

18. Il potere di rappresentanza degli amministratori di s.r.l.

di MAURIZIO SCIUTO

SOMMARIO:

18.1. Delimitazione del campo d'indagine - 18.2. Lo statuto legale - 18.2.1. L'indicazione degli amministratori muniti del potere rappresentativo - 18.2.2. Amministratori privi di potere rappresentativo e opponibilità del relativo difetto - 18.2.3. Pluralità di amministratori muniti di potere rappresentativo e regime residuale disgiuntivo - 18.2.4. Clausola di amministrazione congiuntiva ex art. 2258 c.c. (ovvero di mera rappresentanza congiuntiva) e relativa opponibilità - 18.2.5. Mancata indicazione di qualunque amministratore - 18.3. I limiti - 18.3.1. L'oggetto sociale fra limiti statutari e limiti legali - 18.3.2. Rilevanza interna del riparto di competenze gestorie ex art. 2479, n. 5, c.c. - 18.3.3. Opponibilità dell'invalidità della delibera "presupposta" dalla legge - 18.3.4. Inopponibilità dell'assenza della delibera "presupposta"

18.1. Delimitazione del campo d'indagine

Il regime della rappresentanza degli amministratori di società a responsabilità limitata trova autonoma espressione nella disciplina dedicata a tale tipo, conformemente ad una strategia legislativa – quella della riforma organica del diritto delle società di capitali e cooperative culminata, dieci anni fa, con il d.lgs. 6/2003 (d'ora in avanti: la riforma) – volta a configurare quella disciplina come «un autonomo ed organico complesso di norme» (l. 366/2001, art. 3, comma 1, lett. a).

Tuttavia, nonostante un tale proposito possa dirsi complessivamente realizzato (la vigente disciplina della s.r.l. attestandosi come un sistema normativo tendenzialmente completo e conchiuso, e non più per larga parte ricavabile in forza di rinvio da quello della s.p.a.) neppure può dirsi che, (anche) in materia di rappresentanza, l'omologa disciplina della s.p.a. risulti, ancora oggi, priva di influenze su quella della s.r.l. Alcuni espliciti rinvii di questa a quella, come si vedrà qui appresso, tuttora constano; spiccate sono le analogie e, talora le corrispondenze letterali, relativamente a taluni profili generali. E ciò, del resto, non casualmente: ed anzi inevitabilmente, essendo la materia della rappresentanza di entrambi i tipi regolata, ad un rango normativo superiore, dall'unitaria disciplina già contenuta nella I direttiva in materia societaria (dir. 68/151/CEE), ora (abrogata e ri-)«codificata» (come si esprime lo stesso legislatore comunitario) nella direttiva 2009/101/CE, al capo 3 («Validità degli obblighi della società»), agli articoli 8, 9 e 10.

Queste considerazioni inducono ad orientare l'analisi della materia qui esaminata:

- a) innanzitutto richiedendo che ogni scelta interpretativa trovi legittimazione in una necessaria compatibilità con l'immutata (benché elastica, com'è proprio della fonte) cornice della direttiva comunitaria;
- b) in secondo luogo, consigliando di non enfatizzare necessariamente ogni difformità lessicale fra la disciplina della s.r.l. e quello della s.p.a. (scritte, come si sa ⁽¹⁾, da diversa "penna" all'interno della commissione che incarnò il legislatore storico), assecondando anzi, ove possibile, prospettive interpretative armoniche;
- c) e in terzo luogo – per meglio definire l'oggetto delle presenti riflessioni – concentrandosi sui soli profili specificamente pertinenti alla s.r.l.: tralasciando così quelli rispetto ai quali questioni e possibili soluzioni si pongono in termini comuni alla s.p.a., e affrontando piuttosto quelle rispetto a cui le differenze del dettato normativo o il diverso contesto tipologico potrebbero prospettare divergenze di disciplina.

18.2. Lo statuto legale

18.2.1. L'indicazione degli amministratori muniti del potere rappresentativo

Se il complessivo regime legale dell'amministrazione – non solo della s.r.l. ma anche della s.p.a. – e la riflessione teorica che su di esso si è sviluppata, portano correntemente ad ammettere come possibile, sul piano statutario, una «dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo» – **arrivando anzi talora, nel dibattito posteriore al diritto riformato, a prospettare una sostanziale autonomia dei due profili già secondo lo stesso modello legale** ⁽²⁾ – certo è che l'art. 2475-*bis* c.c. (centrale nella

⁽¹⁾ Cfr. VIETTI - AULETTA - LO CASCIO - TOMBARI - ZOPPINI (a cura di), *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, Milano, 2006, p. 2693 ss. (nel CD allegato), ove notizie sulle diverse sottocommissioni e, in particolare, sul «V gruppo» coordinato dal prof. Angelici e dedicato alle s.r.l.

⁽²⁾ Dissociazione che potrebbe attingere i suoi fondamenti, anche al di là del campo delle società di capitali e dell'intero diritto commerciale, in una più generale ricostruzione del fenomeno rappresentativo volta ad evidenziare l'autonomia del potere rappresentativo (e del negozio di procura come autonomo da quello di mandato) da quello gestorio: si veda M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, in *Liber amicorum Piras*, 2010, pp. 451-452; e già GRAZIANI, *Negozio di gestione e procura*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I, Roma, 1931, pp. 555-563 ss. (e già ID., *Rappresentanza senza procura*, 1927), in replica (critica) all'opposta teoria, volta ad evidenziare il necessario collegamento col rapporto di gestione, di PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi fra principale e rappresentante. Contributo alla teoria generale della rappresentanza*, Messina, 1928, e ID., *Il negozio di gestione sottostante alla rappresentanza*, Messina, 1929; nel senso di ritenere la rappresentanza un ri-

materia in discorso), al primo comma, contiene un enunciato che, letteralmente considerato, parrebbe quasi fornire un'indicazione di segno contrario: «gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società».

L'evidente scarto testuale fra tale previsione e quella omologa dettata per la s.p.a. (art. 2384, comma 1, c.c.), ove invece si precisa che la rappresentanza (poi anch'essa «generale») spetta agli amministratori (non come tali, ma) ai quali essa sia stata conferita dall'atto costitutivo o dalla deliberazione di nomina, introduce almeno un paio di questioni di specifica attinenza alla s.r.l.

La prima – agevole, e infatti unanimemente risolta in senso negativo ⁽³⁾ – è se quella previsione, pur nella sua lapidarietà, esprima un principio inderogabile; e se,

flesso del rapporto gestorio e della relativa competenza (ma con riferimento più generale agli ausiliari dell'imprenditore), si veda anche GUIZZI, *Gestione rappresentativa ed attività di impresa*, Padova, 1997, p. 37 ss. e p. 211 ss.

In particolare, per la materia qui trattata, si veda GRUNDMANN, *European Company Law*, Antwerpen-Oxford, 2007, p. 143, secondo il quale la *distinction between third party relationship and internal regime* è un principio certo, benché non così evidente nella trasposizione di alcuni ordinamenti statali; CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Liber amicorum Campobasso*, vol. 2, 2006, pp. 657-659, riferendo come «opinione largamente condivisa» quella per cui la riforma del 2006 avrebbe comportato la «definitiva affermazione dell'autonomia del potere di rappresentanza rispetto al potere di gestione»; BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale e potere di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 924 ss.; REGOLI, *La rappresentanza*, in *Trattato Ibba-Marasà*, 2012, pp. 133-146. Per il (comparatisticamente di primaria importanza) ordinamento tedesco, si veda ALTMIPPEN, *Sub § 37*, in ROTH-ALTMIPPEN, *GmbHG, Kommentar*⁶, Monaco, 2009, p. 690, Rn. 43, parla addirittura di «*Abstraktion der Vertretungsmacht von der Geschäftsführungsbefugnis*».

⁽³⁾ Si veda, già fra i primi commentatori, DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 469-483; CAGNASSO, *Commento agli artt. 2475, 2475-bis*, in *Commentario Cottino*, 2004, p. 1865 ss.; fra gli ultimi, sempre in ordine di tempo, BORDIGA, *Rappresentanza della società*, in *S.r.l. - Commentario*, a cura di Dolmetta e Presti, Milano, 2011, p. 593.

Conclusioni non diverse riterrei valere anche per la *s.r.l. semplificata* di cui all'art. 2463-bis c.c., il cui *Mustersatzung* («modello standard tipizzato», emanato con decreto del Ministro della giustizia del 23 giugno 2012, n. 138, alla Tabella A ivi contenuta) prevede, al n. 7, la clausola per cui «all'organo di amministrazione spetta la rappresentanza generale della società». Difatti, una deroga alla disciplina generale (in senso poi restrittivo dell'autonomia statutaria nell'adottare diverse scelte, come si dirà nel testo), non pare legittimata, e tanto meno suggerita, né – in principio – dal rango sublegale della fonte che ha previsto la predetta clausola; né soprattutto – con particolare riferimento allo statuto legale della s.r.l. semplificata, soggetta alle disposizioni della s.r.l. «ordinaria» in quanto compatibili, e da ricondursi al medesimo tipo - da altra plausibile ragione che evidenzi una qualche incompatibilità con i principi generali indicati qui sopra, nel testo.

quindi, una dissociazione – quantomeno statutaria – fra potere gestorio (ma meglio si vorrebbe dire, in queste pagine, *decisionale*, ch  la “gestione” dell’impresa sociale comprende in realt , insieme al momento decisionale, pure quello dichiarativo) ⁽⁴⁾ e potere rappresentativo sia possibile oppure non.

Che sia possibile lo conferma soprattutto, come correntemente si rileva, un indice testuale in particolare (fra gli altri ricavabili dalla stessa disciplina della s.r.l.: ad esempio, l’art. 2475-ter, comma primo, c.c., parlando degli «amministratori che hanno la rappresentanza della societ ») l’espresso rinvio dell’art. 2475 c.c. all’art. 2383, comma quarto e quinto, c.c.; il quale, a sua volta, richiede l’espressa indicazione, in sede di iscrizione nel registro delle imprese degli amministratori ⁽⁵⁾ *di quali fra di essi abbiano la rappresentanza della societ *. Segno evidente che la rappresentanza, secondo il modello legale non solo della s.p.a. ma anche della s.r.l., *deve* costituire oggetto di *espressa* attribuzione. Ci  che del resto avviene quasi sempre, nella prassi; sia pure, talvolta, mediante un’indicazione *per relationem*, individuando gli attributari in funzione della particolare carica amministrativa ricoperta (presidente, amministratore delegato, ecc.) ⁽⁶⁾.

18.2.2. Amministratori privi di potere rappresentativo e opponibilit  del relativo difetto

Risolta positivamente la questione appena esaminata, emerge subito l’altra, inevitabilmente connessa ma certamente pi  controversa, relativa agli “altri” amministratori: a quelli, cio , ai quali eventualmente il potere rappresentativo *non* sia stato conferito.

Ed   questione che in questa sede merita di essere esaminata poich , almeno a prima vista, potrebbe trovare una soluzione diversa nella s.r.l. rispetto alla s.p.a., in ra-

⁽⁴⁾ SPADA, *La tipicit  delle societ *, Padova, 1974, p. 147; SCIUTO - SPADA, *Il tipo della societ  per azioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, 1^o, 2004, pp. 4-55. Nella letteratura sull’argomento resta comunque assolutamente prevalente l’impiego della dicotomia gestorio-rappresentativo, intendendosi il primo – ma a mio avviso non propriamente – come sinonimo di «potere deliberativo (o di amministrazione o di decisione)»: cos , *ex professo*, BONELLI, *Atti estranei all’oggetto sociale*, cit., p. 924, ma anche, correntemente, la quasi totalit  degli Autori citati in queste pagine.

⁽⁵⁾ Nonch , se non sono i primi indicati nell’atto costitutivo, dell’eventuale atto di nomina, che potrebbe in taluni casi consistere anche in una delega amministrativa ovvero nell’esercizio di un «diritto particolare» di un socio (ZANARONE, *Commento all’art. 2475-bis*, in *Commentario civile* Schlesinger, tomo II, 2010, pp. 991-1016, oltre che, per i rilievi riportati nel testo, p. 995).

⁽⁶⁾ SPOLIDORO, *Questioni in tema di rappresentanza degli amministratori di societ  per azioni*, in *Liber amicorum Piras*, 2010, pp. 451-500.

gione del sopra ricordato enunciato normativo contenuto nel primo comma dell'art. 2475-*bis* c.c.

Si tratta infatti di stabilire se l'attribuzione del potere di rappresentanza soltanto ad *alcuni* amministratori – dunque possibile (e poco importa ora se pubblicizzata o non ⁽⁷⁾), e poi se con separato atto di nomina o nell'atto costitutivo; e poi, ancora, se, eventualmente, prevista nell'atto costitutivo quale “diritto particolare” di un socio) – lasci comunque aperta la possibilità che gli *altri* riescano a spendere efficacemente il nome della società; ovvero se, al contrario, la mancata attribuzione del potere rappresentativo resti incondizionatamente opponibile ai terzi (al di là di una sempre possibile ratifica).

La possibilità – beninteso nel senso di un *posse*, non certo di un *licere* – che gli amministratori esclusi da ogni ⁽⁸⁾ potere rappresentativo riescano comunque a spendere efficacemente il nome della società nei confronti dei terzi, potrebbe infatti ammettersi all'esito di un'argomentazione che movesse da un inquadramento della *mancata attribuzione* di ogni potere rappresentativo alla stregua di una *limitazione* apposta a quello che, altrimenti, secondo il modello legale, sarebbe un “naturale” potere di tutti gli amministratori ⁽⁹⁾. Che proprio questo debba essere il “modello legale” della s.r.l. ⁽¹⁰⁾, lo si ricava dalla regola – residuale e di per sé innegabile ⁽¹¹⁾ – secondo

⁽⁷⁾ La pubblicità ha infatti limitata rilevanza nella prospettiva qui considerata: si veda SPOLIDORO, *Questioni in tema di rappresentanza*, cit., p. 498, rilevando come la pubblicità della nomina può tutt'al più influire sulla condizioni di opponibilità della sua eventuale nullità o annullabilità (limitando la possibilità di opporre tali vizi ai terzi di buona fede: artt. 2383, comma 5, c.c.), mentre l'efficacia della nomina, di per sé, e anche nei confronti dei terzi *ex art* 2384, dipende dalla deliberazione di nomina, anche se non pubblicizzata. E si veda già Cass., 1° dicembre 2000, n. 15398; Cass., 12 aprile 1995, n. 4173.

⁽⁸⁾ Altro sarebbe a dire se venisse loro espressamente concesso un potere rappresentativo, seppur non generale ma limitato: ciò costituirebbe infatti un mero «limite», tendenzialmente inopponibile ai terzi a norma dell'art. 2475-*bis*, comma 2, c.c.

⁽⁹⁾ In tale ipotesi, essendo principio consolidato quello per cui, a fronte della contestazione della società, l'onere della prova dell'esistenza del potere rappresentativo spetta al terzo contraente (si vedano ad es. Cass., 14 novembre 2002, n. 16025; Cass., 12 marzo 1980, n. 1660), costui potrebbe limitarsi a provare la qualità di amministratore di chi abbia agito a nome della società.

⁽¹⁰⁾ Si veda così ZANARONE, *Commento all'art. 2475-*bis**, cit., p. 1000; GALGANO, *Diritto commerciale. 2 - Diritto delle società*, Bologna, 2012, secondo cui addirittura – diversamente da quanto osservato nel paragrafo prec. – il potere di rappresentanza nella s.r.l. sarebbe inerente alla qualità di amministratore e non richiede, come per la s.p.a., alcuna specifica attribuzione da parte dell'atto costitutivo o dell'atto di nomina; in termini analoghi, GISOLFI - LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. not.*, 2004, pp. 1329-1331.

⁽¹¹⁾ E infatti unanimemente condivisa, come riporta ZANARONE, *Commento all'art. 2475-*bis**, cit., p. 994, nota 3, ove ulteriori citazioni; si veda anche M. CAMPOBASSO, *Il potere di rap-*

cui in mancanza di qualunque indicazione degli amministratori muniti del potere rappresentativo, questo spetterebbe a tutti gli amministratori; il che – come ben può cogliersi – troverebbe particolare conforto, per la s.r.l., proprio nella citata previsione normativa (art. 2475-*bis*, comma 1, c.c.) che, a differenza di quanto avviene per la s.p.a. (per la quale pure, comunque, si inclina verso la stessa conclusione), ricollega in termini immediati il potere di rappresentanza generale della società alla qualità di amministratore; nonché poi a quella (art. 2463 c.c.) che richiede l'indicazione nell'atto costitutivo delle «persone alle quali è affidata l'amministrazione», ma *non anche* – come nel passato o come ancora per la s.p.a. – l'indicazione di quelli muniti di potere rappresentativo ⁽¹²⁾.

Il medesimo ordine di idee emergerebbe inoltre, in una più ampia prospettiva tipologica, considerando come ⁽¹³⁾ una tale connessione ben si giustifichi rispetto ad un modello societario tendenzialmente destinato a dare veste ad iniziative “chiuse” e connotate da una particolare esigenza di agilità operativa e da una rilevanza della persona dei soci, normalmente coinvolti nella gestione: a ciò risultando coerente e fisiologica la sequenza socio – amministratore – rappresentante.

Ma al di là di queste ultime considerazioni – per lo più fondate sulla suggestione della lettera della legge, ovvero del modello che, empiricamente, si vorrebbe assumere come normale – la tesi volta a dimostrare la validità del presupposto per cui il “modello legale” della s.r.l. implicherebbe la spettanza del potere di rappresentanza a tutti gli amministratori, trova comunque, come si diceva, il principale e più saldo fondamento nell'argomento per cui (a) se i soci non indicassero a quali amministratori è attribuito il potere di rappresentanza, conseguenza ne sarebbe che tale potere dovrebbe ritenersi spettante a tutti; (b) sicché, attribuirlo ad alcuni soltanto, non potrebbe che comportare una “limitazione” (soggettiva) al potere che, secondo il modello legale, spetterebbe anche agli altri, che così se lo vedrebbero “sottratto”.

Ora, fermo restando che la prima affermazione (a) risulta innegabile, quanto invece alla conseguenza che se ne trae (b), deve in primo luogo prendere atto che un tale argomento risulta avversato da un consistente numero di opinioni contrarie,

presentanza, cit., p. 461, ritenendo che la norma secondo cui «gli amministratori hanno la rappresentanza», li abiliterebbe, di per sé, ad agire in nome della società, sicché la deroga ad una tale norma dovrebbe avvenire con un «provvedimento ablativo».

⁽¹²⁾ Svaluta (e correttamente, secondo quanto si dirà nel testo) la portata della differenza lessicale con la s.p.a., CAGNASSO, *Commento agli artt. 2475, 2475-bis*, cit., p. 1865; M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 463.

⁽¹³⁾ La considerazione è svolta da M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 461, pur pervenendo (in una prospettiva di analogia funzionale con la disciplina della s.p.a. e sia pure senza escludere future evoluzioni in senso opposto) alla conclusione della opponibilità ai terzi delle «limitazioni soggettive» (*i.e.* esclusioni) del potere di rappresentanza risultanti dalla pubblicazione.

all'interno del dibattito nazionale ⁽¹⁴⁾, nonché piuttosto isolato nel panorama internazionale ⁽¹⁵⁾.

V'è poi da contrapporre, agli argomenti più di superficie (letterale, e fondato sul "tipo reale") su cui la tesi qui avversata si fonderebbe, altrettanti argomenti di segno opposto e di forza almeno pari (benché anch'essi, ponendosi sullo stesso piano di quelli, non conclusivi).

