

Le limitazioni ai poteri di rappresentanza degli amministratori di società per azioni

di Simone D'ORSI

marzo 2015

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

SOMMARIO: 1. - Premessa. 2. - Poteri di gestione e di rappresentanza. 3. - Limitazioni soggettive della rappresentanza. 4. - Limitazioni gestorie e potere di rappresentanza. 4 a). - Atto estraneo all'oggetto sociale. 4 b). - Mancanza di potere. 5. - Rilevanza delle limitazioni legali. 6. - Limitazioni legali e nullità del contratto. 7. - Ancora sui poteri di gestione: il conflitto d'interessi. 8. - Ancora sulle limitazioni soggettive; la clausola di rappresentanza congiuntiva.

1. - PREMESSA.

Uno dei profili della disciplina societaria in cui meglio si può cogliere la diversità tra i principi che reggono il diritto civile e quelli sui quali invece poggia quello commerciale è sicuramente quello della disciplina della rappresentanza degli amministratori di società per azioni. Mentre nel primo sistema prevale il principio di effettività delle situazioni giuridiche, nel secondo, per esigenze di tutela dei terzi e dell'imprenditore stesso¹, preminente risulta quello di salvaguardia delle situazioni apparenti. Nel diritto societario azionario vi è anzi qualcosa di più rispetto alla disciplina applicabile agli imprenditori in

¹ Rileva F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, 2013, Milanofiori Assago, p. 29 – 30, che la tutela dell'apparenza in ambito commerciale, a prima vista sconveniente per l'imprenditore rappresentato, assolve invece ad una preziosa funzione di tutela proprio di questo, che trae vantaggio dalla sicurezza con cui i terzi possono contrarre con rappresentanti dei quali, in relazione alla dimensione o alla natura dell'attività esercitata, l'imprenditore è spesso costretto ad avvalersi. L'opinione è condivisa da G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, 1956, Milano, p. 134.

Di contrario avviso P. ABBADESSA, *Sub. art. 2384*, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Rivista delle società*, 2002, p. 1476, secondo cui la soluzione offerta dal secondo comma dell'art. 2384 c.c. sarebbe "sommamente inopportuna nell'ottica della tutela dell'interesse della società".

Un'ulteriore ragione dell'attuale disciplina della rappresentanza delle società per azioni è individuata da E. ALEMAGNA, *Potere di gestione e rappresentanza degli amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, in *Le società*, 3/2004, p. 285, nell'esigenza di porre il rischio di infedeltà degli amministratori in capo al soggetto che è in condizione di meglio gestirlo, e quindi sui soci, avendo essi il potere di nominare e revocare i componenti dell'organo di gestione. Per un'analisi giuseconomica dell'allocatione del rischio d'infedeltà degli amministratori si rinvia ad A. CAPIZZI, *Opponibilità dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori di s.p.a.. Nuovi compiti da svolgere per una (supposta) exceptio doli?*, in *Rivista di diritto societario*, 4/2011, p. 942 ss..

generale ed alle società personali: una più marcata e decisa affermazione della predominanza delle situazioni apparenti su quelle effettive.

Procedendo con ordine, iniziamo col dire che il codice civile individua tre forme di rappresentanza, accomunate dall'agire di un soggetto in nome di un altro, e tuttavia regolate in maniera diversa.

La prima è la rappresentanza negoziale di diritto comune, disciplinata dagli artt. da 1372 a 1399 c.c., che si fonda su uno specifico negozio, la procura, e sussiste in capo al rappresentante entro i limiti per cui il rappresentato ha voluto concederla. La tutela dei terzi è qui piuttosto debole: salvo il caso della modificazione o dell'estinzione della procura, disciplinate dall'art. 1396 c.c., la protezione di chi abbia incolpevolmente fatto affidamento nella validità del contratto è lasciata a rimedi di carattere risarcitorio.

Appena maggiori sono le tutele nella seconda forma di rappresentanza, quella commerciale. In questa, disciplinata negli artt. da 2203 a 2213 c.c., il potere rappresentativo deriva dalla preposizione come institore, procuratore o commesso e si estende a tutti gli atti a tali qualifiche riconnessi. Eventuali limitazioni della rappresentanza non sono opponibili ai terzi, salvo che siano state iscritte nel registro delle imprese, o, per i commessi, rese conoscibili con strumenti idonei, o ancora che il terzo contraente ne fosse comunque a conoscenza.

Su queste regole si declina anche la disciplina del potere di rappresentanza organica delle società di persone. Nel silenzio dell'atto costitutivo questo si considera attribuito a ciascun socio amministratore per gli atti ricompresi nell'oggetto sociale ed eventuali limitazioni sono opponibili ai terzi solo se iscritte nel registro delle imprese o comunque conosciute dal terzo.

Molto diversa risulta la disciplina della rappresentanza delle società di capitali (c.d. rappresentanza organica²). Prescindendo per il momento dalle

² Con l'espressione "rappresentanza organica" ci si riferisce al potere attribuito all'organo di un ente di impegnare la persona giuridica.

peculiarità proprie dei diversi tipi sociali, si può affermare che tale potere è devoluto agli amministratori in via automatica (nelle s.r.l.) ovvero per effetto di specifica attribuzione contenuta nello statuto ovvero nella deliberazione di nomina (nelle s.p.a.) ed ha portata generale, nel senso che si presume tale e che eventuali limitazioni allo stesso previste dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, anche se pubblicate, sono opponibili ai terzi solo se questi, essendone a conoscenza³, hanno agito con l'intenzione di recare danno alla società.

È qui sufficiente richiamare soltanto quell'opinione, in passato diffusa ma oggi recessiva, secondo cui quella organica non sarebbe neppure una vera rappresentanza, mancando il rapporto di alterità soggettiva tra rappresentato e rappresentante, sicché sarebbe la società stessa ad agire, e non solo ad essere destinataria degli effetti dell'atto. Per quest'opinione P. D'AMICO, *Rappresentanza*, in *Enciclopedia giuridica*, XXV, 1991, Roma, p. 5; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Libro IV, Tomo II, 1961, Torino, p. 275.

Secondo la tesi oggi prevalente, quella organica è invece a tutti gli effetti una forma di rappresentanza, non essendo sufficiente il rapporto d'immedesimazione organica a rompere la distinzione tra l'ente, su cui ricadono gli effetti degli atti posti in essere, e la persona fisica che tali atti realizza. Di quest'avviso G. IUDICA, *Rappresentanza*, in AA. VV., *I Contratti. Principi, formule e procedure*, VIII, 1998, Milano, p. 9.

Questa tesi neppure nega le particolarità di quella organica rispetto alle altre forme di rappresentanza. È stato, ad esempio, notato da V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) G. IUDICA – P. ZATTI, 2001, Milano, p. 267 – 268, come questa forma di rappresentanza si collochi al confine tra quella volontaria e quella legale, per essere il solo strumento attraverso cui soggetti non esistenti in natura possono agire nell'ordinamento e per essere il contenuto dei poteri determinato in misura concorrente dalla legge e dall'autonomia privata. Tende invece a distinguere il profilo della necessità del rapporto rappresentativo, implicato dall'artificialità della persona giuridica, dalla natura legale di tale rappresentanza, in quanto non stabilità per la tutela di un interesse superiore.

³ Per vero né nell'art. 2384 né nell'art. 2475 bis c.c. si fa riferimento espresso alla conoscenza da parte del terzo dell'esistenza di una limitazione al potere rappresentativo dell'amministratore (o degli amministratori) contraente. Tale riferimento può tuttavia essere considerato implicito nelle due disposizioni. Queste, come si vedrà meglio parlando della prima delle due, realizzano un meccanismo di tutela per il terzo contraente, che in tanto ha ragione d'esistere in quanto gli interessi di questo siano effettivamente meritevoli di tutela. Tale giudizio di meritevolezza dà esito negativo non tanto, o meglio non semplicemente, nel caso in cui un soggetto agisca al fine di danneggiarne un altro, quanto in quello in cui, essendo a conoscenza della limitazione al potere rappresentativo, tuttavia agisca con l'intenzione di recare danno al rappresentato.

L'accertamento dell'elemento soggettivo avrà dunque struttura necessariamente bifase, accertamento innanzitutto dell'elemento cognitivo e poi di quello volitivo, e non, come pure la frettolosa lettura della disposizione potrebbe portare a credere, monofase.

Dal quadro normativo sommariamente delineato emerge una chiara progressione ascendente nella tutela del terzo.

Nella rappresentanza negoziale, la cui estensione è determinata dalla procura e non dipende dall'ampiezza dei poteri gestori, che potrebbero anche mancare, la tutela del terzo contraente passa unicamente attraverso l'azione risarcitoria: il terzo che senza sapere, né poter sapere usando la normale diligenza dell'assenza di potere rappresentativo in relazione allo specifico atto compiuto, abbia contratto con il *falsus procurator* può chiedere a questo il

Per quest'opinione, 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 *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, 2010, Torino, p. 460, che anzi considera sufficiente, una volta provata la conoscenza del carattere *ultra vires* dell'atto, la dimostrazione dell'avvenuta rappresentazione ed accettazione della mera probabilità del danno conseguente; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., p. 148, che rileva come tale ricostruzione trovi fondamento nell'esigenza di evitare che il terzo possa abusare della tutela che le legge riconosce lui nel disciplinare la rappresentanza delle società commerciali; A. CAPIZZI, *Opponibilità dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori di s.p.a.. Nuovi compiti da svolgere per una (supposta) exceptio doli?*, cit., p. 945 – 946, secondo cui la natura bifase dell'accertamento e la necessità di accertare l'intenzione dannosa deriverebbero dal fatto che altrimenti opinando il secondo comma dell'art. 2384 c.c. nulla aggiungerebbe a quanto già statuito in termini generali dalla disciplina codicistica in caso di mala fede.

Proprio la natura bifase dell'accertamento ha spinto P. ABBADESSA, *Sub. art. 2384*, cit., p. 1476, considerando diabolica la prova richiesta dalla norma in parola, a formulare la critica riferita in nt. n. 1.

