclusi dal rappresentante con se stesso, come un *mezzo* importante per comprendere il pensiero che deve guidare l'interprete nella verifica del fatto. L'art. 1395 c.c., infatti, disciplina un'ipotesi *speciale*, o comunque più ristretta, di conflitto di interessi rispetto all'art. 1394 c.c. e la conseguenza, come appena detto, è che non ogni contratto concluso con se stesso dal rappresentante costituisce conflitto di interessi. Proseguendo il ragionamento, si comprende come affinché ci sia un conflitto di interessi non basta una contrapposizione formale, poiché anche la più radicale, può non comportare l'annullamento del negozio. Ancora, sempre l'art. 1395 c.c. dispone che il contratto concluso dal rappresentante con se stesso si annulla nel caso in cui manchi la specifica autorizzazione del rappresentato ovvero, se dal contenuto del contratto non si possa escludere la possibilità di conflitto di interessi.

⁸²²Per un'analisi più approfondita in ordine all'estraneità di un atto all'oggetto sociale nel caso di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 c.c. si rimanda alla Sez. 4.2.4.2.

⁸²³Così F. BONELLI, (nt. 139), 88 ss.

⁸²⁴Vedi nt. 87.

A questo punto la portata dell'art. 1395 c.c. in ordine al conflitto di interessi è chiara: da un lato, è necessaria la contrapposizione formale delle posizioni consistenti nella presenza in capo al rappresentante di un interesse oggettivamente contrastante con quello del rappresentato e, dall'altro, una contrapposizione sostanziale e concreta che concerne il contenuto del contratto⁸²⁵.

Mentre il primo elemento è di facile constatazione, più problematica appare la verifica circa il contenuto del contratto. In passato si è fatto più volte riferimento al c.d. *pericolo di danno* senza dare una soddisfacente spiegazione del concetto. Ancora una volta, la Dottrina più influente è riuscita a dare una descrizione definitiva sul punto: “se [...] si ritiene che è necessario per l'annullamento del negozio che il conflitto di interessi abbia influito sul suo *contenuto*, chiaro risulta in che maniera debba intendersi il c.d. «*pericolo di danno*». Ciò vuol dire infatti che non deve tanto guardarsi agli effetti che si verifichino in conseguenza del negozio rappresentativo, quanto direttamente a ciò che il negozio stesso dispone, prescindendo dal fatto che successivamente si verifichino fatti che lo rendano dannoso o vantaggioso per il rappresentante”⁸²⁶. In altre parole, e qui c'è la convergenza tra la *vecchia* dottrina e la *nuova*, si tratta, analogamente a quanto accade per la verifica della compatibilità di un atto all'oggetto sociale, di una valutazione *a priori* e astratta da condurre secondo un criterio di ragionevolezza⁸²⁷. La validità di un negozio sotto il profilo del conflitto di interessi deve essere valutata attraverso un esame delle prescrizioni che il contratto stesso contiene, prescindendo dalle conseguenze dannose che possono sussistere successivamente⁸²⁸.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, ancora, è d'obbligo, una precisazione: la *ratio* dell'art. 1394 c.c. è rivolta alla repressione di ipotetiche infedeltà del rappresentante, quindi, evidentemente, il c.d. *pericolo di danno* è un fatto a questi esclusivamente imputabile poiché non può che derivare da un suo comportamento. Ancora, si tratterà di un comportamento doloso, dal momento che il rappresentante agisce “con lo *specifico fine di avvantaggiarsi a danno del rappresentato*”⁸²⁹. Ritengo, tuttavia, che una volta soddisfatto il profilo oggettivo, il dolo dell'amministratore

⁸²⁵Così C. ANGELICI, (nt. 781), 146 ss.

⁸²⁶*Ibidem*, 148.

⁸²⁷Ancora una volta per l'analisi di tali criteri si rimanda alla Sez. 4.2.4.2.

⁸²⁸Così C. ANGELICI, (nt. 781), 148.

⁸²⁹*Ibidem*, 149 ss.

debba sussistere *ipso facto* senza dubbio alcuno.