Innanzitutto, su un piano letterale e generale, risulta abbastanza evidente che altro è una "esclusione", ben altro è una "limitazione": ove l'etimo di quest'ultima (*limes*)

⁽¹⁴⁾ Si veda ABRIANI, *Commento agli artt. 2475-bis, 2475-ter*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da Benazzo e Patriarca, Torino, 2006, pp. 348-349; Id., *Decisioni dei soci*, in AA.VV., *Diritto delle società (Manuale breve)*, Milano, 2012, p. 323 ss.; SPOLIDORO, *Questioni in tema di rappresentanza*, cit., p. 501 (nonché p. 509), rilevando, per la s.p.a., che ciò sarebbe in chiaro contrasto con l'art. 2384 c.c., che non riferisce la generalità del potere di rappresentanza a tutti gli amministratori in quanto tali, ma solo a quelli cui il potere sia attribuito dallo statuto; REGOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 138; GISOLFI - LUPETTI, *La rappresentanza generale*, cit., pp. 1340-1341; CARCANO, *Commento all'art. 2475-bis*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di Bianchi, in *Commentario Marchetti*, 2008, pp. 585-589; MORANDI, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1956; AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, vol. III, Napoli, 2004, p. 1578, ritenendo a ciò sufficiente l'iscrizione nel registro delle imprese; PARRELLA, *Commento all'art. 2475-bis*, in *Commentario Sandulli-Santoro*, tomo 3, 2003, p. 113; F. GIORGIANNI, *Commento all'art. 2384*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, vol. II, tomo 2, Padova, 2011, p. 57 e p. 67; CORRIAS, *Limitazioni al potere di rappresentanza*, in *S.r.l. - Commentario*, a cura di Dolmetta e Presti, Milano, 2011, pp. 600-602 (seppure senza prendere posizione contro la tesi opposta). In giurisprudenza, si veda Cass., 12 aprile 2001, n. 5468, in *Giur. it.*, 2002, p. 106, con nota di CERRATO, affermando, seppure con argomentazione non lineare, che le limitazioni statuarie non riguardano l'amministratore al quale la rappresentanza neppure risulti essere stata espressamente attribuita.

E si veda già, prima della riforma, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, pp. 4-7 (pur muovendo dal presupposto che l'indicazione statutaria del potere di rappresentanza a favore di ad alcuni amministratori soltanto equivalga in realtà ad una limitazione del potere degli altri); CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, nel *Trattato Colombo-Portale*, vol. 4, 1991, p. 105 ss., p. 131; ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 146 ss.

⁽¹⁵⁾ GRUNDMANN, *European Company Law*, cit., p. 142: «*the third party can already be confident that there is power of representation if the formalities are satisfied – at least if both registration and publication name the person acting as (member of the) board to be competent, and under Art. 3 (6) also if only publication does so. If the third party knows that there is no power of representation it is easier for him to avoid harm and therefore, in this instance, he remains without protection which he does not need*». Si veda però i rilievi di M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 462, rilevando come la questione sia considerata «non completamente fuori luogo» nella dottrina inglese.

evidenzia un'area perimetrata da un confine, e dunque un ambito circoscritto; e non già l'assenza di un qualsiasi ambito delimitato. Analoghe considerazioni possono poi estendersi al concetto di limitazione espresso nelle altre lingue in cui è dettata la normativa comunitaria (ad esempio: *limitations, Beschränkungen, limits, limitaciones*).

Ed infatti, trascorrendo dal significato etimologico del termine a quello "tecnicizzato" (vale a dire circoscritto dall'impiego legislativo) ⁽¹⁶⁾ le limitazioni al potere di rappresentanza vengono normalmente intese quelle mere condizioni alle quali un qualche potere rappresentativo – *di per sé, però, dato* – possa essere esercitato: e in particolare quelle relative a specifici negozi, o a certi tipi di negozio, o a certe specifiche circostanze, o a un certo tempo o area geografica entro cui il potere potrebbe essere speso, etc. (proprio in questi termini, in effetti, esemplifica il § 37, Abs. 2, della GmbH-G tedesca).

Ad un livello argomentativo superiore (poiché fondato sulla *ratio legis*) emerge poi un'ulteriore considerazione. Se la *ratio* della tendenziale inopponibilità delle limitazioni statutarie del potere rappresentativo degli amministratori deriva dall'esigenza di tutelare la certezza dei rapporti giuridici con i terzi, e in particolare l'affidamento ingenerato dalla circostanza che un qualche potere rappresentativo risulti conferito ad un certo amministratore, evitando di addossare al terzo l'onere di accertare caso per caso l'effettiva sussistenza della condizione che – spesso in termini non univoci – sia stata indicata e descritta quale limitazione; ad un livello ben diverso, e soprattutto non giustificato dall'esigenza di garantire la certezza dei rapporti con i terzi, si porrebbe una protezione del terzo che lo dispensasse persino dall'accertare l'effettiva attribuzione ad un amministratore di un qualsiasi potere rappresentativo ⁽¹⁷⁾. In questo caso, difatti, si tratterebbe di un onere relativo soltanto all'*an*, e non certo alle condizioni (*quantum, ubi, quomodo*) del potere rappresentativo: e perciò insuscettibile di ingenerare incolpevoli affidamenti o confusione.

Del resto, escludere che al terzo incomba persino un tale onere, nel nome di un preteso principio che, a tutela della certezza (e della rapidità) del traffico giuridico, vorrebbe il terzo esonerato da qualsiasi verifica attraverso gli strumenti di pubblicità legale, condurrebbe alla conclusione, di cui ciascuno riconoscerebbe l'assurdità, che allora il terzo, sulla base del medesimo principio, potrebbe ben "fidarsi" di chiunque

⁽¹⁶⁾ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, vol. I, tomo 2, 1980, p. 108, così indicando le espressioni che «nell'ambito di una scienza o di una tecnica si specializzano, conservando solo una delle diverse accezioni che hanno nell'uso ordinario, ovvero adottano un senso più ristretto e meglio precisato di quello che hanno nell'uso ordinario». Si veda anche IRTI, *Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984 (e già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 265 ss.), p. 165.

⁽¹⁷⁾ E si veda infatti l'osservazione di GRUNDMANN, *European Company Law*, cit., p. 142, sopra riportata alla nota 15.

gli si presenti come amministratore, senza neppure doversi accollarsi l'onere di verificare se (e di provare che) ⁽¹⁸⁾ la sua controparte rivesta, quantomeno, tale qualità. Ma se invece si ammette che almeno un tale onere – al di là ovviamente dei casi in cui possono trovare applicazione i principi in materia di amministrazione di fatto o di apparenza ⁽¹⁹⁾ – spetti sempre al terzo ⁽²⁰⁾, e se si riconosce che esso implica pur sempre un giudizio sull'*an*, da risolversi quindi nei facili termini di un sì o di un no, dovrà anche ammettersi che esso costituisce, operativamente, onere di uguale impegno a quello di verificare, negli stessi modi, se la controparte rivesta, oltre alla qualità di amministratore, anche quella di amministratore munito di (un qualche) potere rappresentativo.

Difatti, è proprio presupponendo un tale onere di accertamento – quantomeno esteriore, sull'*an* – che la legge si premura di proteggere il terzo che l'abbia adempiuto, ed allora incolpevolmente fatto affidamento su quanto verificato, dalle conseguenze di un'eventuale invalidità della nomina dell'amministratore (art. 2383, comma 5, c.c.).

Per affermare l'incondizionata opponibilità a terzi della mancata attribuzione di qualsiasi potere rappresentativo ad un amministratore, resta infine da affrontare l'argomento fondato sul ritenuto "modello legale" del regime della rappresentanza: e

⁽¹⁸⁾ Il che infatti corrisponde a principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità: si veda sopra nota 9.

⁽¹⁹⁾ E si veda così SPOLIDORO, *Questioni in tema di rappresentanza*, cit., p. 509, facendo riferimento all'ipotesi che una tale apparenza sia dipesa da un comportamento o da un'omissione della società, ma chiarendo come in nessun caso l'apparenza del potere di rappresentanza «surroghi» il conferimento del medesimo da parte di chi sia a ciò legittimato, essendo il meccanismo giuridico ben diverso da quello che sta alla base della procura. In termini analoghi, per il diritto inglese, si veda, MAYSON - FRENCH - RYAN, *Company Law*, Oxford-New York, 2007, p. 578 ss.), ricordando la dottrina della c.d. «ostensibile authority», in virtù della quale il «Principal» (e cioè la società) resterebbe impegnata se essa, o altro soggetto investito della «actual authority» (e cioè un amministratore investito del potere di rappresentanza) avesse operato una preposizione (che noi diremmo) institoria, o comunque acconsentito a che chi fosse sprovvisto di una *actual authority* (che comunque resta fondamento ben diverso) avesse agito sul mercato come se l'avesse.

⁽²⁰⁾ Si veda ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1002; MORANDI, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1956.

Del resto, se il difetto di potere rappresentativo non fosse di per sé (incondizionatamente) opponibile al terzo contraente, non si comprenderebbe perché l'art. 2475-ter, comma 1, c.c., in materia di conflitto di interessi, non consideri tale ipotesi delimitando la fattispecie da esso prevista con riferimento ai soli «contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società» (in questo senso, cfr. ABRIANI, *Commento agli artt. 2475-bis, 2475-ter*, cit., p. 349): quasi a lasciar fuori da essa, ma allora del tutto irragionevolmente, i contratti conclusi da coloro che non l'hanno affatto (ritiene però che l'art. 2475-ter c.c., sia applicabile anche a tale ipotesi, dunque ammettendola come possibile, VENTORUZZO, *Commento all'art. 2475-ter*, cit., p. 609).

ciò è quello, sopra ricordato, secondo il quale tale modello, espresso dalla secca previsione dell'art. 2475-*bis*, primo comma, c.c., comporterebbe automaticamente la spettanza del potere rappresentativo a qualsiasi amministratore; sicché una sua deroga sarebbe pur sempre da intendersi come una limitazione a quel "naturale" potere⁽²¹⁾.

L'argomento è certo sottile, ma come spesso accade quando lo è troppo (e troppo perché, come visto, finisce col risultare incongruente con lo stesso significato del termine "limitazione", nonché con la *ratio legis*, che non può essere quella di esonerare il terzo anche dal più basilare degli accertamenti), fuorviante.

Il suo vizio recondito sembra infatti risiedere nella mancata considerazione, nei principi interpretativi che debbono guidare la ricostruzione di un dato modello normativo, del diverso ruolo giocato dalle norme *dispositive* e dalla norme *suppletive*. Entrambe infatti, da un punto di vista operativo, si accomunano per essere derogabili, comportando che una determinata regola prevista dalla legge si applichi soltanto se l'autonomia privata (in termini poi non necessariamente illimitati) non abbia diversamente disposto. Dal punto di vista della struttura logico-prescrittiva, però, tra i due tipi di norme intercorre una rilevante differenza: la norma dispositiva pone una regola che dovrà tendenzialmente applicarsi, salvo che l'autonomia privata decida di derogarvi; la norma suppletiva presuppone invece che vi sia – *che dovrebbe esservi, ai sensi di legge* – una scelta dell'autonomia privata; e che soltanto quando una tale scelta, pur presupposta e sollecitata dalla legge, manchi – ipotesi dunque di "irregolarità" rispetto all'assetto previsto dalla legge – si applicherà quella norma⁽²²⁾.

Così, ad esempio, e per restare nel campo del diritto societario, altro è dire (dispositivamente) che in una società la partecipazione riconosciuta a ciascun socio dovrà misurarsi in termini proporzionali al suo conferimento (elemento che certamente integra, in *parte qua*, il «modello legale»), pur essendo ammessa una diversa previsione statutaria. Ben altro invece – e sempre ricorrendo ad un esempio in tema di conferimenti – è prescrivere che i soci *debbano* pattuire ed indicare i conferimenti ai quali si obbligano, salvo poi prevedere, con norma allora suppletiva, che nel caso (evidentemente "irregolare") in cui la misura di un tale impegno non sia stata conve-

(21) Non riterrei univoco in tal senso il passo della relazione al d.lgs. 6/2003, § 6, III, 1 (con riferimento peraltro alle società per azioni) secondo cui gli amministratori hanno poteri di gestione estesi a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale e una rappresentanza generale per tutti gli atti compiuti in nome della società, ma «lo statuto o l'atto di nomina o di delega possono limitare in vario modo questi poteri di gestione o di rappresentanza»: non è così evidente, infatti, che un tale inciso postuli che la «limitazione» a cui ci si riferisce coincida, o comprenda anche, la totale «esclusione».

(22) C. ESPOSITO, voce *Norma giuridica*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. XVII, 1939, pp. 1049-1052; BARBERO, *Le norme complete*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 526, rilevando come le norme suppletive, integrando un contenuto negoziale mancante, finiscono con l'operare fuori dal campo dell'interpretazione in senso stretto.

nuta o altrimenti resa individuabile, allora quell'impegno dovrà essere determinato, in via suppletiva dalla legge, nella misura di quanto necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale: ciò che certamente non corrisponde al "modello legale" (a meno di non ipotizzare che la norma esprima, in realtà, un generale divieto di sottocapitalizzazione reale della società).

Ebbene, chiarita questa distinzione, e per tornare al tema della rappresentanza degli amministratori, se si condivide quanto ricordato al paragrafo precedente (e, come detto, generalmente condiviso) circa il fatto che la disciplina della s.r.l. (mediante l'espresso rinvio dell'art. 2475 c.c. all'art. 2383, comma quarto, c.c.) *richiede* che i soci non si limitino a designare gli amministratori *tout court*, ma anche che essi espressamente *indichino* gli amministratori ai quali è «**attribuita la rappresentanza della società**», ci si può ben avvedere che *l'art. 2475-bis, primo comma, c.c.*, nel prevedere che "gli amministratori hanno il potere generale di rappresentanza", *esprime in realtà* (se si ammette che una norma di legge non è necessariamente contenuta in un singolo enunciato normativo, ma può risultare integrata da più enunciati separatamente dettati; e che quindi la particolare norma in esame non va considerata come monade, ma integrata nella restante disciplina del tipo s.r.l.) una norma certamente derogabile, ma poi, in particolare, *suppletiva*, e non già dispositiva.

E infatti, come appena ricordato, non può disconoscersi che il "modello legale" della s.r.l. – vale a dire l'assetto regolamentare che conseguirebbe ad una totale conformazione dell'autonomia privata alle norme, derogabili e inderogabili, di legge – presuppone, espressamente prescrivendolo, che degli amministratori ai quali è attribuita la rappresentanza della società, fossero anche tutti, sia resa esplicita indicazione.

Sicché, soltanto quando una tale prescrizione venga contravvenuta ⁽²³⁾, potrà e dovrà ritenersi che tutti gli amministratori, come tali, abbiano il potere di rappresentare la società; e soltanto in quel caso, allora, il terzo potrà legittimamente fare affidamento sulla regola suppletiva che integra una lacuna di quello che, altrimenti,

⁽²³⁾ In tale direzione pare orientato, con riferimento alla s.p.a., SPOLIDORO, *Questioni in tema di rappresentanza*, cit., p. 496, ricordando come le norme che richiedono l'indicazione degli amministratori muniti di potere di rappresentanza rivelino che «la rappresentanza non è un *munus* proprio della qualità di amministratore», pur non potendosi escludere ovviamente che «tutti gli amministratori siano investiti del potere di rappresentare la società, se lo statuto lo prevede»; CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, V, 2007, pp. 234-235. Per la necessità dell'indicazione degli amministratori muniti di potere rappresentativo, proprio come nella s.p.a., e per la rilevanza soltanto suppletiva dell'art. 2475-bis c.c., si veda anche CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 130 («la titolarità della rappresentanza è definita dall'atto costitutivo», potendosi «supplire alla mancata indicazione statutaria ricorrendo ad un principio legale di attribuzione della titolarità del potere rappresentativo»); CARCANO, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 586.

sarebbe il “modello” che ci si dovrebbe attendere e al quale ci si dovrebbe attenere.

Diversamente, il rispetto della regola di legge (che del resto, come si è ricordato, è dato constatare quasi sempre nella prassi) e pertanto l’individuazione di quali amministratori abbiano il potere di rappresentanza e quali non, renderà incondizionatamente opponibile ai terzi il totale difetto (non già una limitazione) di potere rappresentativo in capo ai secondi.

18.2.3. *Pluralità di amministratori muniti di potere rappresentativo e regime residuale disgiuntivo*

Normalmente da specificarsi (in caso di amministrazione pluripersonale), oltre a quali amministratori abbiano il potere di rappresentanza, sarà altresì il regime, disgiuntivo o congiuntivo, a cui dovrà improntarsi l’esercizio di quel potere (art. 2383, comma quarto, c.c.). A questo proposito la legge, pur chiara con riferimento al profilo decisionale (indicando la modalità consiliare quale regime dispositivamente applicabile), non manifesta alcuna preferenza circa il regime rappresentativo residuale: così lasciando aperto il dubbio – infatti costantemente rappresentato ed affrontato nel dibattito pratico e teorico – *se esso debba seguire la regola della disgiuntività o della congiuntività*.

V’è da dire al riguardo – per motivare la scelta di trattarne in queste pagine, dedicate come detto alle sole questioni di specifica pertinenza della s.r.l. – che la questione si pone in termini che, seppure simili, rivelano contorni non del tutto coincidenti con quelli che delineano il problema nell’ambito della s.p.a. Ciò sia in ragione delle spiccate esigenze di agilità operativa che sembrano trovare particolare e concreto riconoscimento nella disciplina della s.r.l. (con particolare riferimento alla possibilità di co-decisione scritta formata a distanza, o all’espresso riconoscimento della possibilità di adottare un regime di amministrazione disgiuntiva), sia in considerazione del “naturale” coinvolgimento dei soci nella funzione amministrativa (art. 2475, comma 1, c.c.): elementi, questi, che, in relazione al modello empirico di società chiusa cui la disciplina della s.r.l. parrebbe rivolgersi, potrebbe lasciar presupporre un particolare *intuitus personae* e una reciproca fiducia fra i soci/amministratori/rappresentanti particolarmente consoni, in questo tipo di società, ad un regime di rappresentanza disgiuntiva piuttosto che congiuntiva⁽²⁴⁾.

Al di là di questi argomenti più strettamente pertinenti alla s.r.l. (ma di rilevanza per lo più impressionistica, o comunque ancorata al solo tipo ideale), a favore dell’applicabilità residuale di un regime rappresentativo disgiuntivo (in tutte le socie-

⁽²⁴⁾ Si veda in questa direzione, ad es., M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 461 ss.

tà di capitali) si adduce poi che esso corrisponderebbe, al fondo, al modello residuale operante per l'intero diritto societario, siccome maggiormente propizio all'efficienza operativa di qualunque impresa collettiva: e cioè quello espresso dalle discipline residuali della società semplice e della collettiva ⁽²⁵⁾.