Si segnala come anche la giurisprudenza prevalente condivide l'opinione della dottrina ed affermi la necessità di accertamento sia dell'elemento conoscitivo che di quello volontaristico; divisioni si registrano invece nella lettura di quest'ultimo. Parte della giurisprudenza reputa sufficiente la prova della consapevolezza di recare un danno alla società (Cass. n. 4914 del 10 agosto 1988, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2/1989, p. 365 ss.), mentre altra parte richiede l'aver agito allo scopo di danneggiare (Cass. n. 14509 dell'8 novembre 2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 522 ss.; Cass. n. 18754 del 4 settembre 2007; Cass. n. 7293 del 26 marzo 2009).

Consta tuttavia almeno una pronuncia (Cass. n. 7180 del 30 maggio 2000, in *Giustizia civile. Massimario*, 2000, p. 1144 ss.), secondo cui ai fini dell'opponibilità è sufficiente la prova della "conoscenza, nel terzo, del superamento, da parte dell'amministratore, dei limiti posti ai suoi poteri di rappresentanza", considerata quindi coincidente con l'intenzione dannosa. In dottrina quest'opinione è sostenuta da F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, 2004, Milano, p. 90 ss..

Ulteriori cenni alla questione dell'elemento psicologico saranno svolti *infra*.

risarcimento dei danni subiti; al terzo colpevole non spetta invece alcuna tutela. In entrambi i casi il negozio, ferma la possibilità di ratifica, non vincola il falsamente rappresentato. Regole speciali sono previste per la modificazione e la revoca della procura: in ragione della particolarità di tali atti, essi sono opponibili ai terzi solo se da loro conosciuti al momento della conclusione del negozio, altrimenti questo vincola comunque il rappresentato, il quale può ottenere dal falso rappresentante il risarcimento dei danni subiti.

Nella rappresentanza commerciale e delle società di persone, la cui estensione di regola coincide con i poteri gestori attribuiti al rappresentante, la tutela del terzo passa invece per la vincolatività dell'atto per il rappresentato, che può opporre la natura *ultra vires* dell'atto compiuto solo nel caso in cui la limitazione ai poteri rappresentativi sia stata iscritta o comunque conosciuta dal terzo.

Per quanto concerne le società di capitali, il regime della rappresentanza era originariamente lo stesso previsto per le società di persone, in forza del rinvio all'art. 2298 c.c.. A seguito del recepimento della I direttiva societaria, da parte del d.p.r. n. 1127 del 29 dicembre 1969, e della riforma societaria del 2003 la situazione è profondamente mutata. Il potere di rappresentanza è più esteso rispetto a quello di gestione e la tutela del terzo risulta più ampia. Gli artt. 2384 e 2475 bis c.c. sanciscono la rilevanza meramente interna delle limitazioni eventualmente poste alla rappresentanza degli amministratori; l'atto realizzato *ultra vires* è dunque sempre vincolante per la società, salvo il caso in cui il terzo, consapevole della limitazione, abbia comunque agito allo scopo di recare danno alla società rappresentata.

Svolte queste brevi considerazioni preliminari, si può passare ad indagare più specificamente il tema delle limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori di s.p.a..

2. - POTERI DI GESTIONE E DI RAPPRESENTANZA.

Si è già fatto riferimento al rapporto esistente tra poteri rappresentativi e poteri gestori, dicendo, con riferimento alle s.p.a., che i primi risultano più estesi dei secondi. In questo capitolo si avvierà l'esame delle questioni implicate dalla non coincidenza dei due poteri.

L'ambito del potere di gestione e di quello di rappresentanza non coincidono né sotto il profilo soggettivo, né sotto quello oggettivo.

In relazione al primo, si può notare che, mentre il potere di gestione è attribuito a tutti gli amministratori, quello di rappresentanza soltanto a quelli individuati "dallo statuto o dalla deliberazione di nomina"⁴.

In relazione al secondo, bisogna notare che, mentre il potere di gestione trova una limitazione nell'oggetto sociale, quello di rappresentanza ha carattere generale.

Questa ulteriore dissociazione nasce dalla volontà del legislatore di superare le incertezze in passato scaturite dalla difficoltà di determinare l'oggetto sociale e dalle conseguenti difficoltà che i terzi incontravano nello stipulare atti non chiaramente riconducibili all'oggetto sociale. Tali difficoltà derivavano dal fatto che sia la norma del codice del '42 che quella del 1968 facevano riferimento al criterio dell'oggetto sociale per delimitare i confini del potere dell'amministratore.

Si pongono pertanto due problemi:

1) *quid iuris* nel caso in cui il nome della società sia speso da un amministratore senza rappresentanza?

2) *quid iuris* nel caso in cui il nome della società sia speso da un amministratore che, pur munito del potere di impegnare la società, operi sulla base di un atto di gestione invalido oppure assente?

⁴ Che non tutti gli amministratori abbiano il potere di rappresentare la società risulta confermato dall'art. 2328, comma 1, n. 9, c.c., il quale prevede che l'atto costitutivo deve indicare quale tra gli amministratori hanno la rappresentanza della società, e dall'art. 2383, ult. comma, c.c., il quale fa riferimento agli "amministratori che hanno la rappresentanza", il che chiaramente implica la possibilità di avere amministratori che non siano anche rappresentanti.

3. - LIMITAZIONI SOGGETTIVE DELLA RAPPRESENTANZA.

Il primo caso che si esamina è quello in cui ad agire a nome della società sia un soggetto che, a prescindere dall'attribuzione del potere di decidere il compimento dell'atto, opera in difetto del potere di rappresentanza.

La lettera dell'art. 2384 c.c. sembra chiara sul punto: la rappresentanza è generale per i soli amministratori che ne sono muniti ed eventuali limitazioni della portata di questa, ancorché trascritte, sono di regola inopponibili ai terzi.

Da ciò si desume che non sono invece protetti dal secondo comma dell'art. 2384 c.c. gli atti posti in essere dall'amministratore radicalmente privo del potere di spendere il nome della società⁵. Ciò pone, tuttavia, almeno due questioni.

La prima è l'individuazione del confine tra l'attribuzione del potere di compiere singoli atti e l'attribuzione della rappresentanza sociale.

La seconda è l'individuazione del confine tra limitazioni soggettive ed invece oggettive.

Ci si occupa qui del primo tema; al secondo essendo dedicato l'ottavo capitolo.

⁵ “Il contraente è, perciò, tenuto a verificare nel registro delle imprese qual è il rappresentante legale della società, ma non l'effettivo contenuto del potere di rappresentanza, perché [...] tale contenuto è «generale»” (M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, cit., p. 468).

Nel compiere scelta, il legislatore della riforma ha confermato quella compiuta dal d.p.r. n. 1127 del 29 dicembre 1969 in sede di prima attuazione della I direttiva societaria, che nel novellare l'art. 2384 c.c., aveva fatto riferimento agli “amministratori che hanno la rappresentanza della società”.

La dissociazione tra amministratori-gestori ed amministratori che sono anche rappresentanti risulta strumentale alla miglior garanzia della legalità degli atti della società, per effetto del “controllo che sulle deliberazioni viene doverosamente esercitato dagli amministratori-rappresentanti, all'atto di darvi esecuzione rispetto ai terzi” (G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 134).

Non può dubitarsi della necessità che un ente societario debba avere almeno un rappresentante⁶; con altrettanta sicurezza si può affermare, alla luce dell'art. 2384 c.c., che rappresentante debba essere un amministratore⁷.

Al riguardo determinante risulta ancora il disposto dell'art. 2384, comma 1, c.c., dal quale si ricava che il potere rappresentativo può essere attribuito unicamente dallo statuto o dalla deliberazione di nomina.

Se non pone particolari problemi l'ipotesi in cui l'indicazione del rappresentante sia recata dallo statuto, se non la necessità di coordinamento con l'art. 2365, comma 2, c.c., ai sensi del quale una clausola statutaria può attribuire all'organo amministrativo, al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione il potere di indicare quali tra gli amministratori abbiano la rappresentanza della società, più problematico è il riferimento alla deliberazione di nomina. La complessità della questione è data dalla necessaria subordinazione dell'atto di nomina allo statuto; essa pare poter essere risolta solo nel senso di reputare ammissibile che l'atto costitutivo indichi i primi amministratori muniti di rappresentanza e, nel silenzio dello statuto circa la carica alla quale ricollegare il potere rappresentativo, quelli successivi siano individuati direttamente dall'assemblea in sede di nomina. Ulteriormente ammissibile pare debba considerarsi una delibera assembleare che, nel nominare gli amministratori, consenta ad essi la delega di attribuzioni e riconnetta a tale atto l'attribuzione del potere rappresentativo⁸.

⁶ V. nt. n. 2.

⁷ Così M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, cit., p. 455 – 456.

Pur senza smentire quest'opinione, mi pare questa avrebbe potuto trovare un appiglio normativo più sicuro se il periodo "attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina" che compare nel primo comma dell'art. 2384 c.c. fosse stato chiuso in due virgole.

⁸ Per l'impostazione in esame, G. D. MOSCO, *Sub art. 2384*, in *Società di capitali. Commentario*, (a cura di) G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, Napoli, p. 608 – 609.

Ciò che risulta poco chiaro è tuttavia la disciplina di quale forma di rappresentanza applicare, se di quella negoziale ovvero di quella organica delle società di capitali, in presenza di una clausola statutaria o di una deliberazione di nomina che attribuiscono un potere rappresentativo estremamente limitato, magari circoscritto al compimento di un solo atto, ovvero ancora alla procura, in ipotesi anche molto ampia, se non addirittura generale⁹, attribuita ad un amministratore da un altro con riferimento all'attività sociale.

Il dubbio sembra debba essere risolto tenendo conto del diverso tipo di atto cui fanno rispettivamente riferimento gli artt. 1387 ss. e l'art. 2384 c.c..

Mentre nel primo caso fonte della rappresentanza è la procura, ossia un atto autonomo in cui devono essere indicati i poteri attribuiti ovvero la sua portata generale, nel secondo una statuizione che si pone come necessariamente accessoria rispetto ad uno specifico tipo di atto e che, anche qualora circoscritta a specifiche operazioni, assume, in ragione proprio del suo inserimento in uno degli atti menzionati dall'art. 2384, comma 1, c.c., portata generale e rileva ai soli fini dell'opponibilità al terzo che abbia agito al fine di

Non pare invece da condividere l'idea espressa da G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, 1956, Milano, p. 145, secondo cui, salvo diversa disposizione dello statuto o della decisione degli organi competenti, agli amministratori delegati spetterebbe un potere di rappresentanza esteso a tutte le materie ricomprese nella delega.