Per quanto riguarda lo stato soggettivo del terzo, questo rileverà, nel caso di vizio *ex art. 2391 c.c.*, qualora questi conosceva l'esistenza dell'interesse all'operazione da parte di un amministratore ovvero, che date le circostanze, non poteva ignorarla e la conoscenza del vizio che inficiava la deliberazione dell'organo gestorio che aveva autorizzato o imposto l'atto in questione. Secondo la Dottrina maggioritaria poi, la buona fede è esclusa dalla colpa grave⁸³⁰. In particolare la buona fede dovrà sussistere "con riguardo alla situazione di conflitto di interessi dell'amministratore e alla marginalità del suo voto (così come accadeva in precedenza) o all'inosservanza dell'obbligo di comunicazione agli altri amministratori ed al collegio sindacale dell'esistenza di un personale interesse di alcuno degli amministratori al compimento dell'operazione o, ancora, alla omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione posta a base della deliberazione del consiglio (o del comitato esecutivo)"⁸³¹. Nel caso di illecito *ex art. 1394 c.c.*, invece, rileverà la conoscenza o la conoscibilità da parte del terzo del conflitto⁸³².

Un esempio, sbagliato, del quale ci si può però servire per comprendere gli eventuali oneri di controllo che un terzo deve soddisfare al fine di potersi definire in buona fede, esclude che, anche un soggetto particolarmente qualificato come un istituto di credito, in mancanza di una verifica della legittimità della richiesta di un amministratore in palese conflitto di interessi, possa essere opponibile alla banca stessa, poiché, la medesima, deve sì verificare la liceità dell'atto dell'amministratore, ma solo al fine del rispetto dell'oggetto sociale e non dell'interesse dell'operazione. Questo "strano" principio, sarebbe giustificato dalla presunta non avvedibilità da parte dei funzionari dell'istituto del conflitto poiché impossibilitati, in ragione della struttura sociale dell'ente alla cui gestione l'amministratore era preposto. Prosegue, l'insolita pronuncia, che dal momento che l'amministratore, in questo caso unico, gestiva una società di carattere *familiare* "sarebbe mancato, in altri termini, un interlocutore e la società cesserebbe perfino di essere qualche cosa di altro rispetto al proprio organo gestorio" (corsivo mio)⁸³³.

⁸³⁰Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 681.

⁸³¹Così L. ENRIQUES - A. POMELLI, (nt. 795), 773.

⁸³²Così F. BONELLI, (nt. 139), 90.

⁸³³Così A. VISCUSI, che si preoccupa di criticare tale interpretazione, (nt. 640), 180 ss.

Se così fosse, sul piano dei rapporti esterni, la disciplina relativa al conflitto di interessi dell'amministratore sarebbe destinata ad essere lettera morta⁸³⁴. Non si vuole imporre, nella fattispecie, alla banca un dovere di controllo, ciò sarebbe contro addirittura i principi del nostro diritto privato. Il terzo, però, non può restare indifferente nel caso in cui l'illecito emerga da elementi concreti ed univoci⁸³⁵. Ancora una volta va ribadito che il tutto deve valutarsi in base al caso concreto, poiché è sì vero che gli atti sono "neutri", tuttavia, ciò non impedisce di sostenere che, nel caso l'istituto di credito, ma in generale il terzo, deve avvedersi del superamento dell'interesse sociale.

Per quanto riguarda il profilo interno, nel momento in cui si sia dimostra che l'atto posto in essere dall'amministratore è in conflitto di interessi, la società potrà agire nei confronti del rappresentante nei termini di legge, tuttavia, come si è avuto modo di comprendere, lo stato soggettivo del terzo rilevante al fine dell'opposizione del vizio è la mala fede.

Analizzando il profilo soggettivo, si è provveduto all'utilizzo dell'espressione "stato soggettivo rilevante" poiché non è affatto univoco su chi ricada l'onere della prova. Secondo la Dottrina maggioritaria sarà la società a dover provare la mala fede del terzo dal momento che sarebbe più aderente ai principi che ispirano la rappresentanza istituzionale delle società per azioni⁸³⁶. Altra parte della Dottrina invece ritiene che, poiché la buona fede in tale sede fungerebbe da fatto costitutivo dell'acquisto del terzo, l'onere della prova debba ricadere su questi⁸³⁷.

Si è già fatto riferimento ai termini di prescrizione, di decadenza e alla legittimazione ad agire, tuttavia va precisato che le varie azioni, *ex artt.* 1394 c.c. e 2391 c.c. – sempre se si aderisca all'applicazione estensiva o meno di quest'ultimo – potranno cumularsi.