Al che però si contrappone ⁽²⁶⁾ come, in realtà, quel regime rappresentativo, nelle società personali, si giustifichi soltanto in ragione del più generale regime amministrativo (dunque anche decisionale) previsto dalla legge, che come noto è quello disgiuntivo; il quale, però, è ben diverso da quello, collegiale, che impronta lo statuto legale delle società di capitali; sicché, un principio di corrispondenza fra poteri decisionale e rappresentativo ⁽²⁷⁾ implicherebbe, piuttosto, che anche l'esercizio

⁽²⁵⁾ A favore del regime disgiuntivo si veda SPOLIDORO, *Questioni in tema di rappresentanza*, cit., p. 497 (limitandosi però a ritenere tale principio conforme alla «opinione comune»); GISOLFI - LUPETTI, *La rappresentanza generale*, cit., p. 1331; PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di Farina, Ibba, Racugno, Milano, 2004, p. 248 ss.; F. GIORGIANNI, *Commento all'art. 2384*, p. 57; LIBONATI, *Diritto commerciale*, p. 38; MALBERTI, *Commento all'art. 2384*, in *Amministratori*, a cura di Ghezzi, in *Commentario Marchetti*, 2005, p. 184 ss.; PARRELLA, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 112; MORANDI, *sub art. 2475 bis*, cit., p. 1954; REGOLI, *La rappresentanza*, pp. 136-139 (questi ultimi due Autori richiamandosi espressamente alla disciplina delle società personali, aderendo a quanto già prima della riforma sostenuto da SANTINI, *Commento all'art. 2475*, in *Commentario civile Scialoja-Branca*, 1992, p. 55; COSTI, *Della società in accomandita per azioni*, in *Commentario civile Scialoja-Branca*, 1973, p. 78.

⁽²⁶⁾ ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 996 ss., seguito da BORDIGA, *Rappresentanza della società*, cit., p. 595. E già prima della riforma, MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., p. 123; ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 154 ss.; RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 1982, p. 107 ss.

Per una soluzione differenziata, parrebbe, CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 132 - 133, ritenendo residualmente applicabile la regola della congiuntività solo ove manchi ogni indicazione sulla spettanza del potere rappresentativo; laddove in caso di espresso conferimento del potere rappresentativo a più amministratori occorrerebbe piuttosto riconoscere a costoro, sempre in via suppletiva, il potere di agire disgiuntamente in conformità agli artt. 1716, comma 2, e 2203, comma 3, c.c.

⁽²⁷⁾ Per questa corrispondenza si veda CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 675, nota 36 per cui qualsiasi dissociazione deriverebbe da una fonte statutaria, e non sarebbe pertanto una limitazione opponibile ai terzi. Ma questo argomento – fondato sulla (tendenziale in)opponibilità delle limitazioni convenzionali - nel caso di specie finirebbe col provare troppo: giacché, se si muove dal presupposto di un regime legale congiuntivo, l'adozione di un regime di rappresentanza disgiuntiva risulterebbe a ben vedere non già una limitazione, bensì una *dilatazione*.

del secondo dovrebbe coinvolgere tutti ⁽²⁸⁾, o quantomeno la maggioranza ⁽²⁹⁾, degli amministratori, e dunque in ogni caso *congiuntamente* (a meno che i soci o lo stesso consiglio di amministrazione non abbiano espresso, in generale o nel singolo caso, scelte divergenti) ⁽³⁰⁾.

Nella stessa direzione si contesta che possa essere pertinente, a favore di una tendenziale regola di disgiuntività, il richiamo all'art. 1716 c.c. ⁽³¹⁾, secondo il quale in caso di mandato conferito ad una pluralità di mandatari, se non è stabilito espressamente che essi debbano operare congiuntamente, «ciascuno potrà concludere l'affare»: e ciò perché tale norma – si obietta – presupporrebbe «una dissociazione fra potere gestorio e potere rappresentativo che non appartiene al regime legale delle società» ⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ In questo senso CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 132, nota 12 pur riconoscendo, come si rileva fra breve, la difficoltà di adattare il metodo collegiale a regolare il fenomeno rappresentativo; posizione condivisa, anche se senza prendere, alla fine, posizione decisa («quale che sia, in ogni caso, la scelta da attribuirsi al legislatore») da ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 998.

⁽²⁹⁾ ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 155; MALBERTI, *Commento all'art. 2384*, cit., p. ... [?]

⁽³⁰⁾ Ad esempio l'attribuzione del potere rappresentativo ad un singolo amministratore mediante delega consiliare, o il rilascio di una procura comune, da parte del consiglio di amministrazione ma anche della stessa assemblea, a favore di un rappresentante non amministratore (mentre più dubbia risulta la possibilità di investire di una rappresentanza di diritto comune un amministratore). In questo senso, SPOLIDORO, *Questioni in tema di rappresentanza*, cit., p. 501, ritenendo che se operi un consiglio di amministrazione e non sia indicato a chi spetti il potere rappresentativo (ipotesi peraltro diversa da quella affrontata del testo, ove si presuppone che tale potere sia espressamente attribuito a più amministratori), non varrà la regola per cui occorrerà il consenso di tutti o della maggioranza, ma tendenzialmente il potere rappresentativo spetterà al consiglio di amministrazione come tale; pur riconoscendosi poi come risulta difficile, sia in via teorica che pratica, ammettere che il consiglio di amministrazione possa essere appositamente convocato e riunito per sottoscrivere il contratto; ed allora convenendosi che esso possa nominare un amministratore delegato o un rappresentante *ad acta*. In realtà, se si accogliesse questa prospettiva, si potrebbe almeno ritenere che il potere di rappresentanza del consiglio potrebbe essere speso, quantomeno nei contratti che non richiedono una forma particolare, anche attraverso la spendita del nome sociale da parte di uno solo, e una manifestazione tacita, anche per fatti concludenti, desumibile dal comportamento degli altri (ALTMEEPEN, *Sub § 37*, p. 664, *Rn.* 51).

⁽³¹⁾ Operato ad esempio da SCIUTO - SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 56, nota 84, citati anche alla nota 37. Da ultimo si veda anche CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli*, in CACCAVALE - MAGLIULO - MALTONI - TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, 2ª ed., Milano, 2007, p. 522.

⁽³²⁾ ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1000.

In realtà che una tale «dissociazione» non appartenga punto al regime legale delle società, almeno quelle di capitali, non pare così certo, essendo essa, anzi, quasi presupposta da un regime legale che anziché istituire, o quantomeno sottintendere, una regola “forte” di corrispondenza fra potere decisionale e potere rappresentativo, sembra piuttosto muovere da un presupposto contrario, richiedendo di specificare a quali amministratori spetti il potere di rappresentanza, e restringendo l’opponibilità ai terzi delle eventuali limitazioni convenzionali ai “poteri” degli amministratori: al punto che taluni ⁽³³⁾ ritengono quella dissociazione non solo consistente, ma addirittura consumata in una reciproca autonomia fra ciò che vale rapporti interni e ciò che vale rapporti esterni.

Ma anche al di qua di questi ultimi – e cioè ragionando sul solo versante dei rapporti *interni* e degli interessi che essi coinvolgono – emergono ragioni per dubitare, quando l’autonomia privata non si sia diversamente espressa e gli amministratori designati compongano pertanto un consiglio di amministrazione, che una corrispondenza fra potere decisionale e potere rappresentativo possa estendersi al di là del profilo della loro *titolarità*, sino ad implicare anche una simmetria anche sul versante delle rispettive *condizioni di esercizio* ⁽³⁴⁾. E ciò non tanto perché si tratti di poteri

⁽³³⁾ Si veda *supra* nota 2.

⁽³⁴⁾ La distinzione (v. già uno spunto in MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., p. 165), nella prospettiva coltivata nel testo (volta a negare una necessaria correlazione fra metodo collegiale della decisione e regola congiuntiva della rappresentanza), è diversa da quella fra «contenuto» e «titolarità» (o «modalità di esercizio»), distinzione a cui nel passato si è fatto ricorso per escludere che la clausola di rappresentanza congiuntiva (siccome pertinente alla titolarità e non al contenuto) non costituisse una vera e propria limitazione al (contenuto del) potere rappresentativo. Argomento, questo, poi soggetto ad un’ampia critica da parte di MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 18 ss., spec. p. 32 ss., oltre che ad un orientamento giurisprudenziale contrario di cui si dirà appresso (nota 44).

Nel diritto spagnolo, ove l’art. 62 della *Ley* impone un’espressa scelta del modello amministrativo, e dove il modello consiliare resta comunque l’ultimo fra quelli previsti (dopo l’amministratore unico, o, in caso di più amministratori, l’amministrazione disgiuntiva, e poi quella congiuntiva), alla regola della «normale corelación» fra potere decisionale e rappresentativo è consentita una deroga proprio per il modello congiuntivo e per quello consiliare, rilevandosi in effetti la scarsa utilità, in questi casi, di quella regola (SANZ, *Comentario all’art. 62*, in *Comentario a la ley de responsabilidad limitada*, coordinato da Arroyo e Embid, Madrid, 1997, p. 673). Nel diritto francese opera invece, residualmente, il regime di amministrazione disgiuntivo (Code de Commerce, art. L. 223 – 18, al. 5: «*En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus au présent article*»), così come in quello belga (l. 17 mai 1999, *contenant le Code des sociétés*), che all’art. 257, al. 1, prevede: «*Chaque gérant peut accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l’accomplissement de l’objet social de la société, sauf ceux que le présent code réserve à l’assemblée générale*».

che, seppure da riportarsi entrambi a quello generale di “amministrazione”, hanno natura e funzione diverse, ma soprattutto perché – seppure si può ⁽³⁵⁾ immaginare una corrispondenza quando operi il regime disgiuntivo o congiuntivo, in effetti predicabili per ciascuno dei due poteri – quando invece, come nell’ipotesi in discorso, il processo decisionale risulti governato dal metodo collegiale, è inevitabile constatare ⁽³⁶⁾ come questo sia espressione, in realtà, di un principio “incommensurabile” rispetto alle dinamiche dell’esternazione delle determinazioni negoziali della società, e che quindi non può “dir nulla”, su come queste debbano svolgersi,

In questa prospettiva deve allora riconoscersi che il principio affermato dall’art. 1716 c.c. - per quanto lo si voglia ritenere non direttamente applicabile all’amministrazione delle società - risulta comunque espressione di una logica funzionale e razionale, e come tale residualmente da prescegliersi quale “criterio di soluzione dei criteri tipologici” ⁽³⁷⁾. Una logica secondo cui, *definito il momento decisionale (pluripersonale)* – rispetto al quale, nelle società di capitali, ben può giustificarsi la *collegialità* quale tecnica (ipoteticamente) di migliore e più cauta ponderazione – non solo non si saprebbe come replicare un tale metodo, in effetti funzionale al solo decidere, rispetto al momento della dichiarazione negoziale; ma anche ad immaginare - e pur con ciò diluendone notevolmente la nozione e il senso giuridico - che il metodo collegiale, siccome comportante, nella fase decisionale, il coinvolgimento di tutti (nella possibilità di partecipare) o quantomeno della maggioranza dei presenti (nel decidere), andrebbe trascritto, nella fase dichiarativa, in una qualche regola di partecipazione collettiva anche in tale fase (ma poi, del consiglio come tale? di tutti? della maggioranza assoluta? della maggioranza di chi si presenti alla stipulazione, e allora anche di uno solo? il dubbio, in effetti, serpeggia fra chi sostenga tale tesi) ⁽³⁸⁾, ci si accorgerebbe che una tale partecipazione, che secondo il metodo collegiale si giustifica in funzione di una migliore ponderazione, non avrebbe né equivalente né altro particolare senso o razionalità quando si tratti di manifestare ad un terzo un *decisum* già deliberato

⁽³⁵⁾ Per una simmetria nelle società di persone, si veda FERRARA - CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, p. 224; GALGANO, *Le società*, cit. [QUALE OPERA?], p. 78; COTTINO - WEIGMANN, *Le società di persone*, 144; *contra*, in tempi più risalenti, GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 440.

⁽³⁶⁾ Lo rilevava già CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 132.

⁽³⁷⁾ SCIUTO - SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 56, ove, anche alla nota 84, un richiamo all’art. 1716 c.c., quale «soluzione sistematicamente più integrabile dell’agire in nome e per conto», che «si lascia raccomandare anche dall’efficienza, [pur comportando] dei rischi non sottovalutabili»; rischi in effetti già autorevolmente avvertiti (ABBADESSA, *Il potere di gestione*, cit., p. 155), ma in qualche modo resi subalterni, nella logica generale della legge, rispetto a quelli di una delusione dell’affidamento dei terzi (e sulla scelta legale di «correre» tali rischi, si vedano le osservazioni alla nota 54).

⁽³⁸⁾ Si vedano le note 28-30, e testo corrispondente.

(se non nell'ipotesi – tutt'altro che scontata, però, da presupporre – di una congenita sfiducia nella lealtà dei singoli rappresentanti).

Una tale esternazione sarà infatti – almeno in principio – un momento di mera esecuzione della decisione assunta (si suppone collegialmente), ove la discrezionalità o quantomeno il contributo decisionale del singolo amministratore munito di potere rappresentativo saranno ridotti, ed anzi tendenzialmente azzerati; al punto da non lasciare intravedere alcuna plausibile ragione⁽³⁹⁾ per cui egli non dovrebbe poter agire da solo, pur quando il procedimento decisorio sia improntato a collegialità.

Lo conferma, a ben vedere, la disciplina del conflitto di interessi *ex art. 2475-ter*, c.c., ove l'abuso e la distorsione funzionale che esso comporta, rileva per certo in capo all'amministratore/rappresentante quando questi agisca di propria (esclusiva o concorrente) iniziativa, e dunque anche «decidendo» (sia pure infedelmente), oltre che «dichiarando». Mentre quel conflitto risulta rapportato, ed esaurito nella sua rilevanza, al solo procedimento consiliare allorché sia nell'ambito di tale procedimento che la decisione viziata è maturata, irrilevante restando allora la condotta o lo stato soggettivo del rappresentante, oppure la circostanza che sia stato proprio questi, oppure non, colui al quale, in sede consiliare, il conflitto di interessi potesse riferirsi⁽⁴⁰⁾. E ciò nell'evidente presupposto che, presa la decisione, il ruolo del rappresentante (sempre che infedelmente non decida di discostarsi da quella decisione, nel quale caso tornerebbe ad applicarsi la regola di cui all'art. 1394 c.c.) è sostanzialmente solo esecutivo, nunziatorio⁽⁴¹⁾. Sicché, secondo logica e ragione, parrebbe cautela del tutto ingiustificata – sia pure nel rispetto di una ipotetica volontà dei soci che abbiano (non dis)voluto un organo amministrativo collegiale – quella di imporre, o di presupporre che quelli abbiano voluto, che anche l'esercizio della rappresentanza richieda il necessario coinvolgimento della collettività (di tutti o della maggioranza) degli amministratori.

⁽³⁹⁾ Al di là, si ripete, di una temuta infedeltà, che peraltro troverebbe, in molti casi, un temperamento nella disciplina del conflitto di interessi *ex art. 2475-ter*, comma 1, c.c., applicabile al caso in cui la decisione esternata sia imputabile, anche in parte, al rappresentante (si veda *infra*, nota 115 e testo corrispondente).

⁽⁴⁰⁾ Cfr. ABRIANI, *Commento agli art. 2475-bis, 2475-ter*, cit., p. 353. Con riferimento alla seconda ipotesi non si esclude, talora (VENTORUZZO, *Commento all'art. 2475-ter*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di Bianchi, in *Commentario Marchetti*, 2008, pp. 598-656 ss.), che se ad agire sia proprio l'amministratore al quale, in sede consiliare, sia stato imputabile il conflitto, possa concorrere, insieme alla fattispecie e alla disciplina di cui all'art. 2475-ter, comma 2, c.c., anche quella del comma 1. Ma ciò poco sposta ai fini del discorso che si sta conducendo nel testo (ininfluenza della condotta del rappresentante che porti a mera esecuzione la decisione assunta collegialmente).

⁽⁴¹⁾ Si vedano *infra* le note 114-115 e testo corrispondente. In senso divergente però M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 484 ss.

D'altronde, se così non fosse, si dovrebbe supporre che il regime (in ipotesi congiuntivo) legale del potere di rappresentanza (che così come per la sua portata, che la legge vuole "generale" e dunque massima, anche quanto alle sue modalità di esercizio dovrebbe supporre coincidere *con quello più ampio consentito*)⁽⁴²⁾ già "nasca" come un regime "limitato" rispetto alle opzioni concesse all'autonomia privata.

Dal momento che questa, per adottare un regime (beninteso, non del generale potere amministrativo, e decisionale in particolare, *ex art. 2257 c.c.*, che è un'eccezione anche alla regola della collegialità interna; ma soltanto) rappresentativo disgiuntivo, dovrebbe espressamente prevederlo con una disposizione statutaria che allora, eccezionalmente, anziché operare quale *limitazione*, opererebbe quale *dilatazione* del potere rappresentativo fissato dal regime legale. Ne risulterebbe, insomma, che quest'ultimo (ove in ipotesi congiuntivo) non sarebbe, fra quelli possibili e consentiti, quello che maggiormente tutela l'affidamento dei terzi: il che però non pare corrispondere alla logica di fondo della disciplina comunitaria di vertice.

Ed è proprio dalla disciplina comunitaria che del resto (ma non certo per ultimo, attesa la preminenza della fonte) si ricava un indice testuale nel senso che sia proprio quello disgiuntivo il regime residuale del potere rappresentativo della s.r.l. (e delle società di capitali in generale). Mostrandosi così come il regime congiuntivo, ove non espressamente prescelto dallo stesso legislatore quale regime legale, non possa che essere il frutto di una limitazione convenzionale al regime legale, tendenzialmente coincidente con quello avente la portata più ampia fra quelle consentite.

Il già richiamato art. 10, par. 3, direttiva 2009/101/CE, prevede infatti, che «se la legislazione nazionale prevede che il potere di rappresentare la società possa, *in deroga alla regola di legge in materia*, essere attribuito a una sola persona o a più persone che agiscono congiuntamente», allora il legislatore nazionale potrebbe prevedere che «tale disposizione statutaria» **possa essere resa opponibile ai terzi a determinate condizioni** (v. paragrafo seguente).

Ne emerge un forte indice nel senso che il *regime congiuntivo* sia normalmente considerato dal legislatore comunitario soltanto quale oggetto di una eventuale «disposizione statutaria», che si ponga in «deroga alla regola di legge». «Regola» che dunque (presupporrebbe) un regime disgiuntivo.

Certo, «la regola di legge» cui fa riferimento il legislatore comunitario pare, più che da egli stesso prestabilita, presupposta come quella scelta dal legislatore nazionale, che quindi potrebbe anche prevedere un regime residuale diverso, di rappresentanza

⁽⁴²⁾ In questa prospettiva, che muove dalla regola per cui la legittimazione del rappresentante legale è generale, e allora volta ad orientarsi verso il regime di maggior tutela del terzo, che non deve sopportare un'omissione imputabile alla società (quella di non avere indicato gli amministratori muniti del potere rappresentativo, o del regime applicabile), M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., pp. 457-459.

congiuntiva⁽⁴³⁾. Ma ciò non toglie che l'ipotesi generale contemplata sia, all'evidenza, quella opposta. E che, in tale ipotesi, l'opponibilità del regime congiuntivo statutariamente adottato resterebbe comunque condizionata da una espressa previsione di legge in tal senso; operando altrimenti la clausola che istituisse quel regime quale limitazione statutaria opponibile alle sole condizioni di cui all'art. 2475-bis, comma secondo⁽⁴⁴⁾; i terzi potendo allora confidare sulla efficace spendita del nome sociale operata da un singolo amministratore munito del potere rappresentativo. E del resto, se non fosse il regime disgiuntivo quello corrispondente al modello legale secondo il legislatore comunitario, l'art. 10, comma 3, avrebbe ben potuto limitarsi a prevedere che il legislatore nazionale potesse prevedere l'opponibilità del regime di rappresentanza congiuntiva, omettendo qualunque riferimento alla «deroga alla regola di legge».

18.2.4. Clausola di amministrazione congiuntiva ex art. 2258 c.c. (ovvero di mera rappresentanza congiuntiva) e relativa opponibilità

(A) La norma comunitaria appena ricordata investe poi un'altra questione, contigua a quella appena esaminata e, ancora, specificamente pertinente la s.r.l.: se l'espressa scelta di un regime di amministrazione congiuntiva ex art. 2258 c.c. (come noto consentito dall'art. 2475 c.c.) possa rendere opponibile il regime congiuntivo che, anche sul piano del potere rappresentativo, è insito in una tale scelta.