⁹ È in questa sede sufficiente fare cenno all'opinione secondo cui non sarebbe consentito agli amministratori conferire una procura generale. Di questo avviso L. NAZZICONE – S. PROVIDENTI, *Sub art. 2381*, in *La riforma*, (a cura di) G. LO CASCIO, 2003, Milano, p. 28; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto pubblico e dell'economia*, (diretto da) F. GALGANO, vol. XXIX, 2003, Padova, p. 270. In senso analogo è orientata la giurisprudenza, per la quale si vedano pure Cass. n. 3650 del 5 novembre 1968, in *Giur. Comm.*, 1/1969, p. 14 ss.; Trib. Torino del 5 agosto 1988, in *Giur. Comm.*, 2/1989, p. 89 ss.

Ammettono, seppur entro dei limiti, una procura generale, V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, (diretto da) G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, volume IV, 1991, p. 124 ss.; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, (diretto da) F. GALGANO, 2002, Torino, p. 137 ss..

danneggiare la società dell'atto non rientrante tra quelli indicati ovvero, il che è lo stesso, esclusi¹⁰.

Se ciò è vero, si desume che il potere di impegnare la società, ancorché estremamente limitato in via convenzionale, se contenuto nello statuto o nella deliberazione di nomina assume carattere generale; se invece è riconducibile ad un atto espressivo dell'autonomia privata di uno o più amministratori, se non addirittura dell'intero consiglio, va trattato come una procura, e quindi, anche qualora di carattere generale, sottoposto alla disciplina della rappresentanza negoziale.

L'interpretazione proposta pare ricevere conferma dall'art. 9 della I direttiva societaria, alla cui attuazione si deve l'attuale tenore dell'art. 2384 c.c., che fa riferimento ad una rappresentanza chiaramente fondata su un rapporto di immedesimazione organica, anziché sull'atto negoziale dell'amministratore munito del potere di impegnare la società.

Un ulteriore aspetto problematico della titolarità del potere rappresentativo si ha nel caso in cui il terzo, assolto l'onere posto a suo carico dall'art. 2384, comma 1, c.c. ed accertata presso il registro delle imprese la qualifica del soggetto che spende il nome della società, abbia contratto prima che fosse dichiarata la nullità o annullato l'atto di nomina di questo. A mente della regola dell'opponibilità ai terzi delle limitazioni soggettive, si dovrebbe affermare la possibilità per la società di opporre al terzo il difetto di rappresentanza dell'amministratore invalidamente nominato.

L'ipotesi è disciplinata dall'art. 2383, ult. comma, c.c. in conformità ai principi di tutela del terzo cui è improntata la disciplina della rappresentanza organica delle società di capitali. Afferma la disposizione che "le cause di nullità o di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo l'adempimento

¹⁰ Sulla differente natura dei due atti si sofferma brevemente G. D. Mosco, *Sub art. 2384*, cit., p. 608.

della pubblicità di cui al quarto comma, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza”.

La norma sviluppa il principio secondo cui è meritevole di tutela l'interesse del terzo contraente che abbia fatto affidamento su quanto risultante dal registro delle imprese, in conformità a quanto disposto dall'art. 8 della I direttiva in materia societaria¹¹. Emerge tuttavia nella normativa di recepimento una significativa differenza rispetto al sistema delineato in sede comunitaria: mentre gli artt. 8 e 9 della direttiva del 1968 richiedono il medesimo elemento psicologico del terzo ai fini dell'opponibilità dell'atto, la disciplina nazionale ha differenziato il regime della rappresentanza a seconda che si tratti di atto compiuto dall'amministratore invalidamente nominato o invece dall'amministratore in esorbitanza dai poteri conferiti, facendo riferimento nel primo caso alla sola consapevolezza del vizio dell'atto di nomina e nel secondo all'aver agito con l'intenzione di danneggiare la società¹².

Bisogna ora valutare se la diversa formulazione dell'elemento psicologico tra l'art. 2383, ult. comma, c.c. e l'art. 2384 secondo comma c.c. si esaurisca nella diversa espressione del medesimo concetto o invece introduca un discrimine effettivo.

La trattazione può prendere le mosse dall'esame di una disposizione che, seppur in un ambito diverso da quello che ci occupa, fa uso della stessa

¹¹ Questo dispone che “l'adempimento delle formalità relative alla pubblicità dei nomi delle persone che, nella loro qualità di organo, hanno il potere di obbligare la società, rende inopponibile ai terzi ogni irregolarità nella loro nomina, a meno che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza”.

¹² Si è già riferito, ma si riporta nuovamente qui per comodità il diverso testo delle due disposizioni. Prevede l'ultimo comma dell'art. 2383 c.c. che “le cause di nullità o annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo l'adempimento della pubblicità di cui al quarto comma, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza”; ai sensi del più volte richiamato art. 2384, comma 2, c.c., invece, “le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società”.

formula oggi presente nell'art. 2384, comma 2, c.c.. Si fa riferimento all'art. 1993, comma 2, c.c., ripreso testualmente dall'art. 2384, secondo comma c.c.¹³.

Autorevole dottrina interpreta tale disposizione nel senso di reputare la prova della volontà nociva implicita in quella della conoscenza da parte del possessore del titolo di credito di aver ricevuto il titolo da un soggetto cui il debitore avrebbe potuto opporre eccezioni personali¹⁴. L'opinione in parola trova fondamento nel particolare regime delle eccezioni opponibili in materia di titoli di credito, che sembrerebbe considerare implicito un profilo di danno per il debitore.

Non altrettanto può dirsi rispetto alla regola societaria. Anche a voler prescindere dal rilievo per cui a differenti disposizioni devono corrispondere differenti norme¹⁵, bisogna evidenziare come il superamento dei limiti convenzionali alla rappresentanza degli amministratori non implichi un danno

¹³ Recita la disposizione che “il debitore può opporre al possessore del titolo le eccezioni fondate sui rapporti personali con i precedenti possessori, soltanto se, nell'acquistare il titolo, il possessore ha agito intenzionalmente a danno del debitore medesimo”.

La formula su cui abbiamo focalizzato l'attenzione ricorre anche in altre disposizioni della disciplina dei titoli di credito; così, l'art. 2014, comma 2, c.c. (“l'emittente non può opporre al giratario in garanzia le eccezioni fondate sui rapporti personali col girante, a meno che il giratario, ricevendo il titolo, abbia agito intenzionalmente a danno dell'emittente”).

¹⁴ Così F. CHIOMENTI, *Il titolo di credito. Fattispecie e disciplina*, 1975, Milano, p. 386.

Il rilievo svolto risulta confermato dalla considerazione secondo cui le disposizioni in materia di titoli di credito che fanno riferimento alla sola conoscenza del danno sono lette allo stesso modo di quelle che estendono il riferimento all'intenzionalità. Così per l'art. 21 r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669 (c.d. legge cambiaria), ai sensi del quale “la persona contro la quale sia promossa azione cambiaria non può opporre al portatore le eccezioni fondate sui rapporti suoi personali col traente o con i portatori precedenti a meno che il portatore, acquistando la cambiale, abbia agito scientemente a danno del debitore”, e per l'art. 25 r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736 (c.d. legge sull'assegno), ai sensi del quale “la persona contro la quale sia promossa azione in virtù dell'assegno bancario, non può opporre al portatore le eccezioni fondate sui suoi rapporti personali col traente o con i portatori precedenti, a meno che il portatore abbia agito scientemente a danno del debitore”.

¹⁵ In questo senso, proprio riguardo al tema in esame, V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., p. 145.

alla società rappresentata¹⁶; l'esempio, quasi banale, che può farsi è quello del compimento di un qualsiasi atto vantaggioso ma che l'amministratore non avrebbe potuto realizzare. Questo rilievo porta ad affermare che la prova della volontà di danneggiare patrimonialmente la società non può considerarsi assorbita in quella della conoscenza dell'esorbitanza dell'atto rispetto ai poteri dell'amministratore.

Il quadro così delineato introduce così un elemento di disarmonia all'interno della normativa sulla rappresentanza che, benché forse opinabile dal punto di vista dell'opportunità della scelta legislativa, non sembra lasciare spazio all'interprete per manovre correttive. La società potrà liberarsi dagli effetti dell'atto, nel caso di invalidità della delibera di nomina, dimostrando la conoscenza del terzo di tale situazione; nel caso di superamento dei limiti convenzionali, invece, solo provando anche l'intento dannoso del terzo contraente.

Per concludere il discorso svolto in questo capitolo, si può fare un rapido cenno alla questione connessa del regime da applicare nel caso in cui né lo statuto né la deliberazione di nomina provvedano ad attribuire il potere rappresentativo. Questo caso è ancora molto dubbio, non rinvenendosi nella legge elementi da cui inferire la soluzione corretta. Risulta tuttavia oggi prevalente l'opinione secondo cui in tale evenienza il potere di impegnare la società spetterebbe al consiglio¹⁷, ferma restando, mi pare, la necessità di un'immediata convocazione dell'assemblea per procedere all'individuazione dei soggetti muniti della rappresentanza¹⁸.

¹⁶ Così V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., p. 146 – 147.

¹⁷ Così M. S. SPOLIDORO, *Questioni in tema di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, 2010, Torino, p. 500 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., p. 131 ss.; G. D. MOSCO, *Sub art. 2384*, cit., p. 609 – 610.

¹⁸ Così G. D. MOSCO, *Sub art. 2384*, cit., p. 609 – 610.

4. - LIMITAZIONI GESTORIE E POTERE DI RAPPRESENTANZA.

Si è già detto che tra le finalità della riforma del 2003 vi era quella di accentuare la distinzione tra potere di gestione e di rappresentanza¹⁹. Afferma la Relazione alla Riforma che “nei rapporti esterni, per tutelare l’affidamento dei terzi – e salva l’*exceptio doli* – sia gli atti compiuti dall’amministratore munito del potere di rappresentanza, ma privo del potere di gestione (atti estranei all’oggetto sociale o casi di dissociazione del potere di rappresentanza dal potere di gestione), sia gli atti che eccedono i limiti – anche se pubblicati – ai poteri di gestione o di rappresentanza, rimangono validi e impegnativi; nei rapporti interni, invece, la mancanza o eccesso di potere o l’estraneità dell’atto all’oggetto sociale restano rilevanti quale base per un’azione di responsabilità (artt. 2393 e 2393 bis), quale giusta causa di revoca (art. 2383, terzo comma), e quale motivo di denuncia al collegio sindacale o al tribunale (artt. 2408 e 2409)”.