Infine, ci è fatto notare come la riforma del diritto penale societario del 2002 abbia previsto che i contratti con cui si conferiscono prestiti o garanzie non sono più affetti da nullità, ma sottostanno alla disciplina generale degli atti compiuti in conflitto di

⁸³⁴ *Ibidem.*

⁸³⁵ *Ibidem.*

⁸³⁶ Così V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 14), 681; conforme, F. BONELLI, (nt. 139), 90.

⁸³⁷ Così L. ENRIQUES - A. POMELLI, (nt. 795), 773 ss., sebbene sembrano mettere in discussione tale orientamento.

interessi⁸³⁸. Ciò non varrà per le operazioni che rientrano nella previsione di cui all'art. 136 del T.U.B.⁸³⁹ per le quali si deve sostenere, ancora oggi, che i contratti ad esse relativi sono affetti da nullità in quanto contrari a norme imperative di legge in difetto dell'osservanza della procedura disciplinata dalla norma stessa⁸⁴⁰.

⁸³⁸ *Ibidem*, 776.

⁸³⁹ Art. 136 T.U.B. **Obbligazioni degli esponenti bancari**. 1. Chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca non può contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, direttamente od indirettamente, con la banca che amministra, dirige o controlla, se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate.

2. Le medesime disposizioni si applicano anche a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo, presso una banca o società facenti parte di un gruppo bancario, per le obbligazioni e per gli atti indicati nel comma 1 posti in essere con la società medesima o per le operazioni di finanziamento poste in essere con altra società o con altra banca del gruppo. In tali casi l'obbligazione o l'atto sono deliberati, con le modalità previste dal comma 1, dagli organi della società o banca contraente e con l'assenso della capogruppo.

2-bis. Per l'applicazione dei commi 1 e 2 rilevano anche le obbligazioni intercorrenti con società controllate dai soggetti di cui ai medesimi commi o presso le quali gli stessi soggetti svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo, nonché con le società da queste controllate o che le controllano. Il presente comma non si applica alle obbligazioni contratte tra società appartenenti al medesimo gruppo bancario ovvero tra banche per le operazioni sul mercato interbancario.

3. L'inosservanza delle disposizioni dei commi 1, 2 e *2-bis* è punita con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 206 a 2.066 euro.

⁸⁴⁰ Così L. ENRIQUES - A. POMELLI, (nt. 795), 776.

Riflessioni

Con questo lavoro ho tentato l'ardua esposizione della rappresentanza degli amministratori e, giunto al termine, ho maturato delle riflessioni personali che qui di seguito cercherò di descrivere.

I nodi non ancora sciolti della disciplina sono, purtroppo, almeno a mio avviso, notevoli. In molti casi non mi sento di attribuire la responsabilità al legislatore, poiché l'istituto soffre, per cause per così dire "fisiologiche", di aspetti poco chiari e di conflitti che difficilmente si potranno sanare, primo fra tutti la definizione della compatibilità di un atto con l'oggetto sociale. In questo caso, la dottrina e la giurisprudenza, come abbiamo visto, sono abbastanza unite nella definizione dei criteri, tuttavia, nonostante la buona volontà di entrambe e la non responsabilità del legislatore, il procedimento di valutazione della compatibilità di un atto con l'oggetto sociale è decisamente complesso.

In molti altri casi, io ritengo che si potesse fare molto di più, primo fra tutti quello della violazione dei limiti legali da parte del rappresentante, posto per altro in rapporto con la rappresentanza generale dell'amministratore: il vecchio art. 2384 del codice, come abbiamo visto, al primo comma prevedeva in modo esplicito che gli amministratori potevano sì porre in essere in nome e per conto della società tutti gli atti che rientravano nell'oggetto sociale ma, salvo i limiti previsti dalla legge. Perché eliminare tale riferimento? Forse per rafforzare, appunto, quell'aspetto della *generalità* della rappresentanza di cui già si parlava prima della riforma e che poi di fatto, anche dopo il 2003, non è mai stato raggiunto? La risposta, ad irrilevante avviso di chi scrive, potrebbe essere molto più semplice di quello che si pensa: i limiti che derivano dalla legge sono impliciti, non è necessario menzionare alla fine di ogni istituto che il medesimo deve *soffrire* dei limiti previsti dalla legge. Ritengo però che se si liquidasse in questo modo la problematica saremmo noi a *soffrire* di

superficialità.