⁽⁴³⁾ E così, in effetti, avviene – ma allora con regola espressa – nel diritto tedesco, § 78, Abs. 2, AktG e § 35 GMBh-G. Nello stesso senso qui sostenuto, M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 458.

⁽⁴⁴⁾ In tal senso si veda MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiuntiva*, cit., p. 18 ss., cui aderisce M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 470; BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 78 nota 84; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Trattato Galgano*, 2002, p. 180 ss.; SPOLIDORO, *Questioni in tema di rappresentanza*, cit., p. 497; Cass., 1° dicembre 1995, n. 12420, in *Riv. not.*, 1996, p. 1265; Cass., 12 aprile 2001, n. 5468, in *Giur. it.*, 2002, p. 106, con nota di CERRATO; Cass., 22 giugno 2005, n. 13442 (ma con riferimento ad una clausola che prevedeva una rappresentanza congiunta solo per alcuni atti, ed allora, come tale, comunque fuori dalla portata dell'art. 9, par. 3, I direttiva 68/151/CEE, che consente l'opponibilità solo quando si tratti di rappresentanza estesa a tutti gli atti).

In senso contrario, ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1002 (efficacia meramente interna della «clausola che affidi la rappresentanza soltanto ad alcuni amministratori in deroga ad un sistema legale come quello della s.r.l. basato sulla spettanza del potere rappresentativo a tutti gli amministratori»); CARCANO, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 589; e, prima della riforma, ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 153 ss.; BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, p. 43 e 188; nonché, in giurisprudenza, Cass., 20 agosto 2004, n. 16376; Cass., 25 marzo 2005, n. 6468; di recente, Trib. Cagliari, 18 settembre 2009, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 2, II, p. 228, con nota di NIEDDU ARRICA.

(B) La questione appena rappresentata solo in parte coincide con quella, ulteriore (e comune alla s.p.a.), che si prospetta quando invece, in presenza di un consiglio di amministrazione, sia stata prevista una clausola di rappresentanza congiuntiva («pura») ⁽⁴⁵⁾.

A questo proposito, la norma comunitaria (art. 10, par. 3, direttiva 2009/101/CE, poc'anzi ricordato) consente l'opponibilità di un eventuale regime di rappresentanza congiuntiva solamente a due condizioni: (i) che il legislatore nazionale espressamente preveda l'adottabilità di un tale regime: e su ciò, per quanto appena ricordato, non vi sono dubbi per l'ordinamento italiano; (ii) che in tal caso, inoltre, il legislatore nazionale stabilisca *anche* che tale regime sia opponibile ai terzi.

Questa scansione a doppio livello della norma comunitaria, dovrebbe indurre a ritenere, già a prima vista (e come meglio si vedrà in fine di paragrafo), che l'eventuale l'opponibilità del regime congiuntivo dovrebbe essere espressamente prevista dalla legge, in modo tendenzialmente autonomo dalla previsione che si limiti a *consentire* all'autonomia privata l'adozione di quello stesso regime.

Il che, con riferimento alla questione (sopra indicata *sub B*) dell'opponibilità della clausola che (in presenza di un consiglio di amministrazione, tanto nella s.p.a. che nella s.r.l.) preveda un regime di rappresentanza congiuntiva, ha condotto parte della dottrina e della giurisprudenza ⁽⁴⁶⁾ (seppure dopo un percorso altalenante, e ribaltando l'opinione autorevolmente proposta in tempi più risalenti) ⁽⁴⁷⁾ ad escludere che una tale previsione normativa potesse rintracciarsi nel nostro ordinamento, e in

⁽⁴⁵⁾ Cioè estesa ad ogni atto e quindi riguardante lo stesso potere di rappresentanza generale, come previsto dall'art. 10, par. 3, direttiva 2009/101/CE.

⁽⁴⁶⁾ Si veda il saggio di MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiuntiva*, cit., p. 39 ss. (alle cui posizioni aderisce, da ultimo, M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 470 ss.), del quale qui appresso si tenta di riportare alcuni dei principali passaggi. In esso, anche, un'accurata ricostruzione dell'evoluzione del dibattito dottrinale e delle posizioni della giurisprudenza, culminate nella svolta (seppure a tutt'oggi l'orientamento resta oscillante: si veda *supra*, nota 44) segnata da Cass., 1° dicembre 1995, n. 12420 (nel senso che la clausola di rappresentanza congiuntiva rappresenti una limitazione al potere di rappresentanza degli amministratori).

⁽⁴⁷⁾ Un primo spunto in ABBADESSA, *Potere deliberativo e potere di rappresentanza nella società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, II, pp. 164-172 ss.; seguito poi CABRAS, *Potere di gestione e potere di rappresentanza nella società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, I, pp. 359-365 ss. Successivamente, soprattutto, ABBADESSA, *Potere di gestione*, cit., 153 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 149 ss.; nonché BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, pp. 43-188. L'opinione veniva definita, a metà degli anni Ottanta del secolo scorso, oramai «concorde» da BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 117. Nello stesso senso, di recente, GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, vol. XXIX, 2003, p. 276; *Id.*, *Le società*, cit., p. 328.

particolare nella norma ⁽⁴⁸⁾ che richiede di indicare nel registro delle imprese se gli amministratori muniti del potere di rappresentanza dovranno agire (da soli ovvero) congiuntamente.

E ciò tanto più se si consideri che un'eventuale indicazione in tal senso da parte dei soci, avrebbe a tutti gli effetti (almeno se si conviene che dispositivamente valga un regime di rappresentanza disgiuntiva) la portata di una *limitazione* al potere di rappresentanza degli amministratori, come tale tendenzialmente inopponibile ai terzi, salvo il caso del dolo ⁽⁴⁹⁾. Dovendosi invece respingere un approccio che, sulla base della distinzione fra «contenuto» e «modalità di esercizio» del potere rappresentativo ⁽⁵⁰⁾ (fra cui appunto quella congiuntiva), vorrebbe escludere le previsioni inerenti a questo secondo aspetto dall'ambito dell'estensione del potere rappresentativo, riportandole piuttosto al diverso profilo della «titolarità» del potere ⁽⁵¹⁾, e rendendole come tali, allora, sottratte alla disciplina delle limitazioni convenzionali (per restare invece incondizionatamente opponibili ai terzi, salva sempre *l'exceptio doli*), così come per ogni altro caso in cui la titolarità difetti. Il che però, come ben si comprende, non può affermarsi nel caso qui considerato, in cui si tratta del *quomodo* e non dell'*an*, e in cui una titolarità vi è senz'altro. Altrimenti – com'è stato pure rilevato ⁽⁵²⁾ – se si ritenesse che ciascuno degli amministratori, da solo, difetti di titolarità, dovrebbe conseguirne che nessuno di essi, pur riunendosi agli altri, potrebbe raggiungerla.

Così risulta – dunque in senso negativo, se si condividono i termini appena rappresentati – la questione relativa all'opponibilità della clausola di rappresentanza congiuntiva prevista in presenza di un organo amministrativo consiliare, occorre affrontare quella – ulteriore e, come detto, emersa solo a seguito della Riforma e prospettabile solamente per la s.r.l. – relativa alla opponibilità della scelta statutaria di adottare un *regime di amministrazione congiuntiva ex art. 2258 c.c.* (questione sopra pre-

⁽⁴⁸⁾ Art. 2383, comma 4 (comma 6 prima della Riforma.), c.c., richiamata in particolar modo da CALANDRA BUONAURO, *Potere di gestione*, cit., p. 149, il quale argomenta che una tale previsione, seppur non esplicita nel sancire l'opponibilità della clausola, debba comunque intendersi in tal senso, poiché non avrebbe altrimenti senso imporne la pubblicazione mediante il registro delle imprese. Ma l'argomento mi pare provi troppo, che altrimenti non avrebbe senso neppure la pubblicazione delle altre limitazioni statutarie; il senso dovrebbe allora essere quello di consentirne sì l'opponibilità, ma alle stesse condizioni previste per le altre limitazioni convenzionali.

⁽⁴⁹⁾ MONTANARI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁵⁰⁾ La distinzione, come sopra ricordato (nota 34), è stata per primo prospettata da MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., p. 165 ss., per pervenire però alla conclusione che anche le clausole che incidano della titolarità meritino, per analogia, la medesima disciplina di quelle limitative del contenuto.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem.*

⁽⁵²⁾ *Ibidem.*

sentata *sub A*).

In effetti, non è così evidente che tale seconda questione, pur implicando un regime (oltre che attinente al momento decisionale, anche) rappresentativo improntato a congiuntività, si ponga in termini coincidenti, e possa condurre ad eguale soluzione, rispetto alla prima poc'anzi esaminata.

È stato infatti acutamente osservato⁽⁵³⁾ che, a ben vedere, con riferimento all'ipotesi di amministrazione congiuntiva *ex art. 2258 c.c.*, una previsione legale che, conformemente a quanto disposto dalla disciplina comunitaria, sancisca l'opponibilità del regime di amministrazione congiuntiva adottato statutariamente, sarebbe rintracciabile nel nostro ordinamento. E rintracciabile, in particolare, non tanto direttamente all'interno della disciplina specificamente dettata per la s.r.l., bensì proprio in quella alla quale quest'ultima rinvia, e cioè nell'art. 2258 c.c., quale operante nel sistema di (piena, ed immune dalle eccezioni di cui agli art. 2384 e 2475-*bis* c.c.) pubblicità dichiarativa proprio delle società di persone⁽⁵⁴⁾.

Questa tesi però non convince appieno. Come sopra ricordato, infatti, la norma comunitaria sembra prescrivere che il legislatore nazionale che espressamente abbia stabilito la possibilità di adottare un regime di rappresentanza congiuntiva, altrettanto espressamente, ed ulteriormente, stabilisca la sua opponibilità a terzi. Il che – può supporre – dovrebbe avvenire nella medesima *sedes materiae*: e quindi, nella nostra legge, nello stesso art. 2475 c.c., dopo aver consentito l'adottabilità del modello di cui

⁽⁵³⁾ M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 472 ss.

⁽⁵⁴⁾ E ciò nonostante, come riconosce lo stesso Autore (*ibidem*), ciò indebolirebbe la protezione dei terzi per effetto di una «scelta di organizzazione interna» (quella del regime congiuntivo in luogo di quello tradizionale disgiuntivo) della società; trattandosi però – sempre ad avviso dello stesso Autore – di una conseguenza inevitabile dell'opzione concessa dalla legge, posto che la specificità funzionale del regime di amministrazione congiuntivo risiede proprio, e soprattutto, nella necessaria compartecipazione di più amministratori alla fase esecutiva dell'atto gestorio.

E però, a me pare, un tale argomento, volto in definitiva a riconoscere rilievo esterno alle istanze di «cautela» espresse dai soci attraverso la scelta di quel regime, non sia in definitiva diverso da quello, superato però dalla legge, che deporrebbe per l'opponibilità di una qualsiasi altra limitazione statutaria al potere di rappresentanza. Sicché, in assenza di una norma di espressa deroga al principio dell'inopponibilità, anche nel caso in cui sia stato prescelto il sistema congiuntivo (certo impegnativo e sanzionabile nei rapporti interni), i soci dovranno sopportare il rischio della «infedeltà» degli amministratori che si discostino dalle regole che sono state loro impartite dai soci. Nel senso qui sostenuto – e infatti valorizzando la portata generale dell'argomento per cui l'apparente sacrificio della società a favore dei terzi si traduce, «in lunghi termini, in un vantaggio maggiore e più importante» anche per la prima, BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale*, cit., p. 939 e p. 941.

all'art. 2258 c.c.; il che però non è ⁽⁵⁵⁾.

D'altra parte, e soprattutto, il rinvio operato dall'art. 2475 c.c., si limita a prevedere l'applicabilità del solo art. 2258 c.c. (e non, più in generale, del modello di amministrazione congiuntiva delle società personali e dei principi di pubblicità dichiarativa per esse incondizionatamente operanti) ⁽⁵⁶⁾: ma neppure tale articolo contiene quella previsione sull'opponibilità ai terzi che richiederebbe il legislatore comunitario.

Inoltre, se si ipotizzasse che la previsione del legislatore nazionale circa l'opponibilità del regime di amministrazione congiuntiva potrebbe anche non essere espressa (il che però, come detto, non pare), bensì ricavabile per via sistematica dai principi di (piena) efficacia dichiarativa propri delle società di persone nel cui contesto l'art. 2258 c.c., si iscrive, dovrebbe comunque dubitarsi della correttezza di un tale percorso interpretativo, giacché, volendo ragionare a livello di sistema, dovrebbe pur prendersi atto che quei principi, estesi alle società di capitali, finirebbero per introdurre nel "sistema" di queste ultime un forte elemento di discontinuità e di eterogeneità rispetto ai ben diversi principi fondati su una ormai contenutissima efficacia dichiarativa dell'iscrizione pubblicitaria dei limiti convenzionali al potere rappresentativo.

Ed è verosimilmente perciò che, in definitiva, il legislatore comunitario – consapevole della rilevanza dell'eccezione costituita da un'eventuale regola di opponibilità del regime congiuntivo – ha subordinato l'operatività di una siffatta eccezione solamente alla presenza di un'espressa e precisa indicazione del legislatore nazionale.

Il che, in effetti, è proprio quanto è dato riscontrare in altri ordinamenti cui si rivolge la direttiva comunitaria, e che, avendo voluto introdurre l'eccezione consentita dal legislatore comunitario, lo hanno fatto sempre:

- o con indicazioni normative del tutto espresse ed univoche, come ad esempio il legislatore belga ⁽⁵⁷⁾;

- o addirittura prevedendo "a monte", quale *regola di legge* (secondo la previsione dell'art. 10, par. 3, direttiva più volte citata), il regime di rappresentanza congiuntiva:

⁽⁵⁵⁾ In tal senso ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1001; MONTANARI, *La clausola di rappresentanza*, cit., p. 39 ss.

⁽⁵⁶⁾ Non potrebbe escludersi, nel ricostruire la volontà del legislatore storico, che il rinvio agli artt. 2257 e 2258 c.c. – che certamente non esauriscono la gamma dei possibili assetti amministrativi che una s.r.l. potrebbe adottare – abbia avuto soprattutto il senso, allora esemplificativo, di enfatizzare l'ampiezza di tale gamma, rappresentandone i limiti più remoti, senza per questo voler disattendere i principi generali del tipo.

⁽⁵⁷⁾ *Loi 17 mai 1999 contenant le Code des sociétés*, art. 257: «*Chaque gérant peut accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet social de la société, sauf ceux que le présent code réserve à l'assemblée générale... Toutefois, les statuts peuvent stipuler que la société est représentée par un ou plusieurs gérants spécialement désignés ou par plusieurs gérants agissant conjointement. Cette clause n'est opposable aux tiers que si elle concerne le pouvoir général de représentation et si elle a été publiée conformément à l'article 74, 2*».

e così il legislatore tedesco, espressamente prevedendo, in assenza di diversa disposizione statutaria, la regola della rappresentanza congiuntiva di tutti gli amministratori⁽⁵⁸⁾; o il legislatore polacco, altrettanto espressamente prevedendo, sempre quale «regola di legge», **quella della rappresentanza congiuntiva di almeno due amministratori** (o di un amministratore e di un procuratore)⁽⁵⁹⁾.

Del resto, almeno in un caso particolare⁽⁶⁰⁾, lo stesso legislatore italiano, all'occorrenza, una speciale regola di congiuntività, in deroga a quella generale, l'ha espressamente prevista, rendendola allora certamente opponibile incondizionatamente: l'art. 72, d.lgs. 385/1993 (TUB), dispone infatti che quando i commissari (nominati in luogo del disciolto organo amministrativo) di una banca posta in amministrazione straordinaria «siano più di uno, essi decidono a maggioranza dei componenti in carica e i loro poteri di rappresentanza sono validamente esercitati con la firma congiunta di due di essi».

18.2.5. Mancata indicazione di qualunque amministratore

Un ultimo profilo relativo alla definizione dello statuto legale della rappresentanza della s.r.l. riguarda l'ipotesi (pressoché scolastica) di mancata indicazione di qualunque amministratore. Ipotesi alla quale potrebbero poi essere parificate quelle (meno scolastiche) della morte o della sopravvenuta incapacità d'agire dell'unico (o dell'ultimo) amministratore rimasto in carica.

La questione – prospettabile anche per la s.p.a., ma per questa risolubile sulla base di un principio di competenza vicaria del collegio sindacale (art. 2386, ultimo comma, c.c.) – si pone in termini peculiari per la s.r.l. non soltanto perché essa potrebbe essere *ab origine* priva di un organo di controllo, ma in ogni caso perché la funzione

⁽⁵⁸⁾ § 35, Abs. 2, GmbHG «Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, sind sie alle nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt, es sei denn, dass der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt» (§ 35 GmbH-G, Abs. 2; analogamente, per la società per azioni, il § 78, Abs. 2, AktG).

⁽⁵⁹⁾ KODEKS SPOLEK HANDLOWYCH, Art. 205, § 1. Jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania określa umowa spółki. Jeżeli umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Traduzione in inglese (tratta da <http://chomikuj.pl>): «Where the management board consists of more members than one, the manner of representing the company shall be determined in the company deed». In the absence of any provisions in this matter in the company deed statements shall be made in the name of the company by two members of the management board acting jointly, or by one management board member acting jointly with the procurator.

⁽⁶⁰⁾ Non saprei per la verità escludere che ve ne siano anche altri, sparsi nella legislazione speciale.

amministrativa, almeno per quanto concerne il momento decisionale, potrebbe comunque essere fisiologicamente attratto – anche in mancanza di espressa previsione statutaria, e persino quando degli amministratori in carica vi fossero – ai soci (art 2479, comma primo, c.c.), eventualmente operanti secondo il procedimento assembleare (ed anzi necessariamente nelle operazioni che comportassero una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci: art. 2479, ultimo comma, c.c., su cui anche *infra*). Il che, peraltro, potrebbe accadere sia occasionalmente, per effetto di singole avocazioni, sia stabilmente, per effetto di espressa previsione statutaria, in questo caso parlando talora di «assemblea amministratrice».

Da qui due questioni: a chi la rappresentanza attiva, e a chi la c.d. «rappresentanza passiva» ⁽⁶¹⁾, quando non consti la nomina di alcun amministratore?

Una tale condizione non soltanto diverge dal modello legale, ma neppure rientra nell’ambito delle scelte consentite all’autonomia privata che, come visto, «**deve**» indicare gli amministratori, e poi in particolare quelli muniti di rappresentanza; essendo, anzi, proprio quest’ultimo profilo, a ben vedere, quello più essenziale, dal momento che – ferma in ogni caso la necessità che una persona giuridica risulti dotata di un rappresentante «legale» e pertanto, tale ruolo non potendo che spettare a chi formalmente rivesta la carica di amministratore, di almeno un soggetto preposto a tale carica ⁽⁶²⁾ – la funzione decisionale potrebbe comunque essere svolta dai soci. Sicché la s.r.l. potrebbe bensì avere un amministratore i cui poteri si limitino (o quasi) ⁽⁶³⁾ a

⁽⁶¹⁾ Sulla cui portata giuridica, si veda *infra*.

⁽⁶²⁾ ZANARONE, *Commento all’art. 2475-bis*, cit., p. 993; CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 129 ss. Ciò, ovviamente, al di là della possibilità (ma non sufficienza) di conferire un potere rappresentativo secondo le regole della rappresentanza di diritto comune o di quella institoria, sempre esclusa la legittimità di una procura «abdicativa»: ABBADESSA, *La gestione dell’impresa*, cit., p. 75 ss., p. 99 ss.