Occorre però verificare se quest’intenzione sia stata tradotta in maniera coerente nel sistema positivo.

4 a). - ATTI ESTRANEI ALL’OGGETTO SOCIALE.

Assumiamo che la soppressione del riferimento all’oggetto sociale nell’art. 2384 e l’abrogazione dell’art. 2384 bis c.c. non hanno eliminato la rilevanza di questo nella puntualizzazione dei poteri rappresentativi degli amministratori. Esso continua a configurare una limitazione di fonte statutaria al potere di gestione e, conseguentemente, a quello di rappresentanza, rispetto

¹⁹ Se è detto “accentuare” in quanto già prima della Riforma si era affermata l’esistenza di “un principio generale [...] per cui, nel silenzio del contratto, si presume che i poteri di amministrazione e di rappresentanza siano dissociati e che gli eventuali vizi del processo decisionario non assumano rilevanza esterna”. Così V. E. RAGUSA, *Vizi del processo decisionario*, cit., p. 146.

alla quale però rileva solo in caso di *exceptio doli*²⁰. La modifica dell'art. 2384 e l'abrogazione dell'art. 2384 bis c.c. risultano così mosse piuttosto dalla consapevolezza di come, proprio sulla base di tali norme, fosse nato un diritto vivente che sviliva la finalità di tutela dei terzi portata avanti dall'ordinamento comunitario; l'abrogazione della seconda disposizione produce semmai un diverso e non trascurabile effetto, quello di riportare l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale nella disciplina generale, così superando le incertezze in passato derivate dal riferimento alla buona fede dei terzi, che è concetto chiaramente diverso rispetto all'intenzione nociva del terzo. Da ciò deriva che la Riforma ha mantenuto fermo l'esercizio della deroga, consentita dal par. 2 dell'art. 9 della I direttiva societaria, al principio secondo cui “gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la società nei confronti dei terzi, anche quando tali atti sono estranei all'oggetto sociale”, escludendo la possibilità di introdurre un regime presuntivo implicato dall'espressione “o non poteva ignorarlo” presente nel testo della direttiva, ed anzi aggiungendo l'ulteriore requisito della volontà nociva²¹. La società è dunque vincolata all'atto eccedente l'oggetto sociale, ricevendo poi i soci, che hanno accettato un rischio d'impresa contenuto nei limiti dell'oggetto, tutela nell'opponibilità del negozio al terzo che sia in una condizione tale da integrare l'elemento psicologico richiesto dal secondo comma dell'art. 2384 c.c. o, come indica la Relazione, nella possibilità di: promuovere l'azione di responsabilità, revocare per giusta causa

²⁰ Così G. D. MOSCO, *Sub art. 2384*, cit., p. 611.

Non sembra convincente è l'opinione di L. RESTAINO, *Sub art. 2384*, in *La riforma delle società*, (a cura di) M. SANDULLI – V. SANTORO, 2003, Torino, tomo I, p. 425, secondo cui il limite dell'oggetto sociale potrebbe operare, anche in caso di *exceptio doli*, solo se espressamente qualificato dallo statuto come limite alla rappresentanza degli amministratori.

²¹ Così A. DENTAMARO, *Sub. artt. 2383, 4 - 5 comma, 2384*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, (diretto da) G. COTTINO – G. BONFANTE – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, 2004, Bologna, vol. I, p. 696; C. MALBERTI, *Sub. art. 2384. Poteri di rappresentanza*, in *Amministratori. Artt. 2380 – 2396 c.c.*, (a cura di) F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, (diretto da) P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 2005, Milano, p. 179.

l'amministratore inadempiente, denunciarne al collegio sindacale o al tribunale la condotta²².

4 b). - MANCANZA DI POTERE.

Si prenda ora il caso in cui l'amministratore abbia agito in assenza di un antecedente atto di gestione. L'ipotesi più significativa è quella in cui, essendo l'attività gestoria demandata al consiglio e quella rappresentativa al singolo amministratore, questo abbia agito in mancanza della previa delibera consiliare. In una siffatta situazione, da distinguere da quella in cui è richiesta dalla legge una delibera assembleare, nel qual caso si pongono invece i problemi della rilevanza delle limitazioni legali, secondo l'opinione dominante l'atto sarebbe opponibile al terzo solo nelle limitate ipotesi individuate dal secondo comma dell'art. 2384 c.c.. Questa lettura muove da due considerazioni in particolare: l'opzione per un'amministrazione di tipo pluripersonale risponde ad esigenze della società e dei soci che non assumono rilevanza esterna²³; le vicende del processo decisionale interno alla società non sono di regola conoscibili ai terzi, sicchè sarebbe assurdo considerare queste opponibili in condizioni ulteriori rispetto a quelle previste per le limitazioni di rappresentanza soggette a pubblicità²⁴. Più difficile risulta il caso in cui l'amministratore abbia operato in

²² Diventa così determinante la forza deterrente di questi rimedi verso condotte scorrette degli amministratori. Essa è giudicata idonea a proteggere gli interessi della società e dei soci da V. CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 2006, Torino, p. 664.

²³ Sull'irrilevanza della separazione eventualmente posta tra poteri di gestione e poteri di rappresentanza nel sistema ante Riforma, in quanto rispondente ad esigenze della società e dei soci e non dei terzi, P. ABBADESSA, *Potere deliberativo e potere di rappresentanza nelle società per azioni*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2/1970, p. 170; C. MASUCCI, *Sul potere di rappresentanza degli amministratori di società*, in *Giurisprudenza di merito*, 1/1974, p. 43 ss.; V. E. RAGUSA, *Vizi del processo decisionale nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, 1992, Milano, p. 146 ss..

In questo senso M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, cit., p. 474.

²⁴ Così V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit, p. 108 e 109; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*,

presenza di una delibera consiliare invalida. L'ipotesi è disciplinata dall'art. 2388, ult. comma, c.c., che stabilisce che l'invalidità delle delibere consiliari non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi in esecuzione delle stesse. Questa norma, pur rispondendo alla stessa logica di quella dell'art. 2384, comma 2, c.c., pone problemi di coordinamento con questa, dal momento che fa riferimento non all'intenzione di danneggiare la società ma al concetto, sicuramente diverso, di mala fede. Aderendo ad un'interpretazione strettamente letterale, non potrebbe negarsi che andrebbe applicata, in caso d'invalidità della delibera consiliare, la norma di cui all'art. 2388, ult. comma, c.c., con opponibilità del negozio concluso in esecuzione della delibera invalida al terzo in mala fede che abbia tuttavia agito senza il fine di danneggiare la società. Una simile interpretazione condurrebbe ad una soluzione evidentemente irragionevole, in quanto porterebbe a trattare diversamente situazioni tra loro assimilabili, con una differenziazione nella tutela dei terzi contraenti che sembra priva di motivazione. Proprio alla luce di queste considerazioni, la dottrina prevalente ha considerato l'art. 2388, ult. comma, teso a disciplinare situazioni non ricomprese nell'art. 2384, comma 2, c.c., anziché ad esso legato da un rapporto di specialità. Così ragionando, la prima norma vede il proprio campo applicativo limitato ai casi in cui l'esecuzione della delibera consiliare non richiede il compimento di un atto in rappresentanza della società²⁵, come nel

1975, Milano, p. 109 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, 2004; Milano, p. 82; G. CABRAS, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza nella società per azioni*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1/1973, p. 359 ss..

Per la giurisprudenza, Cass. n. 5711 del 12 novembre 1984, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2/1985, p. 38 ss.; Cass. n. 12741 del 28 novembre 1992, in *Giustizia civile. Massimario*, 11/1992; Cass. n. 7180 del 30 maggio 2000; Cass. n. 14509 dell'8 novembre 2000, in *Le società*, 4/2001, p. 418, con nota di M. P. FERRARI, *Opponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza*; Cass. 13442 del 22 giugno 2005, in *Le società*, 2006, p. 586, con nota di F. FANTI, *Potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali ed efficacia esterna delle limitazioni convenzionali*; Cass. n. 1525 del 26 gennaio 2006, in *Nuova giurisprudenza civile*, 1/2007, p. 89 ss., con nota di R. MARAGNO, *Potere di rappresentanza e conflitto d'interessi nella S.p.a. riformata*.

²⁵ Ben note sono le resistenze di parte della dottrina alla configurabilità di delibere di questo tipo e non s'intende qui prendere posizione circa la controversa questione, ma solo individuare una possibile ricostruzione razionale dei rapporti tra le due norme. A favore della

caso in cui la prestazione del gradimento all'alienazione di partecipazioni nella società sia rimesso al consiglio d'amministrazione, ovvero viene eseguita da un rappresentante cui si applichi la diversa disciplina della rappresentanza negoziale o commerciale o ancora, considerando i limiti legali esclusi dal raggio applicativo dell'art. 2384, comma 2, c.c. (*infra*), nel caso in cui la preventiva delibera consiliare si ponga come limitazione di legge alla rappresentanza generale degli amministratori²⁶. Salvo che nei casi appena visti, l'opinione prevalente, facendo anche perno sul ricorso alla generica espressione "poteri" nel secondo comma dell'art. 2384 c.c.²⁷, afferma la rilevanza solo interna delle limitazioni gestorie, o meglio ne riconosce la rilevanza esterna nei soli casi di *exceptio doli*²⁸. Va dato conto di come a quest'opinione in passato se ne accompagnasse una di segno contrario, secondo cui dagli artt. 2377, comma 3 (vecchio testo), e 2391, comma 3, c.c. potrebbe desumersi l'esistenza di un principio per cui "il valido – oltre che il lecito – esercizio del potere di rappresentanza è subordinato al previo conforme esercizio del potere di deliberazione"²⁹. A quest'interpretazione, che faceva perno sulla lettera degli

configurabilità di delibere simili comunque si esprimono A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 53; V. E. RAGUSA, *Vizi del processo decisorio*, cit., p. 58.

²⁶ Sono questi gli esempi portati da M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, cit., p. 477.

²⁷ Così G. D. MOSCO, *Sub art. 2384*, cit., p. 613.