Quella parte di dottrina che *disconosce* i limiti legali nei confronti del nostro istituto, non rappresenta una schiera di “anarchici” del diritto, ma semplicemente, mi è parso di capire, parte dal presupposto che l’art. 2384 del codice si pone sullo stesso piano di norme come il secondo comma dell’art. 2361 e, posta la generalità del potere di rappresentanza, ritiene che il primo debba prevalere sulla seconda.

Nonostante le buone ragioni di chi sostiene che l’eliminazione del riferimento ai limiti legali debba rilevare e la scarsa lungimiranza del legislatore che da un lato li ha eliminati e dall’altro parla di rappresentanza generale, sono del parere che, fortunatamente, l’art. 1418 del codice debba prevalere in quanto rappresenta una sorta di muro invalicabile, posto i termini in cui è stato formulato e ciò che rappresenta per il diritto dei contratti.

Restando sempre nell’ambito generalità-limiti imputo al legislatore di aver *obligato* la dottrina a degli sforzi notevoli per risolvere l’antinomia tra l’art. 2384.2 e l’art. 2388.5 del codice. Perché nel primo caso *salvare* tutti i terzi tranne quelli che hanno agito intenzionalmente a danno della società e nel secondo solo i terzi in buona fede? Al di là del sindacato, legittimo, del legislatore in ordine a “chi salvare” in questo caso il problema principale non riguarderebbe tale aspetto – seppur poco coerente – di ordine sostanziale, ma quello formale: come si identificano coloro che rientrano nel primo caso rispetto a quelli che invece rientrano nel secondo? Come abbiamo visto, è evidente che nella maggior parte dei casi il rappresentante ha agito su “mandato” deliberato dal consiglio di amministrazione a norma dell’art. 2388 del codice.

La soluzione, per altro molto complessa, abbiamo visto qual è, ed è il frutto non tanto di una interpretazione delle norme – dal momento che così come sono formulate non concedono spazio alcuno di *reformulazione* – bensì di una scelta, impropria ma necessaria (mi si perdoni l’ossimoro), di opportunità esercitata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Il legislatore della riforma nel 2003 ha avuto una grossa opportunità di superare questo palese contrasto tra le norme, ma per motivi che qui si ignorano tale opportunità non è stata colta.

Altro nodo importante e controverso è quello della ratifica. Abbiamo visto, però, come si tratta di un “falso mito” poiché non *serve* l’autorizzazione della società

per rendere valido un atto che giuridicamente lo è già, ma ha più senso parlare di un'autorizzazione da parte dell'organo competente al compimento di un atto che, suscettibile di annullamento o responsabilità dell'amministratore che lo compie, non è ancora stato posto in essere.

Un altro aspetto di non facile definizione è quello relativo alla fonte della rappresentanza. Abbiamo visto come possano esserci diversi casi in cui non è facile comprendere se il potere di rappresentanza spetta o meno all'amministratore e, di conseguenza, la sorte degli atti posti in essere da questi.

Senza ripercorrere i ragionamenti sopra esposti, ritengo che ancora una volta il legislatore, così come in altri casi, avrebbe potuto essere più preciso al riguardo. In particolare mi riferisco, non tanto all'aspetto che interessa la natura legale o volontaria della fonte del potere, – poiché, come si è visto, si deve propendere per la seconda, posto anche il confronto con la s.r.l. in cui la legge a chiare lettere attribuisce la rappresentanza agli amministratori – quanto a quello, o a quelli, concernenti le conseguenze di una mancata attribuzione della rappresentanza.

Ci si è chiesti se è possibile che possa *esistere* un ente, commerciale, che non abbia i requisiti per poter porre in essere degli atti giuridici all'esterno dello stesso. E si è visto che possono esserci le ipotesi più disparate, da chi ritiene che spetti a tutti gli amministratori disgiuntamente, a chi invece ritiene solo congiuntamente, e così via. In effetti non è facile, posta l'assenza di indizi normativi al riguardo, trovare una soluzione che prevalga nettamente sulle altre. Si è proceduto, ancora una volta per opportunità, nella scelta, tutt'altro che unanime, di attribuire il potere di designazione del rappresentante all'intero consiglio di amministrazione.