⁽⁶³⁾ È in effetti discutibile se, sia pur riconosciuto un potere dei soci di riservarsi la decisione di atti gestori, o comunque di ingerirsi nella gestione sino ad avocarla a sé, ciò possa esautorare del tutto gli amministratori da ogni potere decisorio, sino a renderli un mero organo esecutivo, appunto una *Vertretungs-marionette*, o se invece debba ad essere ad essi mantenuto un qualche ambito di autonomia decisionale (cfr. EISENHARDT, *Zum Weisungsrecht der Gesellschafter in der nicht mitbestimmten GmbH*, in *Strafrecht, Unternehmensrecht und Anwaltsrecht - Festschrift für Gerd Pfeiffer*, a cura di von Gamm, Colonia, 1988, p. 839 ss., p. 845), che quantomeno – in negativo, e come si sta per dire nel testo – gli consenta di vagliare ed al limite impedire la realizzazione delle scelte dei soci a presidio del rispetto della legge e dello statuto. Presidio, questo, inteso allora come nucleo ineludibile degli obblighi di diligenza e cura dell’interesse sociale e dei creditori («*Kernbereich kardinaler Sorgfaltspflichten*», secondo GIESEKE, *Interessenkonflikte der GmbH-Geschäftsführer bei Pflichtenkollision*, *GmbH - Rundschau* 1996, p. 486 ss., p. 490).

quelli rappresentativi ⁽⁶⁴⁾ – quasi una *Vertretungsmarionette* – ma giammai restare del tutto priva d’ogni amministratore. E ciò anche perché alla funzione di rappresentanza, come segmento terminale dell’azione amministrativa, compete comunque quel ruolo “moderatore” di che scaturisce dalla connessa responsabilità spettante a chi la porti ad esecuzione: spettando in ogni caso all’amministratore, sia pure dotato di mero potere rappresentativo e privo d’ogni potere decisionale propulsivo, almeno quel potere negativo di rifiutarsi, nell’interesse della società e dei creditori, e in quello proprio a sottrarsi ad una sua eventuale responsabilità, di dare esecuzione a decisioni altrui che siano dannose per la società ⁽⁶⁵⁾.

Se tuttavia un qualunque amministratore mancasse – e al di là delle ipotesi di un amministratore di fatto o forse, occasionalmente, d’un gestore d’affari, l’operatività dei quali venisse poi ratificata dall’assemblea – competerebbe a quest’ultima l’onere, quantomeno, di designare, secondo le norme di diritto comune, un rappresentante per l’esecuzione delle operazioni di volta in volta decise.

Ci si deve però chiedere se, al di là di questo o consimile *escamotage* contingente, operi una regola suppletiva capace di consentire comunque l’individuazione di un amministratore/rappresentante legale. Il che, seppure lo si ammettesse, non potrebbe che comportare, per forza di cose, che una tale figura andrebbe rintracciata fra i soci, o nei soci tutti, non potendosi in definitiva avvistare altri soggetti capaci, sia pure in ipotesi astratta, di ricevere tale qualifica.

Non pare però che, in mancanza di una formale indicazione da parte dei soci stessi, la loro (pur sempre possibile e quindi attuale) competenza sul versante decisionale possa condurre, come potrebbe ad esempio far pensare l’equivoca formula della «assemblea amministratrice», a ritenere quest’ultima, o comunque i soci nel loro insieme, quale organo amministrativo *tout court* ⁽⁶⁶⁾, ed allora tutti i soci che la

⁽⁶⁴⁾ Per un esempio, presentato anzi come caso paradigmatico, si veda BONELLI, *Atti estranei all’oggetto sociale*, cit., p. 940: rappresentando l’ipotesi del presidente del consiglio di amministrazione privo di poteri di gestione, ma munito di potere generale di rappresentanza.

⁽⁶⁵⁾ Si veda CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell’impresa e competenze dell’assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985; SCIUTO - SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 57.

⁽⁶⁶⁾ Un precedente nella «piccola cooperativa» di cui alla l. 7 agosto 1997, n. 266, su cui – in termini e con conclusioni analoghe a quelle rappresentate nel testo – si veda già ABBADESSA, *L’assemblea amministratrice nella piccola cooperativa (prime impressioni)*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 205 ss. E sul punto, adesivamente, si veda anche SCIUTO - SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 56, p. 58, rilevando la necessità che alla c.d. assemblea amministratrice debba necessariamente giustapporsi un ufficio di esternazione, non ridotto a mero *nuncius*, affinché non ci si possa valere per tal via dell’irresponsabilità normalmente riconosciuta all’organo assembleare in seno alla corporazione capitalistica (seppure oggi il rischio dell’irresponsabilità risulterebbe fortemente temperato, almeno nella s.r.l., dall’art. 2476, comma 7, c.c., su cui si veda anche la nota seguente).

compongano quali amministratori (con una sostanziale coincidenza, allora, fra assemblea e consiglio di amministrazione).

Questo sembra doversi escludere non tanto dal punto di vista della tutela dei terzi e della certezza dei rapporti con gli stessi, posto che i terzi, se valesse la regola ipotizzata, si troverebbero anzi nella più rassicurante condizione di poter confidare sull'efficacia degli atti compiuti nei loro confronti in nome della società da parte di qualunque socio che, sempre nell'ipotesi considerata, sarebbe anche amministratore e per di più (se si conviene su quanto argomentato nei paragrafi precedenti) disgiuntamente dagli altri.

L'ipotesi, piuttosto, sarebbe da respingersi a tutela degli stessi soci, risultando essa incompatibile con i principi che governano l'eventuale coinvolgimento di questi ultimi nella funzione amministrativa e nella connessa responsabilità⁽⁶⁷⁾. E infatti, la norma di cui all'art. 2476, settimo comma, c.c., ipotizza – al massimo – una solidarietà con gli amministratori da parte dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di operazioni dannose per la società (neppure ipotizzandosi, tra l'altro, che le abbiano compiute in prima persona); mentre dal regime ipotizzato, che vedrebbe residualmente tutti i soci componenti di un organo amministrativo, deriverebbe la responsabilità tendenzialmente solidale di tutti, anche a prescindere da ogni loro attivo coinvolgimento nell'azione altrui.

Sicché, l'unica possibilità configurabile – al di là di quella sopra ricordata, consistente nella possibile nomina di un procuratore secondo le generali norme in materia di rappresentanza negoziale – sarebbe quella per cui tutti i soci agissero congiuntamente (con allora una responsabilità gestoria di tutti, almeno *ex art.* 2476 c.c.), dal momento che, in tal caso, una tale operatività sarebbe certo riferibile a tutti, finendo con il coincidere (non strutturalmente, ché qui la condivisione sarebbe contestuale, non postuma; ma funzionalmente, e negli effetti) con l'ipotesi della ratifica⁽⁶⁸⁾. In entrambi i casi, infatti, l'atto compiuto impegnerebbe al società, restando precluso ogni suo possibile disconoscimento.

Parzialmente diversa da quella appena considerata, poiché in tal caso ne è coinvolta la tutela dei terzi, è invece la questione – sempre nel caso di mancata indicazione degli amministratori – della *cd. rappresentanza passiva*, vale a dire la legittimazione

⁽⁶⁷⁾ E si veda infatti, per la sostanziale eterogeneità dei criteri di imputazione della responsabilità e di sua distribuzione fra i componenti degli organi sociali ed i soci, come tali, e fra questi solo quelli che abbiano concretamente esercitato la loro *Einflussmacht*, GUERRERA, *La responsabilità «deliberativa» nelle società di capitali*, Torino, 2004, pp. 337-350.

⁽⁶⁸⁾ Pacificamente ammessa per sanare i vizi di potere rappresentativo relativi ad atti compiuti in nome della società: si veda CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 180 ss., secondo cui, nel caso di specie, la ratifica potrebbe assumere la forma della decisione dei soci richiesta *ex art.* 2479 n. 5; ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1010, nota 42.

a ricevere dichiarazioni rivolte alla società, con efficacia per quest'ultima, o a consentire l'imputazione di conoscenza alla società di eventi dai quali possono derivare effetti giuridici (come il decorso di un termine di prescrizione o di decadenza) ⁽⁶⁹⁾.

Ed infatti, non a caso, alla diversità della questione corrisponde – lì dove del problema ci si è occupati (e cioè nel diritto tedesco, che invece nessuna norma suppletiva *ad hoc* prevede sul versante la rappresentanza attiva) - una diversa (ed espressa) soluzione, stabilendosi che, quando non risultino indicati gli amministratori (*Führungsllosigkeit*, § 35, Abs. 1 e 2, GmbH-G), le dichiarazioni negoziali rivolte alla società potranno essere efficacemente indirizzate ai soci come tali; stabilendosi poi che è sufficiente la comunicazione anche ad uno soltanto di tali «rappresentanti passivi» ⁽⁷⁰⁾.

In mancanza d'una norma espressa che consenta di rendere opponibile, con effetto nei confronti dell'intera compagine sociale, la dichiarazione ricevuta da un solo socio, non pare tuttavia che nel nostro sistema un'identica soluzione sarebbe pienamente ammissibile. Meglio varrebbe – non potendosi comunque rinunciare alla ricerca di una soluzione che non ribalti sui terzi incolpevoli le conseguenze negative di una situazione di irregolarità imputabile ad un'omissione, talora intenzionale ⁽⁷¹⁾, dei soci – concedere ai terzi, in simmetria con quanto sopra visto in tema di rappresentanza attiva, la possibilità di indirizzare ogni dichiarazione rivolta alla società, a quest'ultima nella persona della totalità dei soci (quali risultanti dal registro delle imprese), presso la sede sociale (art. 1335 c.c.) o, in caso di rifiuto o di impossibilità, nei modi e luoghi previsti in via succedanea dal codice di rito.

18.3. I limiti

18.3.1. L'oggetto sociale fra limiti statutari e limiti legali

La principale novità in materia di limitazioni ai poteri rappresentativi introdotta dalla riforma del 2003 è senz'altro l'attribuzione agli amministratori di un potere di rappresentanza «generale», **eliminando ogni riferimento all'oggetto sociale quale generale limite funzionale opponibile ai terzi di mala fede.**

La novità – certo molto importante anche nella prospettiva (della archiviazione, almeno in Italia) dell'annosa *querelle* sui cd. atti *ultra vires*, ed ampiamente esplorata nelle sue attuali implicazioni dalla riflessione teorica successiva alla riforma – non solleva però, in via generale, questioni specificamente pertinenti alla s.r.l., a parte

⁽⁶⁹⁾ Sulla problematica si veda, ampiamente, la monografia di M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002.

⁽⁷⁰⁾ Si veda sul punto ALTHEPPEN, *Sub* § 37, § 35, p. 655, Rn. 8, e p. 659, Rn. 28.

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*.

una di cui si accennerà fra breve; e non merita pertanto, secondo l'indirizzo espositivo prescelto in queste pagine, un particolare approfondimento, salvo ora ricordare — anche per chiarire alcuni termini del prosieguo del discorso — che, sempre in via generale, si registra un consenso diffuso su questi due *acquis*:

- a) l'oggetto sociale resta tuttora (ed anzi forse, ora che se ne è eliminata un'autonoma considerazione, in modo ancor più netto che nel passato) pensabile ed operante quale *limitazione statutaria* ai poteri, sia decisionali che rappresentativi ⁽⁷²⁾, degli amministratori ⁽⁷³⁾;

⁽⁷²⁾ *Contra*, BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale*, cit., p. 937 ss. (e in modo più sfumato, parrebbe, anche ABRIANI, *Commento agli artt. 2475-bis, 2475-ter*, cit., pp. 349-350; PRESTI - RESCIGNO, *Capacità della società e rappresentanza degli amministratori*, in *Armonie e disarmonie del diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G.F. Campobasso, I, Milano, 2003, pp. 573-590) ritenendo l'oggetto sociale un limite unicamente al potere gestorio (rilevante nei «rapporti interni»), ma non a quello rappresentativo (riguardante i «rapporti esterni»), che, poiché definito generale dalla stessa legge, non sarebbe limitabile su questo piano. A mio avviso però una tale ricostruzione confonde il «limite», che *esiste* anche sul piano del rapporto rappresentativo (non potendosi ritenere questo esaurito nei soli «rapporti esterni», operando invece anche sul versante interno, dei rapporti col rappresentato: come del resto avviene per diritto comune e, nel nostro campo, per ogni altra limitazione statutaria al potere rappresentativo, a prescindere poi se corrisponda o meno ad un parallelo potere gestorio; ed infatti, per un'equiparazione del limite rappresentato dall'oggetto sociale agli altri limiti statuari, si veda anche la Relazione al d.lgs. 6/2003, § 6, III, 1) e che trova fonte nella previsione statutaria dell'oggetto sociale, con la sua «opponibilità» al terzo, che certo, salvo il caso del dolo del terzo, *non v'è*.

Altro sarebbe ovviamente a dirsi se anche fossero ammesse le cd. *unrestricted companies* (come da ultimo in Inghilterra, col Companies Act del 2006, *Sec. [31] 1*, con notevole *revirement* rispetto alla *ultra vires doctrine* che proprio in quell'esperienza si sviluppò), e cioè senza oggetto sociale o con oggetto sociale del tutto indeterminato, nel qual caso l'oggetto si intenderebbe, appunto, *unrestricted*: e quindi «illimitato», e non semplicemente «indeterminato» (sul punto si veda ampiamente MA. BIANCA, *Le società con oggetto sociale «unrestricted»: un esempio da imitare?*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 293 ss., spec. p. 298).

⁽⁷³⁾ ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1012; ALLEGRI - VERONELLI, *Le società per azioni: l'amministrazione e il controllo, Diritto commerciale*⁶, Bologna, 2010, p. 223; GISOLFI - LUPETTI, *La rappresentanza generale*, cit., p. 1342; uno spunto in questo senso anche nella Relazione al d.lgs. 6/2003, § 6, III, 1 (primo periodo); CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 664.

In senso contrario, PRESTI - RESCIGNO, *Capacità della società*, cit., p. 591 (rilevando addirittura l'impossibilità di apporre una limitazione all'estensione del potere di rappresentanza degli amministratori), nonché SALAMONE, *Oggetto sociale e poteri di rappresentanza dell'organo amministrativo*, p. 1095 ss., spec. p. 1104, ritenendo che la «pretesa analogia di situazioni non regga assolutamente», poiché «altro è il dimensionamento dei poteri rappresentativi sull'oggetto sociale, altro sono i limiti volontari imposti ai poteri rappresentativi imposti

b) ciò è a dirsi non soltanto per quanto riguarda i rapporti interni ma anche – alle medesime condizioni previste dalla legge per tutte le altre limitazioni (art. 2475-*bis*, secondo comma, c.c.) – per quelli esterni.

Non ravvedendosi in effetti alcuna ragione per escludere l'opponibilità dell'*exceptio doli*, che è rimedio generale del nostro ordinamento ⁽⁷⁴⁾, anche ai terzi che abbiano agito «intenzionalmente a danno della società» con riferimento a quella particolare limitazione costituita dall'oggetto sociale (e nonostante la nuova lettera del primo comma dell'art. 2475-*bis* potrebbe anche legittimare un'interpretazione diversa).

V'è però, come si diceva, un aspetto peculiare della disciplina della s.r.l. (almeno stando alle norme scritte; ché altrettale norma non si esclude possa operare, implicitamente, anche nel diritto azionario, come meglio si ricorderà appresso) che arricchisce e complica il problema della rilevanza dell'oggetto sociale nei rapporti con i terzi. Si tratta dell'art. 2479, n. 5, c.c., che riserva alla competenza dei soci le decisioni di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale (o anche una rilevante modifica dei diritti dei soci).

Ora – concentrando l'attenzione sul piano dei rapporti esterni, che è quello maggiormente interessato da queste pagine – è chiaro che se si ritiene che l'eventuale compimento da parte degli amministratori di un'operazione sostanzialmente modificativa dell'oggetto sociale comporti solamente una violazione, nei rapporti interni, del riparto delle competenze fra amministratori e soci, *nulla quæstio*, risultando la circostanza irrilevante per i terzi.

Diversamente però sarebbe a dirsi se un tale riparto di competenze, imposto dall'art. 2479, n. 5, c.c., venisse considerato – come quasi sempre è dato constatare nella letteratura specialistica ⁽⁷⁵⁾ – quale *limitazione legale* al potere rappresentativo degli

sulla scorta dell'art 2384, comma 2, c.c.». L'analogia a me pare tuttavia almeno prospettabile: si pensi ad esempio ad una previsione (clausola statutaria o delega amministrativa) che circoscriva il potere rappresentativo di un amministratore agli atti funzionali all'esercizio di un certo ramo dell'impresa sociale oppure ad un certo settore dell'attività sociale. In questa ipotesi la clausola sarebbe da intendersi per certo quale limitazione convenzionale (*ex artt.* 2384 o 2475-*bis* c.c.); eppure essa inciderebbe, restringendolo, sul piano – da intendersi allora analogo, se non omologo – dell'oggetto sociale quale limite generale (seppure rilevante nei soli rapporti interni: e per l'indubbia rilevanza anche di tale versante interno, si veda *supra* nota 72), e parimenti di fonte statutaria, all'agire dell'amministratore.

⁽⁷⁴⁾ ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1005, nota 30, p. 1018; Relazione § 6, III, n. 1 Anche nel diritto tedesco, ove essa non viene prevista, non consta il minimo dubbio che la *Kollusion* o l'evidente *Missbrauch* del potere rappresentativo ne costituiscano sempre un limite, comportando in ogni caso l'opponibilità al terzo dell'inefficacia dell'atto (ALTMEPPEL, *Sub* § 37, p. 689, Rnn. 37-38).

⁽⁷⁵⁾ In questo senso ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1008; SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Le*

amministratori. E ciò perché – come pure generalmente si conviene – se le ristrette condizioni di opponibilità previste dall'art. 2475-bis, secondo comma, c.c., riguardano le sole limitazioni convenzionali del potere rappresentativo degli amministratori, allora ogni limite risultante dalla legge sarebbe, in via tendenzialmente incondizionata, e comunque non “appiattita” sul regime delle limitazioni convenzionali, opponibile ai terzi ⁽⁷⁶⁾.

Ma allora, se il riparto di competenze posto dall'art. 2479, n. 5, c.c., venisse inteso quale limite legale al potere rappresentativo degli amministratori, si dovrebbe anche concedere – implicazione che non pare sempre compiutamente avvertita ⁽⁷⁷⁾ – che nella s.r.l. l'oggetto sociale, seppur previsto dall'atto costitutivo, tornerebbe indirettamente, sotto forma di elemento specificativo di una limitazione legale, a costituire una limitazione al potere rappresentativo degli amministratori opponibile a chiunque, in tutti quei casi in cui si tratti del compimento di operazioni, non previamente decise dai soci, che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale (tipicamente: l'alienazione dell'azienda).

Senza dimenticare poi l'ulteriore ipotesi, diversa ma sottoposta alla medesima disciplina (e cioè prevista dal medesimo art. 2479, n. 5, c.c.), e che quindi solleverebbe problemi analoghi, delle operazioni che comportino una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 40; REGOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 155; GISOLFI - LUPETTI, *La rappresentanza generale*, cit., p. 1341; DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, 2008, p. 115 ss.; RORDORF, *Decisioni dei soci di s.r.l.: competenza e modi di decidere*, in *Le società*, 2006; MORANDI, *Commento all'art. 2475-bis*, in *Commentario Maffei Alberti*, 2005, pp. 1950-1956; AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1580; BORDIGA, *Rappresentanza della società*, cit., p. 598; CORRIAS, *Limitazioni*, cit., p. 607; CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 356.