²⁸ Si è già fatto ed anche più avanti si farà riferimento all'*exceptio doli*, conformemente al linguaggio comunemente utilizzato sia dagli operatori che nella Relazione alla riforma del 2003. La possibilità di ricodurre l'intenzionalità di danno richiesta dall'art. 2384, comma 2, c.c. all'*exceptio doli generalis* è tuttavia contestata da A. CAPIZZI, *Opponibilità dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori di s.p.a.. Nuovi compiti da svolgere per una (supposta) exceptio doli?*, cit., p. 949 ss..

²⁹ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 131.

Per F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto pubblico e dell'economia*, (diretto da) F. GALGANO, vol. XXIX, 2003, Padova, p. 275, "il valido esercizio del potere di rappresentanza è, dunque, subordinato al previo conforme esercizio del potere di deliberazione. Non è, tuttavia, agevole per la società ottenere dal giudice la pronuncia

artt. 2377, comma 3, e 2391, comma 3, c.c., può oggi opporsi, in aggiunta alle critiche formulate rispetto al testo storico delle disposizioni³⁰, che l'eliminazione del riferimento alla "buona fede" dal terzo comma dell'art. 2377 c.c. sembra deporre proprio nel senso dell'inesistenza del citato principio e che l'affermazione della natura legale di una simile limitazione scontrerebbe oggi le incertezze relative all'opponibilità della violazione dei limiti legali (su cui nel capitolo seguente).

5. - RILEVANZA DELLE LIMITAZIONI LEGALI.

Una delle questioni maggiormente discusse relative alla rappresentanza degli amministratori è quella della rilevanza esterna o invece solo interna delle limitazioni legali al potere di impegnare la società.

Al riguardo era sufficientemente chiara la disciplina ante Riforma nell'affermare la rilevanza delle limitazioni poste dalla legge, a prescindere dalla conoscenza da parte del terzo dell'esorbitanza dell'atto rispetto ai poteri degli amministratori³¹.

di invalidità dell'atto: la società deve provare la mala fede del terzo contraente, ossia la effettiva conoscenza (o la colpa grave che ha determinato l'ignoranza) da parte sua della mancanza di previa deliberazione, a seconda dei casi, dell'assemblea o del consiglio o della esistenza di una deliberazione invalida. Non è sufficiente – come pure si ritiene in giurisprudenza – dare la prova che la mancanza di previa deliberazione o l'esistenza di una causa di invalidità, sebbene ignota al terzo contraente, era però da lui⁹ conoscibile con l'impiego della normale diligenza. Il terzo contraente non è affatto tenuto ad accertare se il contratto, che sta per concludere con il rappresentante della società, sia stato preventivamente e validamente deliberato: la legge tutela, in questi casi, la buona fede del terzo; e la buona fede è, giuridicamente, una condizione soggettiva compatibile con la colpa lieve (art. 1147). Il difetto di previa e valida deliberazione può essere opposta solo al terzo che effettivamente la conosceva (o che la ignorava per colpa grave: cosiddetta buona fede temeraria) ed era, perciò, in mala fede”.

³⁰ Per una rassegna di queste, L. ENRIQUES, *Il Conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, 2000, Milano, 398 ss..

³¹ È bene evidenziare come così facendo, piuttosto che applicare il principio “*nemo censetur ignorare legem*”, il legislatore ne poneva uno nuovo e diverso. Come emerge dalla lettura dell'abrogato art. 2384 bis c.c., la disposizione in parola era chiara nell'affermare l'irrilevanza non solo e non tanto dell'ignoranza del limite legale, quanto del fatto che la conclusione dello specifico negozio fosse preclusa agli amministratori.

Con la Riforma si è invece espunto dal testo dell'art. 2384 c.c. ogni riferimento alle limitazioni legali, consentendo il sorgere di due differenti modi d'intendere la rilevanza di queste.

La questione rileva, in particolare, per quegli atti che la legge devolve alla competenza dell'assemblea³², in particolare nei casi in cui attribuisce a questa poteri di carattere autorizzatorio.

Secondo l'opinione minoritaria, la mancata indicazione dei limiti di legge avrebbe risposto all'intenzione del legislatore di eliminare l'opponibilità incondizionata di queste limitazioni e sarebbe dunque significativa della loro rilevanza solo interna, cioè obbligatoria e non reale, salvo il caso di *exceptio doli*³³, comunque non coincidente con la consapevolezza dell'esistenza della limitazione³⁴.

Secondo l'orientamento prevalente esse sarebbero invece sempre opponibili dalla società, e perciò estranee alla disciplina di cui all'art. 2384 c.c.. Gli autori e la giurisprudenza che così interpretano la disposizione reputano l'eliminazione del precedente riferimento alle limitazioni legali rispondente non alla volontà legislativa di ridurre la rilevanza rispetto al passato, quanto a quella

³² Chiaramente estraneo all'esame oggetto del presente capitolo, e rilevante semmai per quello precedente, è l'ipotesi, consentita dall'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., in cui è lo statuto a sottoporre all'approvazione dell'assemblea taluni atti degli amministratori.

³³ Così F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, 2004, Milano, p. 82 ss.; G. D. MOSCO, *Sub art. 2384*, cit., p. 612 e 613, che aggiunge di considerare le limitazioni esistenti comunque relative alla gestione e non più alla rappresentanza, visto il carattere "generale" ad essa attribuita dalla Riforma.

³⁴ Si può rilevare, a conferma di quanto detto nella nota precedente, come neppure in questo caso si realizzi una deroga al principio secondo cui l'ignoranza della legge non scusa, non esauendosi lo stato psicologico richiesto dall'art. 2383, comma 2, c.c. nella conoscenza della limitazione legale, ma comprendendo senza alcun dubbio almeno l'esorbitanza dello specifico negozio rispetto ai limiti di legge.

di eliminare un riferimento superfluo, data proprio la natura legale della limitazione³⁵.

6. - LIMITAZIONI LEGALI E NULLITÀ DEL CONTRATTO.

Anche a seguire l'opinione minoritaria, citata nel precedente paragrafo, che considera sempre irrilevanti le limitazioni legali alla luce della rappresentanza, non può affermarsi l'automatica vincolatività dell'atto per la società, dovendosi esaminare l'incidenza della disciplina generale del negozio giuridico sulla vincolatività di taluni negozi della società.

Molte delle norme portate ad esempio di limitazioni legali ai poteri degli amministratori, infatti, oltre a poter assumere importanza ai sensi dell'art. 2384, comma 2, c.c., possono rilevare in quanto, se considerate di carattere imperativo, potrebbero condurre a ritenere il negozio comunque stipulato tra terzo ed amministratori in nome della società affetto da nullità (virtuale).

Norme di questo tipo possono essere considerate quelle contenute negli artt. 2343 bis (acquisto della società da promotori, fondatori, soci e amministratori), 2357 (acquisto delle proprie azioni), 2357 ter (disciplina delle proprie azioni), 2358 (altre operazioni sulle proprie azioni), 2360 (divieto di sottoscrizione reciproca di azioni), 2361 (assunzione di partecipazioni in altre imprese), 2393 (azione sociale di responsabilità), 2486 (poteri degli amministratori in costanza di una causa di scioglimento della società) c.c..

A prescindere da una presa di posizione circa la controversa questione dell'individuazione del confine tra norme imperative e dispositive, può notarsi come quelle citate rientrino senz'altro nella prima categoria: esse risultano

³⁵ Così G. LA VILLA, *Introduzione*, cit., p. 45; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, 2011, Milanofiori Assago, p. 381; G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale. Impresa, contratti, titoli di credito, fallimento, società*, 2009, Bologna, p. 493; L. RESTAINO, *Sub art. 2384*, in *La riforma delle società*, (a cura di) M. SANDULLI – V. SANTORO, 2003, Torino, tomo I, p. 425; C. MALBERTI, *Sub art. 2384. Poteri di rappresentanza*, in *Amministratori. Artt. 2380 – 2396 c.c.*, (a cura di) F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, (diretto da) P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 2005, Milano, p. 191 ss..

accomunate dal fine di tutela dei terzi e del mercato ovvero da quello di porre la soglia di tutela minima ed irrinunciabile dei soci, in particolare di quelli di minoranza.

Se sulla natura indisponibile di tali norme non pare possano nutrirsi dubbi, ciò che risulta utile indagare è se esse assumano rilevanza ai fini della validità dell'atto o ricevano protezione in altro modo, e possano dunque essere considerate ricomprese tra quelle cui si riferisce l'ultimo periodo dell'art. 1418, comma 1, c.c..

La questione non si presta ad essere affrontata unitariamente per tutte le ipotesi citate.

Vi sono disposizioni dalle quali è agevole ricavare che il divieto riceve tutela attraverso rimedi diversi da quello approntato dall'art. 1418 c.c..

Pare essere questo il caso delle norme contenute negli artt. 2343 bis, 2486 e 2357 c.c..

La prima disciplina gli acquisti c.d. pericolosi, ponendo una serie di regole concernenti anche la limitazione dei poteri di gestione degli amministratori e sanzionando, nell'ultimo comma, eventuali violazioni con la responsabilità degli amministratori e dell'alienante per i danni cagionati alla società, ai soci ed ai terzi. Il legislatore predispone dunque un meccanismo di tutela degli interessi protetti dal divieto differente dalla nullità.

La seconda disciplina gli effetti del verificarsi di una causa di scioglimento sui poteri degli amministratori, prevedendo che la violazione delle limitazioni dallo stesso articolo indicate comporta la responsabilità solidale degli amministratori per i danni arrecati alla società, ai soci ed ai terzi. Anche in questo caso la natura inderogabile della norma non comporta la nullità del negozio comunque concluso, bensì il sorgere di un diritto di credito in capo ai soggetti eventualmente danneggiati.

In entrambi questi casi si pongono problemi di raccordo con la disciplina generale della rappresentanza di s.p.a.. Non è chiaro se le norme appena viste escludano per implicito la possibilità di opporre al terzo l'aver

agito al fine di danneggiare la società, come porterebbe ad affermare la presenza del rimedio risarcitorio, che proprio la vincolatività dell'atto pare presupporre, o invece, come potrebbe suggerire un'interpretazione più attenta al dato teleologico – funzionale, regolino il solo caso in cui il negozio risulti inopponibile al terzo. Senz'altro da escludere è invece l'idea secondo cui l'art. 2384, comma 2, c.c. non troverebbe applicazione per gli acquisti pericolosi: il soggetto contraente, anche se promotore, fondatore, amministratore o socio, nel contrarre con la società assume il ruolo di terzo³⁶; piuttosto la sua qualifica assumerà rilevanza ai fini della prova della conoscenza della natura eccessiva dell'atto rispetto ai limiti ai poteri degli amministratori³⁷.