C'è da ammettere che si tratterà di casi decisamente marginali, tuttavia, il problema della titolarità del potere di rappresentanza è una tematica fondamentale e il legislatore avrebbe potuto affrontarla con una disposizione suppletiva.

Se si fosse risolto tale tema, non vi sarebbe stata l'esigenza di trattare quello seguente relativo alle conseguenze dell'atto posto in essere dall'amministratore sprovvisto del potere di rappresentanza.

Infine, altra tematica non propriamente chiara è quella riguardante il conflitto di interessi del rappresentante. Il problema, come abbiamo visto, riguarda l'identificazione della norma disciplinante tale illecito poiché, tale scelta, influenzerà, e

di molto, i rimedi contro l'atto posto in essere dal rappresentante in conflitto di interessi.

Non interessa descrivere ancora una volta le differenze che intercorrono tra le due norme, in ogni caso, la dottrina più autorevole, ma minoritaria, propende per l'applicazione *estesa* dell'art. 2391 del codice. In particolare quest'orientamento, non immune da rilievi, giustamente fa notare come prevedere il contrario significherebbe dare alla norma di cui all'art. 2391 c.c. un ruolo pleonastico, di mera ripetizione dell'art. 2388 del codice. La soluzione da adottare, come detto non unanime, anzi minoritaria, prevede che, nel caso di deliberazione del consiglio di amministrazione viziata, la norma da applicare sia, appunto, l'art. 2391 del codice. Anche in questo caso il legislatore, analogamente a quanto detto in ordine alle limitazioni che derivano da una decisione del consiglio, poteva essere più preciso. Come detto in precedenza, invece, nulla osta all'applicazione degli artt. 1394 e 1395 del codice nei casi stabiliti.

Concludo dicendo che, comune a tutti i casi sopra analizzati, è l'affermazione secondo cui la maggior parte degli aspetti che la riforma delle società ha affrontato, in particolar modo per la rappresentanza, devono ancora ricevere il vaglio della giurisprudenza di legittimità e, solo nel momento in cui questa si sarà pronunciata, si avrà una definizione più precisa della disciplina *de qua*.

Bibliografia

- [1] P. ABBADESSA, *Amministratori e direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo - G. B. Portale, IV, Torino, 1991
- [2] P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975
- [3] P. ABBADESSA, *Parere dei componenti del collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto Commerciale interno ed internazionale*, Università Cattolica di Milano, in *Riv. soc.*, 2002, 1476
- [4] N. ABRIANI, *Commento all'art. 2380 bis c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, 2004
- [5] N. ABRIANI, *Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Vol. IV, Tomo I, 2010
- [6] E. ALEMAGNA, *Potere di gestione e rappresentanza degli amministratori delle s.p.a. dopo la riforma*, in *Società*, 2004, 284
- [7] C. ANGELICI, *Amministratori di società, Conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 104
- [8] C. ANGELICI, *La riforma delle società per azioni*, Padova, 2006
- [9] M. BASILE, *Persone e famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Vol. II, Tomo I, II ed., UTET, Torino, 1999
- [10] A. BELLACOSA, in *Il conflitto di interessi dell'amministratore unico di società per azioni e l'art. 2391 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1997, 143
- [11] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Vol. XV, Tomo 2, UTET, Torino, 1960

-
- [12] G. BIANCHI, *Gli amministratori e sindaci. Gli adempimenti e le responsabilità*, Padova, 2010
- [13] F. BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, Giuffrè, Milano, 2007, I, 924.
- [14] F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985
- [15] F. BONELLI, *Gli amministratori di Spa dopo la riforma delle società*, Milano, 2004
- [16] V. CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, in *Assemblea - Amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa - G. B. Portale, Vol. 2, UTET, 2007
- [17] V. CALANDRA BUONAURA - A. L. BONAFINI, *Società per azioni. Amministrazione e rappresentanza*, in *Giur. comm.*, II, 2008, 5
- [18] V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo - G. B. Portale, IV, Torino, 1991
- [19] G. F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, in *Diritto commerciale*, Vol. 2, Torino, V ed., 2002
- [20] G. F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003
- [21] A. CAPIZZI, *Opponibilità dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori di s.p.a. Nuovi compiti per una (supposta) exceptio doli?*, reperibile presso il link <http://www.orizzontideldirittocommerciale.net/pub.asp?id=108>
- [22] G. CAPO, *La società per azioni. La costituzione e la nullità delle società. Le modificazioni statutarie*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, IV ed., Tomo 5.1, Torino, 2010
- [23] G. CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, Padova, CEDAM, 1970