⁽⁷⁶⁾ Si veda SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 148, nota 92; CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 170; Id., *Potere di rappresentanza*, cit., 665 ss., 673 ss.; AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, p. 1580; SCIUTO - SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 59 ss.; PICCIAU, *Appunti*, cit., p. 253.

Perplesso, invece, ABRIANI, *Commento agli artt. 2475-bis, 2475-ter*, cit., p. 352, sui confini della fattispecie: sino a prospettare infine – come pure si converrà in queste pagine – che tali limiti legali operino solamente sul piano della competenza gestoria; e nello stesso senso, Id., *Decisioni dei soci*, cit., p. 325

⁽⁷⁷⁾ Assimila quest'ipotesi a quella degli atti estranei all'oggetto sociale, CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza*, cit., p. 521; ma in senso divergente ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1009, nota 38; nonché GISOLFI - LUPETTI, *La rappresentanza generale*, cit., p. 1342 ss., distinguendo però fra atti estranei all'oggetto sociale, che sarebbero sottoposti alla disciplina delle limitazioni statutarie inopponibili ai terzi salva *exceptio doli*, ed atti sostanzialmente modificativi, nel quale caso opererebbe un vero e proprio limite legale.

18.3.2. *Rilevanza interna del riparto di competenze gestorie ex art. 2479, n. 5, c.c.*

L'implicazione appena rilevata — insieme ad altre considerazioni che si vanno ora a svolgere — deve indurre a dubitare che il riparto di competenze posto dall'art. 2479, n. 5, c.c., possa considerarsi come una limitazione legale al potere di rappresentanza degli amministratori, e a ritenere piuttosto che esso costituisca sì una limitazione al potere degli amministratori, e però *soltanto al loro* (altrimenti pieno, salve eventuali limitazioni statutarie) *potere decisionale*.

Così che il compimento di un'operazione sostanzialmente modificativa dell'oggetto sociale senza una previa decisione dei soci, dunque decisa autonomamente dagli amministratori, espone senz'altro questi ad una censura di quelli (revoca, azione di responsabilità) ⁽⁷⁸⁾; ma non rappresenterebbe, nei rapporti esterni, un superamento del loro "generale" potere di rappresentanza ⁽⁷⁹⁾.

L'apparente contraddizione, a ben vedere, si risolve se si cominci col considerare come la rappresentanza (c.d. «organica») degli amministratori — sulla natura della cui fonte, legale o volontaria, sovente si discetta ⁽⁸⁰⁾ — è per certo, quanto all'investitura, cioè alla preposizione all'ufficio, di fonte privata; e tuttavia, quanto alla sua portata ⁽⁸¹⁾, stabilita (seppur derogabilmente) dalla legge, che la definisce «generale» ⁽⁸²⁾. Il che

⁽⁷⁸⁾ Cfr. DE IULIIS, *La rilevanza interna degli atti ultra vires nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1840, nota 58; AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1579; nonché la Relazione al d.lgs. 6/2003, § 6, III, 1.

⁽⁷⁹⁾ ABRIANI, *Decisioni dei soci*, cit., p. 323 ss.; con riferimento alle s.p.a., MOSCO, *Commento all'art. 2384*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, vol. II, p. 612; BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale*, cit., p. 942; BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 82.

⁽⁸⁰⁾ Si veda già MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., p. 6, considerando la rappresentanza «legale» (seppure quale effetto del negozio costitutivo del rapporto di amministrazione); nella stessa direzione, pur ritenendo la disputa di rilievo eminentemente teorico, CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 130; per un recente riassunto del dibattito, si veda BORDIGA, *Rappresentanza della società*, cit., p. 592. Nel diritto tedesco si veda ad esempio ALTMETPPEN, *Sub* § 37, p. 655, Rn. 7, inquadrandola "a metà". Il tema è diverso, precedendolo, da quello relativo alla possibilità di inquadrare compiutamente, o non, la c.d. rappresentanza organica, propria degli amministratori della persona giuridica, all'interno del regime che governa la rappresentanza negoziale di diritto comune (sul punto, in senso poi favorevole, M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza*, cit., p. 172 ss.).

⁽⁸¹⁾ E ancor prima, quanto al suo stesso modo di essere e operare quale «organizzazione meta-individuale [per uffici] della produzione-imputazione di diritto comune», conseguenza legale della «figura associativa», non già espressione di un'organizzazione negoziale di quel meccanismo di produzione (SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 147).

⁽⁸²⁾ In questo senso F. GIORGIANNI, *Commento all'art. 2384*, cit., p. 59; PRESTI - RESCIGNO, *Capacità della società*, cit., p. 587.

certo, di per sé, non escluderebbe di dover misurare e circoscrivere l'effettiva portata di un tale aggettivo («generale» sì, ma fino a che punto secondo la legge?) alla luce di altre norme, parimenti legali, che pongono limiti o condizioni all'esercizio dei poteri degli amministratori; il che riporterebbe il discorso al punto di partenza ⁽⁸³⁾.

Tuttavia, preso atto che è la legge stessa a qualificare come «**generale**» il **potere** di rappresentanza degli amministratori, deve considerarsi l'ipotesi – esegeticamente raccomandata dal criterio di coerenza legislativa ⁽⁸⁴⁾ – che *le norme limitative dei «poteri» degli amministratori – al di là dei casi in cui viene sancito un divieto assoluto dell'atto* ⁽⁸⁵⁾ (che del resto andrebbe meglio apprezzato sul piano dell'invalidità dell'atto piuttosto che su quello del limite al potere rappresentativo ⁽⁸⁶⁾: difatti, se si trattasse di un limite, ne conseguirebbe che l'atto, di per sé precariamente efficace ⁽⁸⁷⁾, sarebbe sempre ratificabile; il che è invece escluso quando l'atto sia nullo per contrarietà a norme imperative) – *vadano riferite non già al potere di rappresentanza, ma al solo potere decisionale* ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸³⁾ Che l'espressione sia «anodina», potendo ritenersi di per sé non incompatibile con la persistenza di altri limiti, fra cui quello «costituito dall'oggetto sociale», lo nota ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1004, nota 26.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., p. 360; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 201 ss., spec. p. 232 ss.

⁽⁸⁵⁾ Quale ad esempio quello (tassativo ed esplicito: «in nessun caso»), per la società, di acquistare partecipazioni proprie, o quello di accettarle in garanzia, o quello di prestare assistenza finanziaria per il loro acquisto o sottoscrizione, tutti previsti dall'art. 2474 c.c.

⁽⁸⁶⁾ CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 667.

⁽⁸⁷⁾ E infatti dichiarabile inefficace solo su eccezione di parte, e giammai invalido (cfr. di recente, Cass., 7 febbraio, 2008, n. 9905, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 269 ss.; Cass., 7 febbraio 2008, n. 2860).

⁽⁸⁸⁾ Molto chiaramente, F. GIORGIANNI, *Commento all'art. 2384*, p. 61, opportunamente rilevando, inoltre, come la legge post-riforma, nell'occuparsi delle limitazioni ai poteri degli amministratori, parli di «poteri» *tout court*, e non più di (limitazioni al) «potere di rappresentanza»; BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale*, cit., 940 ss., anch'egli ricordando come la direttiva comunitaria, ed ora anche il nostro codice civile, parli solo di «poteri», da intendersi riferiti, allora, esclusivamente a quelli di gestione; nella stessa direzione anche CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 660 – 1, secondo cui «il contenuto legale generale del potere rappresentativo è inderogabile», laddove «le eventuali limitazioni introdotte da una decisione degli organi competenti», e in generale «tutto ciò che attiene al procedimento decisionale interno alla società, non dovrebbe assumere rilevanza nei confronti dei terzi»; si veda anche Mosco, *Commento all'art. 2384*, p. 612 ss.; ABRIANI, sopra citato alla **nota 52** [??]. Sembra svalutare una tale dissociazione DEMURO, *Le decisioni*, cit., p. 116, secondo cui (sempre a proposito del «limite legale» di cui all'art. 2479, n. 5, c.c.) «anche in questo caso, come in passato, la limitazione della rappresentanza dovrebbe essere la conseguenza di una restrizione di una competenza gestoria».

Un utile approccio al dilemma, che altrimenti rischierebbe di restare tale, sembra a questo punto ricavabile dalla norma primaria, e cioè dall'art. 10 della già citata direttiva comunitaria, secondo cui gli atti compiuti dagli amministratori «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»⁽⁸⁹⁾.

Questa disposizione è quella in cui può individuarsi, a livello comunitario, il fondamento normativo dell'opponibilità delle c.d. "limitazioni legali" ai poteri degli amministratori. Deve anche notarsi, al riguardo, come la stessa enucleazione concettuale di una categoria di «limiti legali», per contrapposizione a quella dei «limiti convenzionali» al potere rappresentativo (e già prospettata dal "vecchio" art. 2384 c.c.), è stata forse quella che, lasciando presupporre, già sul piano semantico, una simmetria fra le due categorie – sia quanto alla loro omogeneità, sia quanto al campo di applicazione, seppure poi con diversa intensità – si è posta all'origine di conclusioni non sempre convincenti sulle cd. limitazioni legali. Conclusioni che infatti sono state e sono tuttora oggetto, nel dibattito pratico e teorico, di mai sopite contrapposizioni e di distinguo che invece, per le limitazioni convenzionali, non si registrano.

E così, quanto alla (dis)omogeneità della categoria delle «limitazioni legali», nessuno può sfuggire alla constatazione di come essa si frantumi al cospetto di norme (quelle da cui quelle limitazioni deriverebbero) che dettano discipline rispondenti a logiche ben diverse⁽⁹⁰⁾: distinguendosi così le norme che vietano incondizionatamente l'atto, con la sua conseguente (nullità per contrarietà a norme imperative e quindi) inefficacia per la società, da quelle che pongono pure un divieto dell'atto, ma che poi ricollegano alla sua violazione «sanzioni», o comunque obblighi «riparatori», che lasciano chiaramente intendere l'efficacia dell'atto; sino a quelle – che qui vengono maggiormente in questione, e che restano infatti maggiormente discusse⁽⁹¹⁾ – che non vietano affatto l'atto, ma solo ne condizionano il compimento al rispetto di un certo riparto di competenze interne, ovvero all'esistenza e al rispetto di un certo procedimento decisionale "a monte" (a sua volta poi direttamente imposto dalla legge, oppure da questa imposto ma per il solo caso in cui l'autonomia statutaria si

⁽⁸⁹⁾ Della norma recata nella seconda parte del paragrafo citato, che consentirebbe ai legislatori nazionali di prevedere l'opponibilità ai terzi di mala fede degli atti eccedenti l'oggetto sociale, il nostro legislatore, come noto, ha ritenuto di non avvalersi più (come invece aveva fatto prima della riforma con l'art. 2384, c.c., applicabile anche per la s.r.l.).

⁽⁹⁰⁾ E per la necessità di una ricognizione delle singole ipotesi di limitazioni legali, si veda CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 667-8 (pur tentando alfine, al di là dei casi peculiari, di pervenire all'individuazione di una regola generale).

⁽⁹¹⁾ M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 466 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, p. 170; CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 667 ss.

sia espressa in un certo senso). Al punto, dunque, di dover constatare che le ritenute «limitazioni legali» non possono di certo, a differenza di quanto può dirsi per le limitazioni convenzionali al potere rappresentativo, riportarsi ad alcuna regola unitaria. Ciò da cui dovrebbe in primo luogo derivare qualche dubbio sull'utilità conoscitiva della categoria come tale; e da cui derivano comunque, nel dibattito, ampie divergenze sul suo campo di applicazione, come appena ricordato.

Al cospetto di questi dati contrastanti pare allora utile – se ci si vuole interrogare sui soli limiti ai poteri rappresentativi, e non anche a quelli decisionali – abbandonare il tentativo di affidarsi ad una categoria unitaria ed omogenea di «limitazioni legali», per affidarsi invece alla più esatta descrizione che la norma comunitaria fa del limite generale oltre il quale è precluso, in ogni caso, l'efficace esercizio del potere rappresentativo. Ebbene, se tale limite è da ritenere sorpassato quando venga compiuto un atto che ecceda «i poteri che la legge conferisce o consente di conferire ai predetti organi», se ne deve desumere che l'ambito della (incondizionata) opponibilità al terzo coincide con quell'area che si pone al di là del *perimetro massimo* dei poteri rappresentativi che, *in qualunque caso*, l'autonomia privata potrebbe (anche quando in concreto non l'abbia fatto, il che il terzo non deve appurare) attribuire agli amministratori ⁽⁹²⁾.

In questa prospettiva, va a ricadere senz'altro oltre tale perimetro (o forse meglio, come ricordato sopra ⁽⁹³⁾), oltre lo stesso concetto di limite del potere rappresentativo) il compimento di operazioni per le quali consti un divieto assoluto ⁽⁹⁴⁾ (o un'impossibilità giuridica) ⁽⁹⁵⁾; ma vi resta incluso il compimento di quelle operazioni che gli ammini-

⁽⁹²⁾ Si veda anche GRUNDMANN, *European Company Law*, cit., p. 144, a proposito dei limiti legali (quali ad esempio gli *structural changes* rimessi alla determinazione di altro organo societario): «*they (thirds) do not have to examine what competence the organ (the board) has in this particular company, but what power it can have at all under the national company law applicable*» (citando al proposito le possibili riserve gestorie dell'*Aufsichtsrat* previste dal § 111, Abs. 3, AktG); ALTMEEPEN, *Sub § 37*, § 35, p. 657, Rn. 17, rilevando poi come il potere rappresentativo comprende l'intero ambito di qualsiasi pensabile attività di una s.r.l. («*den gesamten Rahmen einer denkbaren Geschäftstätigkeit der GmbH*»), prescindendosi dall'ambito della singola impresa; nello stesso senso anche il Companies Act inglese, Sec. [40], citata *infra*, alla nota 104. Cfr. anche CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 665, parlando della «accoglimento del principio comunitario della generalità e dell'inderogabilità della rappresentanza istituzionale della società di capitali».

⁽⁹³⁾ Si veda *supra* nota 87 e testo corrispondente.

⁽⁹⁴⁾ Limite «legale», questo, riconosciuto unanimemente, salvo il caso sia la legge a presupporre l'efficacia ricollegandovi un altro tipo di sanzione: SCIUTO - SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 60; CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 170; ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1010.

⁽⁹⁵⁾ Per tale potendosi ritenere anche quella incompatibile con la capacità della persona giuridica, che, non valendo più il limite dell'oggetto sociale, copre «l'ambito dei poteri

stratori, sia pure a certe condizioni (tipicamente: una previa deliberazione assembleare, o dello stesso consiglio di amministrazione) ⁽⁹⁶⁾, potrebbero efficacemente realizzare con terzi.

È tale “perimetro massimo”, pertanto, che descrive il potere “generale” di rappresentanza che la legge riconosce agli amministratori; ed è all’interno di esso che il terzo (al di là del sempre proponibile rimedio generale dell’*exceptio doli*) deve poter confidare sull’efficace spendita del nome della società da parte di chi ne abbia la rappresentanza.

E così, nel caso qui principalmente considerato, la competenza dei soli soci a decidere il compimento di operazioni che modifichino sostanzialmente l’oggetto sociale dovrebbe certo impedire, nei rapporti interni, che gli amministratori possano realizzare una tale operazione senza una previa decisione dei soci, e dunque sostanzialmente arrogandosela; ma questo non toglie che il compimento di una tale operazione rientrerebbe pur sempre fra i poteri rappresentativi che la legge, seppure alla condizione da essa determinata, “consente di conferire” agli amministratori ⁽⁹⁷⁾. E tanto basta a rendere in ogni caso quell’operazione impegnativa per la società.

che non presuppongono strettamente la natura di persona fisica in capo al soggetto»: così ZANARONE, *Commento all’art. 2475-bis*, cit., p. 1006; nonché CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 667, proponendo in tali casi (peraltro di scarsa rilevanza pratica, come ad esempio un disposizione per via testamentaria) di incompatibilità con la natura dell’ente societario, di parlare piuttosto di difetto di capacità o di legittimazione. Nel senso che si tratti piuttosto di un difetto di legittimazione, si veda GIORGIANNI, *Commento all’art. 2384*, cit., p. 64, nota 72, citando FALZEA, voce *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, p. 44, nota 175, secondo cui mentre la capacità è qualità astratta accordata in via preventiva e generale, sono le figure di legittimazione a riguardare piuttosto «posizioni del soggetto rilevanti rispetto a determinate fattispecie, e più precisamente con riferimento all’oggetto o all’altro soggetto dell’atto o del rapporto (...)»; uno spunto in questo senso anche in SALAMONE, *Oggetto sociale*, cit., p. 1096.

⁽⁹⁶⁾ In questo senso, invece, M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 468 e 475, ritenendo limite legale la dissociazione fra potere gestorio e rappresentativo, così che la mancanza della delibera consiliare comporterà l’inefficacia dell’atto; se invece la delibera vi fosse, ma fosse viziata, allora i diritti dei terzi in buona fede potrebbero essere fatti salvi ex artt. 2377 e 2388, c.c.

⁽⁹⁷⁾ Salvo, ovviamente, che, almeno per alcune ipotesi di modifica sostanziale dell’oggetto sociale, non si acceda all’opinione – recentemente rappresentata da Cass., 4 ottobre 2010, n. 20597 (ma invero discutibile, ed infatti prontamente criticata da autorevole dottrina, P. FERRO - LUZZI, *La società tra l’oggetto ed il soggetto*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, p. 308 ss.) – secondo cui «se lo scopo sociale corrisponde al limite legale e virtuoso delle imprese, l’atto *ultra vires* compiuto dall’amministratore (...) non viola semplicemente il limite convenzionale dei limiti di rappresentanza, ma viola disposizioni di legge imperative, anche di rango costituzionale [art. 41 Cost.], derivandone in linea di principio la nullità dell’atto stesso»; il che determinerebbe addirittura «l’impossibilità di una sua autorizzazione preventiva o ratifica»

La medesima conclusione, si rileva per inciso, non potrà che valere ugualmente, ad anzi in modo ancor più evidente (con ciò corroborando quella appena raggiunta, che riferendosi alla stessa disciplina non può essere diversa) per quanto riguarda il compimento delle operazioni che comportano una “*rilevante modifica dei diritti dei soci*”. Ipotesi, questa, prevista, insieme a quella sinora considerata, dall’art. 2479, n. 5, c.c., e rispetto alla quale la maggiore evidenza della conclusione deriva dalla considerazione - difficilmente negabile già sul piano pratico - di quanto ancor più difficile, sempre nella prospettiva generale della certezza dei rapporti esterni, sarebbe per un terzo verificare se una certa operazione possa incidere, e poi in particolar modo in misura “rilevante”, sui “diritti dei soci”. E del resto, la dottrina *Holzmüller* (e poi *Gelatine* e *Macroton*) di cui la disposizione in discorso pare aver fatto recezione, conferma (in Germania come in Italia, e ancora altrove, e come si sta per vedere anche con riferimento alla s.p.a.) la conclusione della irrilevanza sul piano esterno della violazione del riparto delle competenze decisionali.