La terza disciplina l'acquisto da parte della società di azioni proprie, anche qui limitando i poteri gestori degli amministratori, disponendo che la violazione delle regole dettate comporta il sorgere dell'obbligo di alienare entro un anno le azioni o, in mancanza, di procedere all'annullamento delle stesse. In questo caso è ancora più chiara la possibilità di ricondurre il divieto posto tra le norme cogenti la cui violazione è sanzionata con rimedi differenti dalla nullità del negozio.

Più controversa la questione rispetto alle altre norme sopra richiamate. Sembra comunque preferibile reputare nullo il negozio posto in essere dagli amministratori in violazione dei divieti in tali norme previsti, vista l'assenza dell'appiglio legislativo richiesto dall'art. 1418, comma 1, ult. periodo, c.c. per la salvezza dei negozi contrastanti con norme imperative. Nelle ipotesi indicate, la nullità del negozio potrebbe pregiudicare gli interessi dei terzi contraenti di buona fede, cui la normativa di recepimento della I direttiva societaria ha

³⁶ In senso contrario A. DI AMATO, *Problemi preliminari sulla disciplina dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Giustizia civile*, 4/1973, p. 218; C. ANGELICI, *Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, G. B. FERRI – C. ANGELICI, 1997, Torino, p. 375 ss., secondo cui per l'art. 2384 il socio nel contrarre con la società non acquista mai la qualifica di terzo.

³⁷ Così, rispetto all'art. 2391, comma 3, ma con argomentazioni estensibili all'art. 2384, comma 2, c.c., L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 417 – 418.

accordato protezione; tuttavia ciò non altera l'equilibrio tra i plurimi valori tutelati dall'ordinamento, non sussistendo in questo caso quella asimmetria di capacità di controllo sull'operato degli amministratori che è tra le ragioni giustificatrici della regola dell'art. 2384, comma 2, c.c.³⁸.

Si consideri inoltre come le norme citate, anche quando sembrano porre divieti di interesse particolare, ne pongono in realtà di interesse generale, ossia di quel genere che nelle costruzioni più risalenti era considerato il solo fondativo della nullità³⁹, in quanto destinate ad operare a tutela del mercato, e dell'agire della società, da trattare quale "affare privato di ragione pubblica"⁴⁰, si trovano a coesistere.

7. - ANCORA SUI POTERI DI GESTIONE: IL CONFLITTO D'INTERESSI.

L'esame delle norme che regolano l'agire in conflitto d'interessi degli amministratori di s.p.a. ben avrebbe potuto essere affrontato nel capitolo precedente; ad esso si dedica tuttavia una separata trattazione in ragione delle specificità involte in questa disciplina e della necessità di operare un raccordo tra le norme di diritto societario azionario e quelle di diritto comune che regolano il conflitto d'interessi del rappresentante.

Benché la Riforma abbia, come già visto, inteso separare i profili gestori da quelli rappresentativi, sopravvive un'intima connessione tra essi, potendo il vizio della fase decisoria ripercuotersi sul momento rappresentativo.

³⁸ Rileva A. CAPIZZI, *Opponibilità dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori di s.p.a. Nuovi compiti da svolgere per una (supposta) exceptio doli?*, cit., p. 951, che l'"asimmetria di capacità di controllo" non sussista proprio nel caso dei divieti legali.

³⁹ Per questi riferimenti e per la stessa distinzione tra nullità d'interesse generale ovvero particolare, A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, 1983, Torino, p. 125 ss..

⁴⁰ M. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, 1879, Roma e Torino, p. 24 ss..

Ciò risulta vero anche per il conflitto d'interessi ed in un certo senso confermato dallo stesso art. 2391 c.c.. Questo detta una disciplina relativa alla formazione della volontà della società in un caso in cui l'amministratore potrebbe deviare questa dal suo fine statutario, condensato nella causa sociale, per trarne un vantaggio per sé od altri e tuttavia contiene, nel terzo comma, un riferimento alla rappresentanza che pare derogare alla regola posta dall'art. 2384, comma 2, c.c., facendo salvi i diritti dei terzi di buona fede e non invece di quelli che abbiano agito non intenzionalmente a danno della società.

La questione si complica ulteriormente se si considera che né la norma sul conflitto d'interessi degli amministratori né un'altra della disciplina delle s.p.a. ci dicono qualcosa circa il rapporto con l'art. 1394 c.c., che regola la fattispecie generale del conflitto del rappresentante.

L'importanza della questione si chiarisce appena si considera che mentre l'art. 2384, comma 2, fa riferimento al terzo che abbia agito intenzionalmente a danno e l'art. 2391, comma 3, *a contrario*, a quello in mala fede, da riferire all'invalidità della deliberazione viziata dal conflitto, l'art. 1394 c.c. a quello che conoscesse o potesse anche solo conoscere il conflitto⁴¹.

Rispetto alla questione del differente elemento psicologico richiesto dall'art. 2384, comma 2, e dall'art. 2391, comma 3, c.c. si è affermata la ragionevolezza della distinzione partendo dal differente oggetto delle due norme. Si è così sostenuto che, mentre la prima regola l'ipotesi in cui l'amministratore, provvisto della rappresentanza ed iscritto come tale, abbia

⁴¹ Svaluta invece le differenze esistenti tra gli elementi psicologici richiesti dalle tre disposizioni L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 509 e 435 – 436 e 443, cui si rinvia anche per l'esame approfondito delle ulteriori differenze applicative tra art. 2391, comma 3, ed art. 1394 c.c. (p. 441 ss.).

In senso conforme all'Autore, Cass. n. 1325 del 7 febbraio 2000, in *Le società*, 2000, p. 1336 ss., che considera l'intenzionalità nociva coincidente con la mala fede; in senso contrario invece Cass. 14509 dell'8 novembre 2000, in *Le società*, 2001, p. 418 ss., secondo cui per l'opponibilità ex art. 2384, comma 2, c.c. sarebbe necessaria non la prova della mala fede, ma di un "elemento ulteriore: un accordo fraudolento o, comunque, un comportamento teso a danneggiare la società".

agito eccessivamente rispetto ai poteri attribuiti, la seconda invece quella in cui l'amministratore abbia agito abusivamente rispetto ai propri doveri, sicché sarebbe ragionevole richiedere una maggiore diligenza del terzo nel secondo caso e non vi sarebbe incompatibilità tra le due norme, le quali, anziché la stessa, disciplinerebbero due fattispecie differenti⁴². È stata così giustificata ed affermata, avvalendosi anche dell'espressione "in ogni caso" con cui si apre l'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 2391 c.c., la natura dell'art. 2391 come norma eccezionale rispetto al principio secondo cui i vizi del momento deliberativo possono valere soltanto nei casi previsti dall'art. 2384, comma 2, c.c.⁴³. Non mancano comunque perplessità ed Autori di contrario avviso⁴⁴.

La rilevanza della questione relativa al rapporto tra la disciplina societaria e quella comune del conflitto d'interessi emerge in particolare nel caso in cui sia inutilmente decorso il termine di 90 giorni posto dall'art. 2391, comma 3, ma non ancora quello quinquennale rilevante ai sensi dell'art. 2393 c.c..

Rispetto a questa questione sono emersi tre differenti orientamenti.

⁴² Così V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., p. 165 – 166, secondo cui alla luce della ragione indicata nel testo "appare più che logico ritenere che il legislatore abbia voluto, con l'art. 2391, 3° comma, derogare ad una regola generale di inopponibilità ai terzi dei vizi della deliberazione consiliare, piuttosto che adottare una previsione limitativa rispetto ad un principio di generale rilevanza esterna del procedimento deliberativo"; M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, cit., p. 483; L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 434 – 435.

Si consideri come la valutazione di opportunità riferita sia, per sua stessa natura, opinabile; la stessa questione è risolta con soluzioni opposte da V. E. RAGUSA, *Vizi del processo decisionale*, cit., p. 252 ss., secondo cui sarebbe immanente al sistema positivo della rappresentanza una maggior tutela dei terzi nei casi di abuso che in quelli di eccesso di potere.

⁴³ Così A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 86 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., p. 164 ss..

⁴⁴ Tra essi, V. E. RAGUSA, *Vizi del processo decisionale*, cit., p. 196 ss..

Secondo quella prevalente, l'art. 1394 sarebbe applicabile nei soli casi in cui non può operare la sanzione prevista dall'art. 2391, comma 3, c.c., in ragione dell'assenza di una deliberazione consiliare, e quindi nei casi in cui ad agire in conflitto siano l'amministratore unico o quello delegato nell'esercizio della delega⁴⁵.

Secondo un altro orientamento, l'art. 1394 c.c. sarebbe sempre applicabile anche in campo societario, quindi anche nei casi in cui una delibera consiliare preceda l'esercizio del potere rappresentativo e potrebbe (o meglio, visti diversi termini, rispettivamente di prescrizione e decadenza, "avrebbe potuto") applicarsi l'art. 2391, comma 3, c.c.. Questa soluzione si fonda sull'idea secondo cui la disciplina generale del conflitto del rappresentante non sarebbe derogata da quella dettata per gli amministratori e su quella secondo cui non sussisterebbero le esigenze di tutela del terzo cui l'ordinamento pare attribuire meritevolezza anche nel caso in cui, pur non essendo stata la delibera consiliare impugnata ai sensi dell'art. 2391, comma 3, c.c., il terzo conoscesse o

⁴⁵ Così F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 84 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., p. 172 ss., che collega la minor tutela degli interessi della società nel caso in cui questa adotti un sistema di amministrazione non collegiale alle minori garanzie di oculatezza e ponderazione che tale sistema implica; G. MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 174 – 175; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 375; G. GUIZZI, *Sub art. 2391*, in *Società di capitali. Commentario*, (a cura di) G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, Napoli, p. 664 – 665.

Per la giurisprudenza, Cass. n. 3945 del 5 luglio 1984, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2/1984, p. 976 ss.; Cass. n. 3435 del 29 marzo 1991, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2/1991, p. 757 ss.; Cass. n. 18792 del 26 settembre 2005, in *Giustizia civile. Massimario*, 9/2005, p. 9 ss.; Cass. n. 1525 del 26 gennaio 2006, cit.; Cass. n. 27783 del 21 novembre 2008, in *Giustizia civile. Massimario*, 11/2008, p. 1662 ss..