- [24] G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo - G. B. Portale, Vol. 5, Torino, 1988
- [25] P. CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Milano, 1999
- [26] M. DE LUCA DI ROSETO, *Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, II, 2008, 819
- [27] A. DE NICOLA, *Commento sub art 2380 bis c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L. A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2005
- [28] A. DI AMATO, *Problemi preliminari sulla disciplina dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, a cura di G. Zangari, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1973
- [29] F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003
- [30] F. DI SABATO, *Manuale delle società*, V ed., Torino, 1995
- [31] L. ENRIQUES, *L'opponibilità ai terzi del conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, II, 1999, 265
- [32] L. ENRIQUES - A. POMELLI, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005
- [33] F. FERRARA JR - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, XII ed., Milano, 2001
- [34] F. FERRARA JR - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, XIV ed., Milano, 2009
- [35] G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, UTET, Torino, 1971
- [36] G. FERRI, *Le società*, III ed., UTET, Torino, 1987
- [37] M. FRANZONI, *Commento sub art. 2380 bis c.c., Società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo*, Parte I, *Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna - Roma, I ed., 2008

-
- [38] M. FRANZONI, *Commento sub art. 2384 c.c., Società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo*, Parte I, *Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna - Roma, I ed., 2008
- [39] M. FRANZONI, *Gli amministratori e sindaci*, UET, Torino, 2002
- [40] F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute, art. 36-42*, in *Libro primo delle persone e della famiglia*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, II ed., Zanichelli, Bologna, 1976
- [41] F. GALGANO, *Delle persone giuridiche, art. 11-35*, in *Libro primo delle persone e della famiglia*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1969
- [42] F. GALGANO - R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, III ed., CEDAM, Padova, 2006
- [43] A. GARGARELLA MARTELLI, *Il contratto concluso dall'amministratore di s.p.a.: conflitto di interessi e potere di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, II, 2007, 604
- [44] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009
- [45] S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. not.*, II, 2004, 1329
- [46] P. G. JAEGER - F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, VII ed., Milano, 2010
- [47] D. LATELLA, *La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 124
- [48] B. LIGUORI - N. DISTASIO - F. SANTOSUOSSO, *Disposizioni sulla legge in generale*, in *Libro I delle persone e della famiglia*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Magistrati e Docenti, UTET, Torino, 1966

- [49] C. MALBERTI, *Commento sub art 2384 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L. A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2005
- [50] P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa - G. B. Portale, UTET, Torino, Vol. 2, 2006
- [51] G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956
- [52] F. MODULO, *La riforma delle società: commentario del D. lgs. 17 gennaio 2003, n.6*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2003
- [53] M. MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 18
- [54] G. D. MOSCO, *Commento sub art. 2384*, in *Società di capitali: commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004
- [55] S. PESCATORE, *La riforma del diritto societario - Commento al d. lgs. n. 5 - 6 del 17 gennaio 2003*, a cura di V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 2003
- [56] G. PRESTI - M. RESCIGNO, *Capacità delle società e rappresentanza degli amministratori*, in *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G. F. Campobasso, Vol. 1, Milano, 2003
- [57] G. PRESTI - M. RESCIGNO, *Società*, in *Corso di diritto commerciale*, III ed., Bologna, 2007
- [58] G. PRESTI - M. RESCIGNO, *Società*, in *Corso di diritto commerciale*, IV ed., Bologna, 2009
- [59] V. E. RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, Giuffrè, Milano, 1992
- [60] G. C. M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1982