Questa stessa conclusione sembra infatti potersi predicare — spostandosi ad osservare il problema nella prospettiva della società per azioni — anche per quest’ultima: almeno se si ammetta che anche nell’ambito della s.p.a. viga un divieto (seppur non espressamente previsto come per la s.r.l.) per gli amministratori di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale, o altre modifiche capaci di incidere profondamente sulla struttura o sulla partecipazioni dei soci (c.d. *di interesse primordiale*)⁽⁹⁸⁾, se non consti una previa autorizzazione dell’assemblea dei soci, che ne avrebbero quindi l’esclusiva competenza decisionale. Questa

per «contrasto con quell’utilità sociale che l’oggetto sociale dell’impresa di capitali persegue ai sensi dell’art. 41 secondo comma dalla costituzione».

Neppure pare convincere, per le ragioni indicate nel testo, il tentativo (di GIORGIANNI, *Commento all’art. 2384*, p. 65) di distinguere la rilevanza o meno, quale limite legale opponibile ai terzi, del tipo di deliberazione, e in particolare di quelle «prescrittive» (utilizzando una distinzione proposta, in altra prospettiva, da PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Liber amicorum Campobasso*, vol. 2 [CORRETTO?], p. 23 ss. e p. 33, nota 70), e cioè quelle in cui il contenuto dell’atto voluto dovrebbe provenire da altro organo, per cui la formazione della volontà negoziale non potrebbe esistere neanche in astratto in capo all’amministratore. Il che, tuttavia, non convince, dal momento che si tratterebbe pur sempre di un problema inquadrabile nell’ambito del riparto dei poteri decisionali: non potendosi infatti in alcun caso negare che il relativo potere di esternazione, sia pure denunziatorio, competerebbe sempre e comunque, sul versante dichiarativo, all’amministratore: sol perciò, allora, rientrando nel suo potere di rappresentanza generale.

⁽⁹⁸⁾ Si veda così, e soprattutto, ABBADESSA, *La gestione dell’impresa*, cit., 44 ss.; ID., *L’assemblea: competenza*, p. 20 (ove una sintesi del dibattito precedente)

infatti è l'opinione di parte rilevante della nostra dottrina ⁽⁹⁹⁾; e questa è anche la posizione, che trova riscontro, talvolta molto netto, anche in altri ordinamenti ⁽¹⁰⁰⁾. E fra tutti coloro che, anche in Italia, si sono schierati in questo senso, in effetti, nessuno dubita che il ritenuto limite al potere degli amministratori rileverebbe solamente nei rapporti interni, riguardando quindi il solo momento decisionale, e non potendo in nessun caso venire opposto ai terzi ⁽¹⁰¹⁾.

18.3.3. *Opponibilità dell'invalidità della delibera "presupposta" dalla legge*

La questione appena affrontata, peraltro, interseca, e non può comunque non confrontarsi con quella – ulteriore, ma sempre relativa alla definizione dei limiti legali opponibili ai terzi – di quale possa essere la rilevanza esterna della *manca* dei procedimenti decisionali (nel caso di specie: la decisione dei soci circa il compimento dell'operazione) che dovrebbero, secondo il modello legale ⁽¹⁰²⁾, precedere e legittimare il compimento di una certa operazione; e in particolare se quella mancanza possa apprezzarsi come una limitazione legale al potere di rappresentanza degli amministratori ⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁹⁾ Si veda per un'ampia e compiuta panoramica, PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., in *Liber amicorum Campobasso*, vol. 2, p. 3 ss., spec. p. 11 ss. In giurisprudenza, si ricordi ancora Cass., 4 ottobre 2010, n. 20597 (pur molto opinabile, secondo quanto sopra ricordato alla 97).

⁽¹⁰⁰⁾ Si veda ancora PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., in *Liber amicorum Campobasso*, ricordando in particolar modo esperienze sia di ordinamenti appartenenti all'area di *common law* che quella di *civil law*, e all'interno di questa soprattutto, per il particolare approfondimento della riflessione, quella tedesca, con i noti casi *Holz Müller* e, più di recente, *Gelatine I e II*, *Macroton*.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰²⁾ Non dunque secondo una previsione statutaria, ciò che riporterebbe il limite nell'ambito di quelli convenzionali.

⁽¹⁰³⁾ In tal senso si veda già SCIUTO - SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., pp. 59-60, rispetto alla cui posizione sui limiti legali, come sarà esposto nelle seguenti pagine, ritengo che la Riforma del 2003, e in particolare l'espressa previsione della rappresentanza «generale» degli amministratori, suggerisca un cambiamento d'opinione circa la rilevanza delle deliberazioni «presupposte»; e CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, pp. 144-170, riconoscendo fra i limiti legali il «rispetto della competenza deliberativa che la legge attribuisce all'assemblea» (a meno che non sia la stessa legge a circoscrivere le conseguenze al solo rapporto interno di gestione); SPADA, *La tipicità delle società*, cit., pp. 147-148; GALGANO, *Le società*, cit., p. 327; ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1008. In senso contrario si veda però BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale*, cit., p. 941.

Casi spesso citati, fra gli altri, sono quelli previsti dagli artt. 2465, comma 2 (*acquisti pericolosi*); 2359-bis, comma 2 (*acquisto delle azioni della controllante*): ma in tal caso il riferimento è

Ora, quanto rilevato al paragrafo precedente (il potere di rappresentanza generale comprende ogni potere rappresentativo che la legge conferisce o anche solo consente di conferir loro, a prescindere poi dalla circostanza se, nel caso contingente e concreto, un tale conferimento vi sia stato) dovrebbe pianamente condurre ad una risposta negativa, che escluda ogni rilevanza, nei rapporti con i terzi, alla mancanza di decisioni (dei soci o dello stesso organo amministrativo) che per legge (o tantomeno per statuto) dovrebbero precedere il compimento di una certa operazione.

E così sarebbe senz'altro se, come ad esempio previsto in altri importanti ordinamenti comunitari (spagnolo, tedesco, inglese), si riconducessero chiaramente al novero delle limitazioni (indifferentemente legali o statutarie) inopponibili ai terzi anche i casi in cui – come si esprime ad esempio il § 35a, Abs. 2, GmbH-G – «*die Zustimmung der Gesellschafter oder eines Organs der Gesellschaft für einzelne Geschäfte erfordert ist*»⁽¹⁰⁴⁾.

Senonché, a questo riguardo, v'è da dire che per la s.r.l., così come tendenzial-

errato, che è la legge stessa a prevedere, seppure «sanzionandola», l'efficacia dell'acquisto); 2361, comma 2 (su cui si veda, anche più in generale, per la piena opponibilità ai terzi dei limiti legali al potere di rappresentanza nel caso in cui la legge richieda una preventiva deliberazione assembleare, BARTALENA, *Le competenze dell'assemblea*, in *Le società*, 2005, p. 1098; BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Liber amicorum Campobasso*, vol. 1, 2007, pp. 97-111; nonché DONATIVI, *Commento all'art. 2361*, in *Commentario Sandulli-Santoro*, tomo I, 2003, pp. 218-231, parlando di «difetto assoluto di difetto rappresentativo»); 2393, comma 5, o 2476, comma 5 (sulla *rinuncia o transazione dell'azione di responsabilità* contro gli amministratori); 2483, comma 1, c.c., che con riferimento all'*emissione di titoli di debito* presuppone una clausola statutaria che preveda sia l'*an* che la competenza; il che peraltro solleva il dubbio che, rientrando una tale competenza fra i poteri che la legge certamente, seppure a date condizioni, «consente di conferire» agli amministratori – e in tal senso, secondo quanto esposto nel testo, in astratto rientranti nel loro «generale» potere di rappresentanza – il limite costituito dall'assenza o dal mero contenuto della clausola (ciò che dovrebbe esulare dall'onere di accertamento del terzo), sia da inquadrarsi piuttosto fra le limitazioni statutarie anziché fra quelle legali. Ciò, quantomeno, in principio: salve cioè considerazioni che possano implicare ragioni di ordine pubblico economico a presidio del divieto, e conseguentemente della nullità dell'atto che lo trasgredisca, ovvero considerare l'esistenza della clausola quale *condicio iuris* di efficacia dell'atto. In quest'ultima direzione sembra attestarsi la prevalente dottrina, proponendo una soluzione differenziata: limite legale se la clausola manchi del tutto, statutario se invece preveda competenze trasgredite dagli amministratori (si veda ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1790; SPADA, *L'emissione dei titoli di debito nella «nuova» società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 807; cui aderisce STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 991; CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 356; CABRAS, *Commento all'art. 2483*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, p. 1694; M.B. PORTALE, *L'emissione dei titoli di debito e la rilevanza delle vicende sociali*, in *S.r.l. - Commentario*, a cura di Dolmetta e Presti, cit., pp. 1001-1003.

⁽¹⁰⁴⁾ Analogamente, per quanto riguarda l'ininfluenza dell'eventuale deliberazione della «*junta*» richiesta dalla legge o dallo statuto perché talune operazioni possano essere com-

mente per la s.p.a. (governata da principi analoghi, se non dalle medesime regole in virtù di rinvio), constano espresse previsioni normative che *rendono rilevante il vizio del procedimento decisionale "a monte"*, consentendo, in particolare, di opporre ai terzi l'eventuale *invalidità* della deliberazione (o decisione) che avrebbe dovuto precedere il compimento di un'operazione. E così, l'art. 2377, settimo comma, c.c., richiamato per la s.r.l. dall'art. 2479-ter c.c.⁽¹⁰⁵⁾, fa salvi i diritti acquistati, ma solo se in buona fede, in esecuzione della deliberazione assembleare invalida.

Parimenti sono fatti salvi, per la s.p.a. (art. 2388, ultimo comma), i diritti acquistati in buona fede dai terzi in esecuzione di una deliberazione consiliare invalida. Soluzione, questa, che per la s.r.l. viene invece espressamente ripetuta (dall'art. 2475-ter, secondo comma, c.c.) con riferimento alla sola ipotesi di invalidità espressamente prevista, quella per conflitto di interessi; benché, preso atto della scelta normativa in tema di s.p.a., anche per la s.r.l. (sempre che anche per essa si ammettano ulteriori ipotesi di invalidità delle deliberazioni consiliari)⁽¹⁰⁶⁾ non pare dovrebbero constare,

piute, dispone l'art. 44, par. 2, della *Ley 2/1995 Sociedades de responsabilidad limitada*, escludendosi l'opponibilità dell'eventuale previsione in tale senso (SANZ, *Comentario*, cit., p. 680).

Nel diritto inglese, si veda MAYSON - FRENCH *Company Law*, cit., RYAN, *Company Law*, Oxford-New York, 2007, p. 589, ove, nel definire il campo d'applicazione della direttiva, non si dubita che alle limitazioni statutarie vadano equiparate quelle implicate da una regola che presuppone una delibera assembleare, o comunque un accordo a monte fra i soci: cfr. in particolare la Sec. [40] del Companies Act 2006 (*Power of directors to bind the company*), secondo cui «(1) *In favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the directors to bind the company, or authorise others to do so, is deemed to be free of any limitation under the company's constitution. (...) (3) The references above to limitations on the directors' powers under the company's constitution include limitations deriving (a) from a resolution of the company or of any class of shareholders, or (b) from any agreement between the members of the company or of any class of shareholders*».

Ambigua invece la posizione della legge francese, ove il *Code de Commerce*, art. L. 223-18, al. 2, prevede che «*Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés*».

⁽¹⁰⁵⁾ Riterrei la disposizione recata dall'art. 2377, comma 7, c.c. applicabile ad ogni ipotesi di invalidità delle decisioni dei soci di s.r.l., previste dall'art. 2479-ter c.c., in virtù del rinvio operato da questo a quella. E ciò nonostante l'articolo richiamato (art. 2377 c.c.) riguardi direttamente la sola *annullabilità* delle deliberazioni assembleari di s.p.a. (mentre la sua applicabilità anche ai casi di *nullità* della deliberazione assembleare è prevista, in forza di rinvio dell'art. 2379, ultimo comma, c.c., nell'ambito della sola s.p.a.; laddove manca un analogo rinvio nell'ambito della s.r.l., la cui disciplina del resto, e come noto, neppure ha inteso distinguere espressamente fra casi di nullità o di annullabilità).

⁽¹⁰⁶⁾ In questa direzione, fra gli altri, ABRIANI, *Le decisioni dei soci*, cit., p. 326; tendenzialmente favorevole anche AMBROSINI, *Commento all'art. 2475-ter*, in *La riforma delle società*, cit.,

oggi, particolari obiezioni ⁽¹⁰⁷⁾ a che lo stesso principio di salvezza dei diritti dei terzi di buona fede possa valere anche nelle eventuali ulteriori ipotesi di invalidità delle decisioni dell'organo amministrativo.

In entrambi i casi, dunque, anche per la s.r.l., la conseguenza applicativa delle previsioni richiamate è chiaramente delineata: l'invalidità della deliberazione sarà inopponibile ai soli terzi che abbiano acquisito in buona fede diritti sulla base di atti esecutivi del procedimento decisionale viziato, *restando invece opponibile ai terzi di mala fede*.

Un'opponibilità, dunque, ben più lata di quella che poc'anzi si è ritenuta valere per le cd. limitazioni legali derivanti dall'eventuale mancanza della deliberazione (o decisione) presupposta dalla legge (mancanza che, come si è detto, opererebbe soltanto nei rapporti interni, restando irrilevante ed inopponibile ai terzi); e più lata anche di quella che senza dubbio vale per le limitazioni statutarie (condizionata al raggiungimento della prova del dolo, seppure "generico" ⁽¹⁰⁸⁾, del terzo).

Tale constatazione induce talora a ritenere ⁽¹⁰⁹⁾ che le previsioni appena menzionate siano frutto di un cattivo coordinamento con le norme che governano, specialmente con riferimento ai possibili limiti statutari, la rappresentanza degli amministratori delle società di capitali, dal momento che – si osserva – essendo queste ultime norme ispirate ad un principio di certezza dei rapporti giuridici con i terzi, a costoro dovrebbe essere risparmiato l'onere di sincerarsi della regolarità del procedimento decisionale di cui l'atto posto in essere dal rappresentante dovrebbe dirsi esecutivo. E ciò anche perché, si aggiunge (sovrapponendo però due piani che, per quanto si dirà ma già sulla base di quanto la legge espressamente prevede, andrebbero meglio tenuti distinti) se al terzo è opponibile il *vizio* del procedimento decisionale "a monte", a mag-

p. 1584. In senso contrario, ma ammettendo la possibilità di un rinvio statutario all'art. 2388 c.c., o più in generale alla disciplina della s.p.a., REGOLI, *La rappresentanza*, p. 178; PARRELLA, *Commento all'art. 2475-ter*, in *Commentario Sandulli-Santoro*, 2003, tomo 3, pp. 115-119.

⁽¹⁰⁷⁾ Se non quelle (comunque non più riproponibili per la s.p.a.) che già nel previgente sistema (in cui anche per la s.p.a. si prevedeva il solo conflitto di interessi quale possibile causa dell'invalidità della deliberazione consiliare) tentavano di spiegare la singolarità del caso distinguendolo dalle, e tendenzialmente negando la configurabilità di, altre possibili cause di invalidità.

⁽¹⁰⁸⁾ Per una sintesi del dibattito, e della giurisprudenza di legittimità orientata in tal senso, si veda CORRIAS, *Limitazioni*, cit., p. 603.

⁽¹⁰⁹⁾ Si veda diffusamente CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 669 ss., spec. p. 672 ss., ritenendo inevitabile una forzatura interpretativa che consenta di conciliare i due gruppi di norme (artt. 2377-2388 vs. art. 2384, comma 2, c.c.); e poi a p. 676, pervenendo a ritenere che l'art. 2388 c.c., si applichi allora nei soli casi in cui il rispetto del procedimento deliberativo sia imposto dalla legge e quelli i cui effetti si producono senza l'intervento di un rappresentante, oppure attraverso un rappresentante *ad hoc* autorizzato dal consiglio di amministrazione.

gior ragione, come il più contiene il meno, dovrebbe essergli opponibile, con ulteriore suo aggravio, la totale *manca*nza del procedimento decisionale presupposto⁽¹¹⁰⁾.

Si tende così a restringere, per via interpretativa, la portata delle norme sopra ricordate, affermando ad esempio che esse riguarderebbero le sole deliberazioni *self executing* (che non richiedano cioè di essere attuate tramite un rappresentante)⁽¹¹¹⁾ o quelle che vengano attuate tramite un rappresentante volontario.

In realtà non pare che vi siano margini interpretativi, né soprattutto il bisogno (alla ricerca di un'armonia con i principi che vorrebbero restringere al massimo l'op-

⁽¹¹⁰⁾ CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza*, cit., p. 515; richiamando GALGANO, *Le società*, cit., p. 327 ss.; MALBERTI, *Commento all'art. 2384*, cit., pp. 201-210; CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., pp. 673-675, equiparando le conseguenze derivanti dal «mancato o invalido esercizio del potere deliberativo», dal momento che il «necessario rispetto delle competenze deliberative assegnate dalla legge ai diversi organi sociali» operebbe quale limite legale, ciò di cui sarebbero espressione gli artt. 2377 e 2388 c.c.

In realtà, però, come si dirà nel testo, tali articoli riguardano, espressamente, soltanto l'invalidità, non la mancanza della deliberazione; pertanto la loro *ratio* non sembra risiedere tanto nel mancato rispetto delle competenze deliberative, quanto piuttosto nella distorsione di un (esistente e compiuto, seppure irregolarmente) procedimento volitivo. E si veda al riguardo, escludendo l'assimilabilità delle due ipotesi, ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., pp. 1009-1014, il quale giustifica il trattamento più favorevole per i terzi in caso di delibera invalida perché l'esistenza di una delibera ingenera una ragionevole aspettativa circa la validità della medesima, salva dimostrazione dell'assenza di buona fede; mentre la mancanza totale di ogni delibera non fonderebbe una tale aspettativa.

Pure vi è da ricordare, peraltro, che un'equiparazione delle due ipotesi (invalidità e mancanza) – ma solo con riferimento alla (diversa, già nella stessa prospettiva comunitaria, come appresso rilevato: nota 114), tematica del conflitto di interessi – era stata, in tempi ormai piuttosto remoti, operata dall'art. 10, par. 4, del progetto di V direttiva comunitaria del 9 ottobre 1972 («Proposta di quinta direttiva intesa a coordinare le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'articolo 58, secondo comma, del trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi, per quanto riguarda la struttura delle società per azioni nonché i poteri e gli obblighi dei suoi organi sociali»), che prevedeva per il compimento di operazioni in conflitto di interessi una previa autorizzazione con deliberazione, appunto, dell'organo di vigilanza, con la possibilità di opporre ai terzi di mala fede sia la mancanza che l'invalidità di una siffatta deliberazione: «La mancanza dell'autorizzazione dell'organo di vigilanza o l'irregolarità della decisione di concedere l'autorizzazione è opponibile ai terzi soltanto se la società fornisce la prova che essi erano a conoscenza della mancanza di autorizzazione o dell'irregolarità della decisione o che, date le circostanze, non potevano ignorarla».

⁽¹¹¹⁾ CALANDRA BUONAURA, cit., alla nota 109; M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 477; MALBERTI, *Commento all'art. 2384*, cit., pp. 201-210; F. GIORGIANNI, *Commento all'art. 2384*, p. 67. Per la totale irrilevanza esterna del procedimento deliberativo, si veda ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 109.

ponibilità dei limiti al potere rappresentativo) di ridurre o di falsare la chiara portata precettiva delle norme, sopra richiamate, che consentono di opporre ai terzi in mala fede l'*invalidità* delle deliberazioni in esecuzione delle quali abbiano acquistato un diritto dalla società.

Da un punto di vista concettuale, difatti, la portata precettiva di tali norme pare troppo netta per poter essere rifiutata o pressoché azzerata per effetto di forzate reinterpretazioni; e tuttavia neppure pare corretto ricondurre tali norme nel novero delle limitazioni legali al potere rappresentativo degli amministratori.