Critico verso quest'orientamento A. BELLACOSA, *Il conflitto d'interessi dell'amministratore unico di società per azioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/1997, p. 154 ss., secondo cui "l'affidamento del terzo, così come il diritto di ogni singolo socio, rispetto all'interesse della società, meritano una considerazione unitaria e coerente", dato che, diversamente opinando, "l'atto della società sarebbe più o meno viziato a seconda che la gestione della società sia collegiale o unipersonale".

potesse conoscere il conflitto, si badi bene⁴⁶, del rappresentante (anziché di chi assume la decisione)⁴⁷.

A quest'opinione si accompagna quella di senso contrario, secondo cui non sarebbe mai possibile applicare la norma comune sul conflitto del rappresentante agli amministratori di s.p.a.. A fondamento di questa tesi vengono addotte principalmente due considerazioni: la natura organica della rappresentanza ed il rapporto di specialità tra art. 1394 e 2384, comma 2, c.c.⁴⁸.

Il primo rilievo lega il suo nome in particolare ad un Autore⁴⁹ e non ha riscosso particolare successo in dottrina⁵⁰ e giurisprudenza⁵¹, che lo hanno

⁴⁶ La puntualizzazione è opportuna poiché mette in luce una delle ragioni delle difficoltà di coordinare le due norme: l'una, l'art. 1394, volta a disciplinare il conflitto del rappresentante; l'altra, l'art. 2391 c.c., volta a disciplinare il conflitto del decidente e, nell'ultimo periodo del terzo comma, le ricadute di tale conflitto nei confronti dei terzi, anche quando a negoziare con il terzo sia stato un rappresentante non in conflitto.

⁴⁷ Così G. MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 173 ss.; L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 423 ss., secondo cui "il contratto concluso dall'amministratore in conflitto d'interessi, che sia stato preceduto da una deliberazione invalida ex art. 2391, con la quale il consiglio di amministrazione abbia predeterminato, in tutto o in parte, il contenuto del contratto, è annullabile, anche per i contenuti coperti dalla deliberazione, ai sensi non già del medesimo art. 2391, bensì dell'art. 1394, pur quando la deliberazione non sia stata tempestivamente impugnata" (p. 449).

⁴⁸ È opportuno precisare come individuare nell'art. 1394 la norma generale e nell'art. 2384 quella speciale sulla rappresentanza non sia l'unica soluzione possibile. Il rapporto di specialità potrebbe essere individuato tra la norma di diritto comune e quella recata dall'art. 2391, comma 3, c.c., considerando la prima quale regola generale sull'abuso e la seconda quale regola speciale. Così impostava in particolare la questione G. FRÈ, *Società per azioni. Artt. 2325 – 2461*, in *Commentario al codice civile*, (a cura di) A. SCIALOJA – G. BRANCA, 1954, Bologna e Roma, p. 397, la cui opinione non sembra aver riscosso particolare seguito e per questo non se ne dà conto nel testo.

⁴⁹ G. FERRI, *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2/1959, p. 35 ss.. Per questa visione della rappresentanza organica, v. anche nt. n. 2.

⁵⁰ Fortemente critico verso quest'opinione, M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, cit., p. 482.

⁵¹ Cass. n. 1852 dell'8 ottobre 1970, in *Casi e materiali di diritto commerciale. 1. Società per azioni*, 1974, Milano, p. 684 ss.; Cass. n. 3829 del 6 giugno 1988, in *Le società*, 12/1988, p. 1250 ss., con

per lo più avversato; partendo dall'immedesimazione organica tra amministratore e società, si sostiene che "esternamente non vi può essere posizione di conflitto perché è la stessa persona giuridica che agisce"⁵² tramite quello. A quest'orientamento si contrappongono principalmente due rilievi: l'art. 2395 afferma la responsabilità degli amministratori verso terzi e creditori direttamente danneggiati dai loro atti colposi o dolosi⁵³; l'art. 2475 ter, comma 1, c.c., riconosce la possibilità di annullamento del contratto in caso di conflitto conosciuto o riconoscibile dell'amministratore di s.r.l.⁵⁴.

Il secondo rilievo muove dall'idea secondo cui la disciplina generale sul conflitto del rappresentante sarebbe derogata da quella della rappresentanza degli amministratori, per cui la regola dettata dall'art. 2384, comma 2, si porrebbe in rapporto di specialità con quella dettata dall'art. 1394 c.c., risultando da quest'ultima derogata alla luce del noto criterio secondo cui *lex specialis derogat generali*⁵⁵.

nota di B. MARESCOTTI, *Rapporto di agenzia dell'amministratore*; Trib. Milano dell'11 ottobre 1993, in *Le società*, 2/1994, p. 246 ss..

⁵² G. FERRI, *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2/1959, p. 35.

⁵³ È bene precisare come questa critica fosse superabile nella visione di G. FERRI, che in *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, (a cura di) F. VASSALLI, 1987, Torino, p. 536 ss. afferma la riferibilità dell'art. 2395 ai soli atti degli amministratori estranei all'ufficio di questi.

⁵⁴ Per entrambe le critiche, M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, cit., p. 482.

Pur condividendo la soluzione raggiunta, è forse opportuno evidenziare come le differenze oggi sussistenti tra il modello della s.p.a. e quello della s.r.l., anche con riferimento alla disciplina della rappresentanza, rendono il secondo argomento, e più generalmente l'estensione di soluzioni adottate per il secondo tipo sociale, non sempre facilmente riferibile anche al primo.

⁵⁵ P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., p. 144 ss.; A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, 1982, Firenze, p. 189; A. BELLACOSA, *Il conflitto d'interessi dell'amministratore unico di società per azioni*, cit., p. 154 ss.; V. E. RAGUSA, *Vizi del processo decisionale*, cit., p. 250 ss..

Secondo i sostenitori di questa diversa opinione, l'art. 2384 è la norma che regola ogni possibile ipotesi di esercizio della rappresentanza degli amministratori ai quali essa sia attribuita, salvo deroghe previste da norme a loro volta speciali. A sostegno dell'assunto s'invoca inoltre il principio di tutela dei terzi verso cui l'ordinamento domestico da ormai qualche decennio, ed ancor più decisamente dopo la Riforma, tende, che sarebbe frustrato dall'applicazione di una disciplina, quale quella comune, più sfavorevole per il contraente⁵⁶. La critica principale che è stata rivolta a quest'orientamento è quella che sostiene che tra l'art. 2384 e l'art. 1394 c.c. non intercorrerebbe alcun rapporto di specialità, bensì di alterità: si afferma che mentre la prima fattispecie riguarderebbe l'agire in maniera esorbitante rispetto ai poteri conferiti, la seconda l'agire in maniera abusiva rispetto a quegli stessi poteri⁵⁷; a questa si accompagnano critiche "minori"⁵⁸. La questione è di soluzione evidentemente complessa; essa involge gli aspetti più problematici tra quelli già esaminati: per la sua soluzione è necessario risolvere il problema della rilevanza delle limitazioni legali e gestorie, giacché aderendo all'idea secondo cui queste

⁵⁶ P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., p. 144 ss.; V. E. RAGUSA, *Vizi del processo decisionale*, cit., p. 252 ss..

Sulla questione incide tuttavia il condivisibile rilievo di L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 416, che evidenzia come la disciplina societaria possa risultare meno favorevole rispetto ai terzi di quella comune, in particolare rispetto all'onere della prova dello stato psicologico del terzo, nell'art. 1394 posto a carico della società e nell'art. 2391, comma 3, c.c., in capo al terzo.

⁵⁷ V. nt. n. 42.

⁵⁸ Rileva L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 434 "che la tendenza dell'ordinamento a tutelare i terzi di fronte al rappresentante sociale non è altro che, appunto, una tendenza, che soffre di eccezioni"; è tuttavia utile notare come il citato Autore porti ad esempio di un'eccezione al suddetto principio la possibilità, eliminata dalla riforma del 2003, di opporre l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale al terzo di mala fede.

Secondo M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, cit., p. 482 – 483, l'orientamento in esame sarebbe invece smentito dalla disciplina della rappresentanza delle s.r.l., che riconosce l'annullabilità dell'atto compiuto dall'amministratore in conflitto. V. tuttavia quanto rilevato in nt. n. 54.

rilevano ai fini dell'art. 2384, comma 2, c.c. diventa arduo negare l'esistenza di un rapporto di specialità con l'art. 1394; aderendo alla contraria opinione diventa invece arduo sostenere la sussistenza di un simile rapporto, non ricomprendendo la fattispecie di cui alla norma di diritto societario un elemento invece considerato da quella descritta dall'art. 1394 c.c., il che pare di per sé sufficiente ad escludere la relazione di genere a specie tra le due norme.

8. - ANCORA SULLE LIMITAZIONI SOGGETTIVE: LA CLAUSOLA DI RAPPRESENTANZA CONGIUNTIVA.

Si è dato conto nei capitoli che precedono di come l'intero sistema della rappresentanza organica delle s.p.a. sembri reggersi sulla distinzione tra limitazioni soggettive, opponibili purché iscritte, ed oggettive, opponibili nei soli casi di *exceptio doli*. In questo capitolo si cercherà di evidenziare come questa distinzione, all'apparenza chiara e priva di problemi, ad un esame più accurato si riveli meno certa di quanto possa sembrare. Anche sulla base di questo rilievo si considera, anticipando le conclusioni, necessaria un'opera di riformulazione delle vigenti disposizioni, che così come sono non paiono idonee a radicare la certezza del diritto in una materia che ne pare particolarmente bisognosa.

L'aspetto cui è opportuno rivolgere l'attenzione riguarda la clausola di rappresentanza congiuntiva.