-
- [61] L. SALAMONE, *Oggetto sociale e poteri di rappresentanza dell'organo amministrativo*, in *Giur. comm.*, I, 2008, 1095
- [62] M. SANDULLI, *La riforma delle società: commentario del D. lgs. 17 gennaio 2003, n.6*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2003
- [63] M. SCIUTO - P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo - G. B. Portale, Vol. 1, Torino, 2004
- [64] G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Controlli - Bilancio Modificazioni dello statuto S.r.l. - Gruppi di società*, in *Il nuovo diritto delle società Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa - G. B. Portale, Vol. 3, UTET, 2007
- [65] A. TOFFOLETTO, *Le società azionarie, amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società, manuale breve*, a cura di AA. VV., Milano, 2006
- [66] P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2005
- [67] M. VENTORUZZO, *Commento sub art 2388 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L. A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2005
- [68] A. VISCUSI, *Brevi osservazioni in tema di conflitto di interessi, atti ultra vires e professionalità del banchiere*, in *Banc. bors.*, 2006, II, 180
- [69] R. WEIGMAN, *Luci e ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, 2003, 270

Giurisprudenza

Corte Giust. CE, 16 dicembre 1997, C-104/96, in *Giur. comm.*, II, 261

Cass., 26 aprile 1960, n. 927

Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Giur. comm.*, 1977, II, 771, con nota di
G. LA VILLA

Cass., 19 giugno 1987, n. 5374, in *Banca e bors.*, 1989, 315

Cass., 10 agosto 1988, n. 4914, in *Dir. fall.*, 1989, II, 367

Cass., 16 agosto 1990, n. 8309

Cass., 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Giur. comm.*, 1993, II, 502, con nota di
G. SPAGGIARI

Cass., 3 marzo 1994, n. 2123

Cass., 17 aprile 1997, n. 3305, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2137, con nota di G.
VIDIRI

Cass., 29 settembre 1997, n. 9532, in *Dir. fall.*, 1999, II, 85

Cass., 5 settembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, 2317, con nota di P.
MONTALENTI

Cass., 22 giugno 2005, n. 13442, in *Società*, 2006, 586

Cass. S.U., 7 marzo 2005, n. 4810, in *Giur. it.*, 2005, 1210, con nota di S.
CHIARLONI

Cass., 26 gennaio 2006, n. 1525, in *Giur. comm.*, II, 2007, 604, con nota di A.
GARGARELLA MARTELLI

Cass., 4 agosto 2006, n. 17696, reperibile al link [http://www.giuri.unirc.it/scheda_materia.php?insegnamento\\$=\\$3636{\&}PHPSESSID\\$=\\$vplxvfnzswapl](http://www.giuri.unirc.it/scheda_materia.php?insegnamento$=$3636{\&}PHPSESSID$=$vplxvfnzswapl)

Cass., 11 dicembre 2006, n. 26325, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2682

Cass., 12 dicembre 2007, n. 26011, in *Riv. not.*, 2008, II, 1449, con nota di A. M. PEDRON

Cass., 3 marzo 2010, n. 5152

Trib. Roma, 24 marzo 1981, in *Giust. civ.*, 1981, I, 3071, con nota di F. D'ALESSANDRO

Trib. di Lucca, 23 agosto 2006, con commento R. LOLLI, *Poteri di rappresentanza degli amministratori e opponibilità ai terzi degli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Società*, 2008, I, 89.

C. App. Bologna, 26 marzo 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 502, con nota di G. SPAGGIARI

Riferimenti Normativi

2 l. d. 366/2001, 62	104.1 T.U.F., 89
3 Direttiva 68/151/CEE, 178 ss.	104.1 bis T.U.F., 89
4 d.p.r. 366/2000, 21	121.1 T.U.F., 90
4 l. d. 366/2001, 62 ss.	121.2 T.U.F., 90
8 Direttiva 68/151/CEE, 171	136 T.U.B., 225
8 l. camb., 190	157 c.p.c., 196
9, n.1 Direttiva 68/151/CEE, 5 ss.	163.3, n.2 c.p.c., 196
9, n.2 Direttiva 68/151/CEE, 8	182 c.p.c., 191
9, n.3 Direttiva 68/151/CEE, 178	320 c.c., 133
12 Preleggi, 175	374 c.c., 133
12 l. camb., 188	394 c.c., 133 ss.
15 Preleggi, 211	624 c.p., 174
19 c.c., 22	646 c.p., 174
23 c.c., 23	1147 c.c., 169
25 c.c., 24	1337 c.c., 99
36 c.c., 26	1349 c.c., 14
37 c.c., 25	1362 c.c., 200
41 c.c., 27	1387 c.c., 31
67 l. fall., 135 ss.	1388 c.c., 30
75 c.p.c., 193	1389 c.c., 31
78, <i>Abs.</i> 4 <i>AktG</i> , 52	1390 c.c., 32
78 c.p.c., 195	1391 c.c., 33
82, <i>AktG</i> del 1965, 7	1392 c.c., 33
83 c.p.c., 197 ss.	1393 c.c., 34