Esse difatti, a ben vedere, *si occupano di una materia eterogenea, e comunque estranea, a quella delle limitazioni del potere di rappresentanza.*

Difatti, se si ammette – come in generale si deve – che le condizioni alle quali il rappresentato può disconoscere gli effetti di un atto posto in essere dal rappresentante, non coincidono con, o non presuppongono necessariamente un superamento dei limiti del potere spettante a quest'ultimo, ma possono dipendere da altro vizio relativo alla formazione del consenso; allora v'è spazio concettuale per sostenere che la violazione delle regole sul procedimento decisionale che avrebbe dovuto legittimare l'operato del rappresentante non comporti in realtà alcun limite al potere di quest'ultimo (ben constando, in effetti, la decisione che si suppone debba precedere l'esercizio di quel potere, che del resto è «generale» e tendenzialmente insensibile al momento decisionale), quanto piuttosto una distorsione funzionale del procedimento decisionale – che per la persona fisica si direbbe un vizio della volontà, e che per la persona giuridica si lascia meglio apprezzare in termini di vizio procedimentale⁽¹¹²⁾ – che, se nota al terzo, consentirà di opporre a quest'ultimo, sul piano della validità dell'atto negoziale, l'invalidità del procedimento e allora della stessa determinazione negoziale di cui la dichiarazione del rappresentante ha costituito esternazione⁽¹¹³⁾.

Lo dimostra in modo piuttosto limpido l'ipotesi contemplata dall'art. 2475-ter, secondo comma, c.c. (l'unica, come sopra visto, prevista in tema di invalidità delle deliberazioni consiliari, e sulla quale già si è avuto modo di soffermarsi) relativa al conflitto di interessi: una norma, questa, il cui ambito – come riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia – pare infatti *esulare dalla materia dei limiti al potere di rappresentanza*⁽¹¹⁴⁾

⁽¹¹²⁾ Si veda *infra* nota 119.

⁽¹¹³⁾ In prospettiva analoga, e con riferimento all'ipotesi del conflitto di interessi (subito appresso ripresa, infatti, anche nel testo soprastante), si veda F. GIORGIANNI, *Commento all'art. 2384*, p. 68, rilevando come il conflitto di interessi non riguardi tanto il difetto di potere, occupandosi piuttosto della sorte degli atti che, pur compresi nei limiti del potere di rappresentanza, possono ritenersi viziati e come tali opponibili ai terzi di mala fede.

⁽¹¹⁴⁾ Si veda al riguardo, oltre agli Autori citati alla nota seguente, la nota decisione *Rabobank* della Corte di giustizia (causa C-104/96, 16 dicembre 1997), in cui la Corte ha chiaramente riconosciuto come il conflitto di interessi resterebbe fuori dall'ambito del 9 comma 2 della I direttiva comunitaria (68/151/CEE), che in questa prospettiva evidenzerebbe una vera e propria

(al pari, seppure per altro verso, della diversa ipotesi prevista dal primo comma, applicabile quando sia il rappresentante stesso ad agire, con una qualche autonomia decisionale ⁽¹¹⁵⁾, in conflitto di interessi, ed allora abusando del suo potere).

lacuna («si deve constatare che il regime di opponibilità ai terzi degli atti compiuti da membri di organi sociali in situazioni siffatte esula dal contesto normativo della prima direttiva, e rientra nella competenza del giudice nazionale»).

Nello stesso senso anche GRUNDMANN, *European Company Law*, cit., pp. 147-148, seppur in modo perplesso. E si veda anche MAYSON - FRENCH - RYAN, *Company Law*, cit., p. 589, specificando – sempre in relazione alla portata dell’art. 9 della I direttiva – che tale disposizione «does not affect laws which make company contracts invalid for other reasons, such as conflict of interest on the part of directors who made the contracts». *Contra*, si veda però, ZANARONE, *Commento all’art. 2475-bis*, cit., pp. 1028-1031 ss., secondo cui il regime previsto dall’art. 2475-ter, c.c., «in ultima analisi potrebbe definirsi come un limite ai poteri rappresentativi degli amministratori, consistente nel divieto di operare in conflitto di interessi con la società»; e pur dovendo infine, e conseguentemente, prendere atto delle diverse condizioni di opponibilità rispetto all’art. 2475-bis c.c., e allora spiegare una tale diversità nel senso della «specialità» dell’art. 2475-ter c.c. (che richiede la mala fede) e della sua prevalenza sull’art. 2475-bis, c.c. (che richiede il dolo), dal momento che il primo riguarderebbe un particolare limite all’esercizio di rappresentanza che giustificerebbe un minor bisogno di tutela del terzo.

⁽¹¹⁵⁾ In questo senso si esprime infatti la Relazione al d.lgs. 6/2003, § 6, III, 3 (ultimo periodo). E si veda già, in particolare, ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1970, p. 104 ss., rilevando infatti (p. 135) come in questo caso la violazione del rappresentante sia da riferirsi piuttosto al rapporto di gestione, e alla lesione dell’interesse del rappresentato che in esso si consuma, piuttosto che all’ambito del potere rappresentativo, considerato in via autonoma dal rapporto sottostante. Nello stesso senso si veda pure ABRIANI, *Le decisioni dei soci*, cit. p. 326 ss.; M. PERRINO, *Il conflitto di interessi degli amministratori nella s.r.l.*, in *Liber amicorum Campobasso*, vol. 3, 2007, p. 579; BLANDINI, *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, pp. 405-420; VENTORUZZO, *Commento all’art. 2475-ter*, cit., p. 606, seppure in principio e non escludendo una concorrente applicazione dei commi 1 e 2; M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 483, indicando l’estraneità dell’art. 2384, c.c., rispetto al conflitto di interessi anche in questo caso, trattandosi di un abuso di potere rappresentativo e non di «difetto di potere», che invece connota l’ambito dell’art. 2384 c.c.; ed evidenziando così come l’uso distorto del potere rappresentativo non può coinvolgere l’esigenza di protezione dei terzi accordata dalla disciplina della limitazione ai poteri rappresentativi: «il rispetto dell’interesse del rappresentato è un vincolo posto dalla legge all’agire del rappresentante, e non un limite fondato sull’autonomia privata». In una prospettiva diversa, LUPETTI, *Per una diversa ipotesi ricostruttiva della rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. not.*, 2006, p. 222 ss., giustificando il trattamento deteriore in caso di delibera invalida rispetto a quella inesistente, poiché in caso di delibera invalida vi sarebbe come punto di riferimento una decisione esistente, la cui validità sia astrattamente controllabile, mentre nell’altro caso non vi sarebbe alcun punto di riferimento (ma a ciò andrebbe però obiettato

Nel caso previsto dall'art. 2475-ter, secondo comma, c.c., invece, il rappresentante, sia pure non violando alcun limite apposto dalla legge o dallo statuto, si fa latore di una decisione viziata tutta riferibile al rappresentato, e come tale, allora, capace di riflettersi, quale vizio della determinazione negoziale esternata, sull'atto. Una distinzione, questa, in effetti parallela a quella prevista, in via generale, dall'art. 1390 c.c., che non si occupa dei limiti dei poteri del rappresentante, ma che, nella diversa prospettiva dell'annullabilità dell'atto, ritiene rilevante la volontà del rappresentante, salvo che il vizio riguardi «elementi predeterminati dal rappresentato», nel qual caso rileva la volontà di quest'ultimo ⁽¹¹⁶⁾ (e tornerebbe ad applicarsi l'art. 1394 o, paralle-

che un punto di riferimento in realtà c'è, e sarebbe la stessa legge; in realtà, come poi evidenziato nel testo, la prospettiva rilevante non pare essere tanto quella dell'astratta verificabilità della violazione del riparto di competenze, quanto piuttosto quella della effettiva conoscenza di un vizio che ha inficiato la formazione della determinazione negoziale esternata dal rappresentante); CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione*, cit., p. 174.

In giurisprudenza, per il distinto campo di applicazione dei due commi dell'art. 2475-ter c.c., nel senso indicato nel testo, si veda Cass., 21 novembre 2008, n. 27783; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1525; Cass., 26 settembre 2005, n. 18792; Cass., 10 aprile 2000, n. 4505. *Contra*, però, ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, p. 423 ss., spec. p. 439 ss., ma con riferimento all'ipotesi (tendenzialmente *diversa* da quella valutata nel testo, in cui il rappresentante sia mero *nuntius* «disinteressato») in cui l'amministratore-rappresentante, seppure portando ad esecuzione una delibera consiliare, sia stato esso stesso in conflitto di interessi nell'approvarla, o lo sia nell'eseguirla; ovvero – caso ancora più sfumato (a p. 445) – portando ad esecuzione, con la discrezionalità di chi potrebbe (anzi dovrebbe) altrimenti astenersi dal compimento dell'atto, la delibera che egli sappia essere invalida.

⁽¹¹⁶⁾ In questa prospettiva CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 242; VENTORUZZO, *Commento all'art. 2475-ter*, cit., p. 656 ss., che appunto esclude il comma 1 quando l'amministratore sia mero *nuncius*; in senso contrario a quest'ultima posizione, ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., nonché, negli stessi termini, già Id., *L'opponibilità ai terzi del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, in *Giur. comm.*, II, 1999, pp. 265-277 ss., cui aderisce POMELLI, *Commento all'art. 2475-ter*, in *Commentario* Maffei Alberti, vol. III, 2005, p. 1968.

Problema ulteriore, seppure non direttamente rilevante ai fini del discorso che si sta svolgendo nel testo, è poi quello del coordinamento fra il comma 1 e il comma 2 dell'art. 2475-ter c.c. – e cioè se la disciplina del primo sia del tutto alternativa a quella prevista dall'altro – nella prospettiva dei diversi termini di impugnabilità dell'atto: nel primo caso quello quinquennale *ex art.* 1442 c.c. (e in particolare dalla conclusione del contratto: comma 3), nell'altro quello «stretto» (e ulteriormente reso impraticabile se si dà rilievo alla lettera della legge che, a differenza di quanto previsto per la s.p.a., sembra presupporre un danno attuale, anziché soltanto potenziale) dei novanta giorni per l'impugnazione della delibera *ex art.* 2479-ter c.c. E si veda così M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 490 ss., ritenendo comunque rilevante il conflitto di interessi ai sensi del comma 1 dell'art. 2475-ter c.c., anche quando il rappresentante si limiti a dare esecuzione ad una delibera consiliare

lamente, l'art. 2475-ter, primo comma, c.c.).

D'altra parte – e venendo così anche alla valutazione degli interessi in gioco – la rilevanza attribuita (sia dall'art. 2475-ter, secondo comma, c.c., con specifico riferimento al caso del conflitto di interessi; sia dalle previsioni più generali sopra ricordate sull'opponibilità dell'invalidità delle deliberazioni “presupposte”) alla *mala fede* del terzo, consente di scongiurare ogni possibile attrito fra il regime di opponibilità dell'invalidità della deliberazione “a monte” e le esigenze di certezza dei rapporti con i terzi sottese alla disciplina della rappresentanza degli amministratori di società di capitali. Quel regime, difatti, non implica in alcun modo che il terzo abbia l'onere di sincerarsi di volta in volta della validità del procedimento deliberativo in esecuzione del quale ha acquistato un diritto dalla società, ma presuppone che egli *già ne sia a conoscenza* ⁽¹¹⁷⁾.

18.3.4. Inopponibilità dell'assenza della delibera “presupposta”

Quanto poi all'obiezione secondo cui l'opponibilità dell'invalidità della deliberazione anche ad un terzo in mala fede (e non soltanto a quello che agisca con dolo), implicherebbe – *a fortiori*, e pur in assenza di un'espressa previsione legislativa – anche l'opponibilità della totale *manca*za del procedimento deliberativo presupposto ⁽¹¹⁸⁾,

viziata da conflitto di interessi (sempre nella prospettiva di superare gli stretti limiti per l'impugnabilità della delibera); nonché VENTORUZZO, cit. alla nota 40; e già ENRIQUES, *Il conflitto di interessi*, cit., p. 442 ss.; diversamente, ZANARONE, *Commento all'art. 2475-bis*, cit., p. 1037 ss., spiegando la minore tutela per la società (ancorata alla impugnativa della delibera) al minore rischio che c'è in tal caso, a causa della maggiore garanzia di oculatezza del metodo collegiale, e rilevando come in tal caso (diversamente da quello previsto dal comma 1) l'annullamento del negozio è conseguenza automatica dell'invalidità della delibera; per quest'ultimo aspetto si veda anche BLANDINI, *Conflitto di interessi*, cit., p. 419; CALANDRA BUONAUURA, *Potere di gestione*, cit., p. 173, nota 133.

⁽¹¹⁷⁾ Al che non osta poi – sempre a tutela del terzo e della più generale esigenza di certezza dei rapporti giuridici – che del concetto di buona fede si possa ben fare un uso «generoso», ad esempio considerando in mala fede solo chi sappia che la deliberazione è *già* stata dichiarata invalida, o che *penda* contestazione sulla sua validità, o che essa è comunque affetta da un vizio manifesto e macroscopico. Alla società non basterebbe per certo, invece, fornire la prova che la causa dell'invalidità sarebbe stata conoscibile dal terzo contraente con l'impiego della normale conoscenza (GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 275, richiamando l'orientamento giurisprudenziale prevalente).

⁽¹¹⁸⁾ Beninteso direttamente dalla legge; se presupposto (seppure dalla legge, ma in conformità ad una previsione) dello statuto, invece sarebbe statutario (CALANDRA BUONAUURA, *Il potere di rappresentanza*, cit., p. 675).

non pare che, in questo caso (che è poi quello più strettamente pertinente all'art. 2479, n. 5, c.c., e che consentirebbe di individuarvi una limitazione legale non solo al potere decisionale, ma anche rappresentativo degli amministratori), l'argomento *a minori ad maius* sia utilizzabile in modo del tutto convincente.

La ragione della mancata protezione del terzo che sappia dell'invalidità del procedimento in esecuzione del quale ha acquistato un diritto dalla società, non dipende infatti da una necessaria correlazione fra potere decisionale e potere rappresentativo, in virtù del quale il difetto del primo si rifletterebbe sul secondo, limitandolo, ed allora rendendo opponibile tale limite. Tale ragione dipenderebbe piuttosto – come rivela la già ricordata distinzione operata dall'art. 1390 c.c. – dalla compiuta conoscenza, da parte del terzo, di un'effettiva distorsione della formazione della volontà sociale⁽¹¹⁹⁾ – pur “fedelmente” esternata dal rappresentante – che pregiudicherebbe la valida conclusione dell'atto; così impedendo, più che ogni riferibilità alla società della *fattispecie* posta in essere dal rappresentante (come avverrebbe in caso di limitazione del potere), l'imputazione ad essa dei relativi *effetti*, che potrà essere respinta in ragione dell'invalidità (annullabilità) dell'atto. Il che, infatti, potrebbe avvenire solo eventualmente, a seguito di apposita iniziativa (volta a dichiarare l'invalidità della deliberazione), in mancanza della quale l'atto resterebbe efficace *ex tunc*; ben diversamente, dunque, dall'iniziativa (sostanzialmente una mera eccezione) volta a far valere un difetto di potere rappresentativo dell'amministratore, e quindi la pure non riferibilità dell'atto alla società.

Al contrario, l'assenza di un qualunque procedimento decisionale a monte, imporrebbe sempre l'onere di verificare se vi fosse effettivamente la necessità di quel procedimento rispetto all'atto compiuto e pertanto, in concreto, anche una verifica in punto di fatto: prima, dell'esatta natura dell'operazione che sta per essere compiuta; e poi della sua riconducibilità ad una norma che, per quel tipo di operazione, richie-

⁽¹¹⁹⁾ Non osta a ciò il giusto rilievo che la formazione di una tale «volontà» sia in realtà da inquadrarsi in una logica più procedimentale che volontaristica (ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, in *Id.*, *Attività e organizzazione*, Torino, 2007, pp. 71-79 ss.; e già in *Riv. not.*, 2005); il che potrebbe sì impedire di valutare in questa seconda prospettiva, ad esempio, il voto del socio o le stesse cause di invalidità della deliberazione; ma non toglie, parimenti, che nel compimento dell'*atto intersoggettivo che ne consegue*, in cui la società compare come parte contrattuale, il *decisum* che ne derivi si proponga e debba apprezzarsi, nella negoziazione col terzo, quale autentica «volontà negoziale» spesa dal rappresentante. Sì che il vizio del procedimento da cui è scaturita dovrebbe essere equiparato – sempre sul piano della rilevanza dell'autenticità della «volontà negoziale» spesa nell'atto intersoggettivo posto in essere col terzo, e nella prospettiva della valida conclusione del negozio – come equiparabile al vizio che affetta la libera determinazione del consenso della persona fisica (da individuarsi poi, nella logica dell'art. 1390 c.c., al rappresentato anziché al rappresentante).

derebbe una previa deliberazione ⁽¹²⁰⁾.

Ma non vi sarebbe, in tal caso, alcun “vizio” che inficerebbe la determinazione negoziale manifestata al terzo per la conclusione del negozio. Vi sarebbe, piuttosto, una volontà – di per sé, in principio, autonoma e consapevole – direttamente riferibile al solo amministratore che ha compiuto l’operazione: giacché – è evidente – in mancanza di qualsiasi previa decisione di altro organo, la decisione di compiere l’operazione sarà riferibile alla totale autonomia dell’amministratore, seppure in spregio alla distribuzione interna del potere gestorio. Si tratterà dunque di una violazione del riparto delle competenze gestorie, che potrà dirsi tutta consumata ed apprezzabile unicamente sul versante dell’esercizio del potere decisionale (del quale quel riparto costituisce certo un limite legale).

Ma sul versante del potere rappresentativo – che, come detto, è «generale» sino al punto in cui la legge «consente di conferirlo» (quale che sia la condizione prevista, fra cui anche una previa delibera assembleare, e a prescindere dal fatto che essa in concreto vi sia stata) – il terzo dovrà poter confidare su una tale estensione «generale»: il limite del riparto delle competenze restando allora indifferente.

Ecco quindi, in conclusione, come neppure da questo punto di vista si possa intravedere nell’attribuzione ai soci della competenza a decidere delle operazioni che comportino una sostanziale modifica dell’oggetto sociale (o tanto meno, come già segnalato, una rilevante modificazione dei diritti dei soci) un limite legale al potere rappresentativo dell’amministratore, per il caso che quella decisione manchi e che egli abbia, nondimeno, compiuto l’atto.

120 () Non sembra pertanto attuale, alla luce della forte dissociazione, prefigurata dalla stessa legge, fra potere gestorio e rappresentativo, inquadrare il necessario rispetto della sequenza «esercizio del potere di deliberazione - esercizio del potere rappresentativo», nella prospettiva – assunta dal diritto pubblico – del «procedimento» il cui mancato rispetto legittimerebbe allora l’impugnazione dell’atto (si veda MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., pp. 135-136).

Si è peraltro ricordato (*supra*, nota 110) come l’art. 10, par. 4, del progetto di V direttiva comunitaria del 1972, ponesse sullo stesso piano, seppure nella sola diversa prospettiva del conflitto di interessi, la mancanza e la «irregolarità» della deliberazione «presupposta»; e però in ogni caso – ciò che più interessa nella prospettiva qui osservata – considerando la mancanza o l’irregolarità di tale deliberazione (e dunque di una procedimento decisionale a monte preteso dalla legge), non già quale limitazione legale opponibile incondizionatamente a chiunque, ma soltanto ai terzi di mala fede (analogamente, in effetti, a quanto ora prevede, seppure con riferimento alla sola invalidità della delibera, l’art. 2475-ter c.c.).