L'opinione prevalente in dottrina⁵⁹ e giurisprudenza⁶⁰ rispetto a questa clausola tende a distinguere a seconda che essa riguardi soltanto alcune

⁵⁹ Così P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., p. 153 ss.; A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 188; G. CABRAS, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza nelle società per azioni*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1/1973, p. 365 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., p. 149 – 150; F. MARTORANO, *Le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali*, in *Problemi di diritto societario nell'attività bancaria*, (a cura di) A. MINEO, 1980, Milano, p. 9 ss.; R. RORDORF, *Opponibilità ai terzi dei limiti della rappresentanza*, in *Le società*, 1/1986, p. 47 ss.; G. LAURINI, *Statuti di società e certezza dei poteri rappresentativi*, in *Rivista delle società*, 1981 p. 921 ss., che giunge a tale conclusione pur riconoscendo che l'esercizio della deroga consentita dall'art.

operazioni o sia invece generale. Si sostiene che nel primo caso si configurerebbe una limitazione statutaria del potere di rappresentanza, come tale opponibile nei soli casi individuati dall'art. 2384, comma 2, c.c.; nel secondo invece la designazione del consiglio quale organo munito della rappresentanza, come ogni altra limitazione soggettiva opponibile se iscritta. Questa tesi reputa di poter ricevere conforto dall'art. 9, par. 3, della I direttiva societaria, che consente⁶¹ agli Stati di rendere opponibile la clausola di rappresentanza congiunta purché “concerna il potere generale di rappresentare la società” e sia stata rispettata la pubblicità prevista dall'art. 3 della medesima direttiva.

La soluzione in parola, benché non irragionevole sul piano pratico, dal momento che non addossa al terzo nessun onere ulteriore rispetto a quello, già previsto, di identificare il soggetto munito della rappresentanza⁶², si espone tuttavia a critiche.

9, par. 3, della I direttiva in materia societaria “non si è esplicitata nel testo definitivo della norma codificata”; G. LA VILLA, *Introduzione al diritto europeo delle società*, 1996, Torino, p. 46 ss..

⁶⁰ Così Cass. n. 2664 del 23 giugno 1977, in *Rivista di diritto commerciale*, 2/1977, p. 237 ss.; Cass. n. 8852 del 28 novembre 1987, in *Giurisprudenza italiana*, 1/1988, p. 1157 ss.; Cass. n. 16376 del 20 agosto 2004; Trib. Genova del 29 gennaio 1985, in *Le società*, 1/1986, p. 47 ss., con nota di R. RORDORF, *Opponibilità ai terzi dei limiti della rappresentanza*; App. Roma del 9 marzo 1987, in *Rivista del notariato*, 2/1988, p. 219 ss.; Trib. Milano del 4 giugno 1990, in *Le società*, 1990, p. 1349 ss.; Trib. Milano del 3 settembre 1990, in *Le società*, 1991, p. 1062; App. L'Aquila del 14 luglio 1992, in *Giustizia civile*, 1/1993, p. 247 ss..

⁶¹ Sembra opportuno evidenziare questo termine, onde fugare eventuali tentativi di interpretazione comunitariamente orientata, resa difficile, se non addirittura impossibile, dalla presenza di una norma meramente facoltizzante. In quest'equivoco cade App. Roma del 9 marzo 1987, cit..

⁶² L'aspetto è evidenziato da V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., p. 150, secondo cui “mentre, infatti, l'attribuzione in forma congiunta della rappresentanza generale configura una modalità di esercizio della stessa che non richiede un accertamento più oneroso e complesso di quello, comunque necessario, relativo all'individuazione della titolarità del potere rappresentativo, la clausola che impone la firma congiunta soltanto per determinati atti, se opponibile, addosserebbe al terzo anche quel rischio di una non corretta verifica del contenuto e dell'ampiezza dei poteri individuali dell'amministratore che la direttiva ha inteso eliminare”.

Essa si regge sull'assunto secondo cui la clausola di rappresentanza congiunta, se generale, regolerebbe l'attribuzione e non l'ampiezza del potere.

Proprio quest'affermazione è contestata da parte della più recente dottrina⁶³ e giurisprudenza⁶⁴. Le principali censure all'orientamento tutt'ora maggioritario muovono dalla considerazione secondo cui non risulterebbe da nessuna delle norme di diritto societario l'esercizio dell'opzione per l'opponibilità della clausola di rappresentanza congiunta iscritta⁶⁵ e non sarebbe corretto affermare la natura soggettiva e non invece oggettiva della limitazione che questa clausola comporta rispetto ai poteri degli amministratori. Se abbastanza chiara è la prima questione, non altrettanto può dirsi per la seconda, rispetto alla quale si rendono opportune alcune precisazioni. La tesi in esame parte dall'assunto secondo cui ogni amministratore sarebbe, anche in presenza della clausola di firma congiunta, rappresentante, pur subendo i suoi poteri, proprio in ragione di questa clausola, una significativa compressione; alla luce di questo assioma si comprende perché si consideri di carattere

Contra, M. MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/1999, p. 45.

⁶³ M. MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/1999, p. 32 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 380; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società. Trattato*, (diretto da) F. GALGANO, 2002, Torino, p. 180 ss.; M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, cit., p. 471.

⁶⁴ Così Cass. n. 12420 dell'1 dicembre 1995, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/1996, p. 1355 ss., che per prima ha ribaltato l'indirizzo tuttora dominante.

⁶⁵ Valorizzando la lettera del terzo paragrafo dell'art. 9 della direttiva, M. MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/1999, p. 43 ss., giunge alla più radicale conclusione secondo cui il riferimento alla disciplina legale imporrebbe di riferire la possibilità di deroga a quelle sole legislazioni, come quella tedesca, alla quale il paragrafo in parola intende particolarmente rivolgersi, che prevedono il potere collettivo di firma ma consentono allo statuto di mutare questa regola.

Sembra tuttavia che l'adesione all'idea, oggi prevalente, secondo cui in mancanza di indicazioni circa l'attribuzione della rappresentanza questa spetta all'intero consiglio consenta di ricostruire il rapporto tra disciplina convenzionale e legale dell'attribuzione della rappresentanza in termini non molto dissimili rispetto a quanto avviene nell'ordinamento tedesco.

oggettivo, anziché soggettivo, la limitazione scaturente dalla clausola in attenzione. Il fondamento di quest'orientamento è rinvenuto: nell'estensione della disciplina del mandato plurimo congiuntivo, che consente al mandatario di discostarsi dalle istruzioni del mandante quando vi sia urgenza di provvedere e paia ragionevole che lo stesso mandatario, se informato, avrebbe autorizzato il compimento dell'atto (art. 1711, comma 2, c.c.); nell'estensione della regola, rispondente al medesimo principio, recata dall'art. 2258, comma 3, c.c.. Da ciò si ricaverebbe che anche in caso di rappresentanza congiuntiva il singolo amministratore potrebbe agire spendendo il nome della società qualora una situazione di necessità lo richieda e che dunque in tal caso ad essere limitata sarebbe l'estensione, non la titolarità, del potere di rappresentanza⁶⁶.

Quest'ultima teoria presenta un indubbio punto di forza nell'affermazione secondo cui non è agevole rinvenire un sicuro appiglio nel senso dell'esercizio dell'opzione consentita dalla direttiva societaria per l'opponibilità della clausola di rappresentanza congiunta. Essa si espone tuttavia a due critiche, una di ordine formale, l'altra più sostanziale. La prima è quella che rileva come neppure sia agevole individuare un fondamento normativo alla possibilità di assimilare amministratori di società per azioni e mandatari, anzi per lo più contestata, e di come tale considerazione possa estendersi alla regola prevista per le società di persone (art. 2258, comma 3, c.c.), per le quali, come visto, vige oggi un ben diverso sistema di rappresentanza; l'orientamento in parola sembrerebbe inoltre ricavare un principio generale da una norma eccezionale, il che, se non precluso in

⁶⁶ Ad ulteriore supporto della tesi, M. MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/1999, p. 38, porta la considerazione secondo cui le conclusioni sulla spettanza individuale di un limitato potere di rappresentanza anche in caso di sua attribuzione al consiglio sarebbe rafforzata dalla disciplina delle società quotate, per la quali, benché non possa propriamente parlarsi di potere rappresentativo, consente al collegio sindacale o anche a solo due sindaci di convocare l'assemblea o dare istruzioni ai dipendenti per l'esercizio delle funzioni di vigilanza.

radice⁶⁷, costituisce un'operazione da affrontare con particolare prudenza ed evitando di scivolare nella vietata *analogia legis*⁶⁸. La seconda è quella che rileva come il più coerente sviluppo di questa teoria sia quello che assoggetta alla regola dell'art. 2384, comma 2, c.c. anche gli atti compiuti dall'amministratore non investito della rappresentanza nel caso in cui questa sia attribuita singolarmente ad alcuni soltanto, confinando l'opponibilità alla remota ipotesi della dimostrazione dell'intento nocivo del terzo in una situazione in cui, come del resto in quella della firma congiunta, non sembra sussistere l'interesse ad evitare al terzo contraente un accertamento che, diversamente da quello relativo all'estensione del potere, non risulta di particolare difficoltà. Si consideri inoltre che, aderendo alla tesi che riconduce alla disciplina dell'art. 2384, comma 2, c.c. la limitazione derivante dalla clausola di rappresentanza congiuntiva, non si capisce neppure più il senso dell'art. 2383, comma 4, c.c., laddove impone l'iscrizione della clausola di amministrazione congiunta⁶⁹.

⁶⁷ “La norma è eccezionale e insuscettibile di applicazione analogica, non già per intrinseco carattere, ma in base all'art. 14 cit.. Anche la norma eccezionale rinvia ad un criterio o principio ispiratore, che potrebbe dettare la soluzione di casi simili (poiché sono sempre ipotizzabili casi simili a quello da essa disciplinato); ma l'art. 14 impedisce tale applicazione e, quindi – escluso il passaggio intermedio dell'*analogia legis* – impone di risalire ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12, 2° comma, cit.). Proprio questo spiega come il principio della norma eccezionale possa espandersi nel sistema, e improntare di sé la disciplina di uno o più istituti: come, cioè, l'eccezione possa elevarsi a regola, e la regola degradare ad eccezione”. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, 1990, Padova, p. 99.

⁶⁸ Considera preclusa l'*analogia legis* ma non l'*analogia iuris*, N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 99.

⁶⁹ Così G. LA VILLA, *Introduzione al diritto europeo delle società*, cit., p. 47.

La dubbia utilità della disposizione nell'indicato orientamento è riconosciuta dal suo principale fautore, M. MONTANARI, La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/1999, p. 42, il quale giunge ad individuare come unico senso di essa l'agevolazione della prova dell'*exceptio doli*. Risulterebbe comunque poco comprensibile la scelta di fare dell'iscrizione un dovere, anziché, come sarebbe stato nel silenzio della legge, un semplice onere per la società.