1394 c.c., 34	2328.2, n.9 c.c., 52
1395 c.c., 34	2332.1, n.2 c.c., 94
1396 c.c., 15	2343- <i>bis</i> c.c., 87 ss.
1397 c.c., 37	2343- <i>bis</i> c.c. previgente, 111 ss.
1398 c.c., 37 ss.	2357.1 c.c., 88
1399 c.c., 38	2357.2 c.c., 88
1400 c.c., 38	2357.4 c.c., 119
1418 c.c., 17	2357- <i>quater</i> c.c., 119
1419 c.c., 202	2358 c.c., 117
1442 c.c., 208	2359- <i>bis</i> .1 c.c., 88
1445 c.c., 109	2359- <i>bis</i> .2 c.c., 88
1703 c.c., 201	2359- <i>ter</i> c.c., 119
1711 c.c., 201 ss.	2359- <i>quinquies</i> c.c., 119
1713 c.c., 202	2360 c.c., 115
1716 c.c., 44	2361.1 c.c., 94
1723 c.c., 201	2361.2 c.c., 88
1993 c.c., 173	2364, n.4 c.c. previgente, 67
2094 c.c., 199	2364, n.5 c.c., 65
2193 c.c., 108	2365 c.c., 41
2203 c.c., 44	2365.2 c.c., 81
2204 c.c., 139	2366.1 c.c., 71
2206 c.c., 53 ss.	2367 c.c., 90
2209 c.c., 200	2369.5 c.c., 94 ss.
2248 c.c., 95	2377 c.c., 165
2257 c.c., 45	2377 c.c. previgente, 153
2266 c.c., 14	2379.1 c.c., 95
2279 c.c., 130	2380- <i>bis</i> .1 c.c., 9
2298 c.c., 4	2381.1 c.c., 69
2328.2, n.3 c.c., 94	2381.2 c.c.54
2328.3 c.c., 124	2381.3 c.c., 69
2328, n.9 c.c. previgente, 40	2381.4 c.c., 69

- 2381.5 c.c., 70
2383 c.c., 106
2383.3 c.c., 98
2383.4 c.c., 43
2384 c.c., 3
2384 c.c. 1942, 4
2384 c.c. previgente, 5
2384-*bis* c.c., 5
2386.1 c.c., 71
2386.5 c.c., 90 ss.
2388 c.c., 156
2388.4 c.c., 64
2391 c.c., 34 ss.
2391 c.c. previgente, 112
2392 c.c., 70
2393 c.c., 87
2393-*bis* c.c., 98
2393 c.c. previgente, 112
2394 c.c., 72
2395 c.c., 195
2406 c.c., 90
2408 c.c., 98 ss.
2409 c.c., 76
2409-*terdecies* c.c., 155
2410 c.c., 80
2420-*ter*.1 c.c., 80
2423 c.c., 77
2433.1 c.c., 89
2437.1, lett. *a* c.c., 94
2438 c.c., 88
2442 c.c., 88 ss.
2443.1 c.c., 79 ss.
2443.2 c.c., 81
2445 c.c., 89
2446 c.c., 64 ss.
2447 c.c., 89
2447-*ter* c.c., 80
2448 c.c., 36
2449 c.c. previgente, 112 ss.
2475-*bis* c.c., 16
2475-*ter* c.c., 35
2484.1, n.2 c.c., 95
2485.1 c.c., 104
2486 c.c., 113
2496 c.c., 199
2497 c.c., 142
2497-*quater*.1, lett. *a* c.c., 95
2501-*ter* c.c., 78
2506-*bis* c.c., 78 ss.
2519 c.c., 19
2521.3 c.c., 19 ss.
2603.1 c.c., 20
2603.2 c.c., 20
2612.2 c.c., 20
2615.1 c.c., 21
2727 c.c., 176
2883 c.c., 118