



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Diritto comparato

**SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO
PRIVATO E DEL LAVORO**
INDIRIZZO IN DIRITTO PRIVATO NELLA DIMENSIONE EUROPEA
CICLO XXIV

**LA RAPPRESENTANZA DEGLI AMMINISTRATORI DELLE
PERSONE GIURIDICHE DEL LIBRO PRIMO DEL CODICE CIVILE**

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Coordinatore d'indirizzo: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Supervisore: Ch.mo Prof. Stefano Delle Monache

Dottoranda: Valentina Martini

A mio papà

Sempre con me

SOMMARIO

Capitolo Primo

LE PERSONE GIURIDICHE

1. Premesse. p. 1
2. Evoluzione storica del concetto di persona giuridica: le teorie “tradizionali”. p. 2
3. Le più recenti teorie “revisioniste” e le teorie moderne. p. 17
4. La capacità delle persone giuridiche. p. 23
5. Le persone giuridiche “tipiche” del Libro Primo. Associazioni e fondazioni: caratteri comuni e caratteri distintivi. p. 28
6. Le persone giuridiche del Libro Primo e le società: lo scopo ideale non lucrativo come elemento distintivo. p. 34
7. La nuova procedura di riconoscimento. p. 37

Capitolo Secondo

LA RAPPRESENTANZA DEGLI ENTI COLLETTIVI

1. Considerazioni generali: rappresentanza volontaria, rappresentanza legale e rappresentanza organica. p. 45
2. Il concetto di organo e l'immedesimazione organica. p. 59
3. *segue*: Nuovi spunti a favore della volontarietà della

rappresentanza degli amministratori alla luce della riforma delle società per azioni.	p. 77
4. L'art. 18 c.c. ed il significato del richiamo alle norme sul mandato.	p. 82
4.1. Il ruolo dell'amministratore nelle associazioni: mandatario dell'assemblea o titolare di un potere autonomo ed originario?	p. 82
4.2. Disciplina del mandato suscettibile di applicazione in forza dell'art. 18 c.c.	p. 87
5. La rappresentanza organica e la <i>contemplatio domini</i> .	p. 90

Capitolo Terzo

L'ESERCIZIO DEL POTERE GESTORIO E RAPPRESENTATIVO NELLE PERSONE GIURIDICHE

1. L'organo amministrativo nelle associazioni e nelle fondazioni.	p. 99
2. Prime considerazioni in ordine al potere di rappresentanza.	p. 107
3. La disciplina della rappresentanza nelle società di persone, nelle società di capitali e nelle persone giuridiche. Diverso quadro normativo e diverse soluzioni.	p. 109
3.1. La rappresentanza nelle società semplici.	p. 109
3.2. La rappresentanza nella s.n.c. e s.a.s.	p. 114
3.3. La rappresentanza nelle società di capitali.	p. 117
3.4. L'art. 19 c.c. e la rappresentanza nelle persone giuridiche del Libro Primo c.c.	p. 126
4. Il regime dell'opponibilità a terzi.	p. 130

- 5. Ingiustificata disparità di disciplina tra società di capitali e di persone. p. 131
- 6. Ingiustificata disparità di disciplina tra società di capitali e persone giuridiche del Libro Primo. p. 135
- 7. L'iscrizione nel registro. Significato e contenuto. p. 138

Capitolo Quarto

IPOTESI DI CARENZA E DI LIMITAZIONE AL POTERE RAPPRESENTATIVO

- 1. Premesse p. 150
- 2. La limitazione al potere di rappresentanza derivante dalla dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo. p. 151
 - 2.1. Il concetto di dissociazione dei poteri. p. 151
 - 2.2. La scissione dei poteri nelle società di capitali. p. 157
 - 2.3. *segue:* La tesi della rilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo dell'amministratore di s.p.a. Fondamenti e critiche. p. 160
 - 2.4. *segue:* La tesi dell'irrilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo dell'amministratore di s.p.a. p. 170
 - 2.5. *segue:* Le conseguenze pratiche delle due tesi. p. 183
 - 2.6. La rilevanza esterna della dissociazione con riguardo agli enti del Libro Primo. p. 189
 - 2.7. *segue:* Prima prospettazione: difetto di delibera quale motivo di invalidità dell'atto compiuto

dall'amministratore. La tesi contraria dell'inopponibilità ai terzi della dissociazione.	p. 195
2.8. <i>segue</i> : La dissociazione come limite al potere di rappresentanza. L'art. 19 c.c. e la possibile rilevanza esterna dei vizi nel procedimento formativo della volontà dell'ente.	p. 196
2.9. <i>segue</i> : La diversa teoria che interpreta la dissociazione in termini di limite al potere gestorio e l'inefficacia dell'atto <i>ex art.</i> 1398 c.c.	p. 208
2.10. <i>segue</i> : La teoria dell'irrilevanza esterna sul presupposto del modello legale della dissociazione. Critica.	p. 216
2.11. Conclusioni.	p. 223
3. I limiti legali al potere di rappresentanza.	p. 226
4. Il conflitto di interessi.	p. 233
4.1. Premesse.	p. 233
4.2. Le tre ipotesi classiche di conflitto d'interessi nell'ambito delle società per azioni. Il rapporto tra l'art. 1394 c.c. e l'art. 2391 c.c.	p. 236
4.3. <i>segue</i> : Il secondo quesito imposto dalla riforma. Il rapporto tra l'art. 2391 c.c. e l'art. 2384 c.c.	p. 252
4.4. <i>segue</i> : La disciplina negli enti del Primo Libro.	p. 256
4.5. Una quarta ipotesi di conflitto di interessi.	p. 261
4.6. Conclusioni.	p. 271
5. Atti estranei all'oggetto sociale e atti non pertinenti allo scopo dell'ente.	p. 272
5.1. La disciplina nelle società commerciali. La recente evoluzione.	p. 273
5.2. Sopravvivenza del limite dell'oggetto sociale anche in assenza di una disposizione <i>ad hoc</i> : appartenenza alla	

categoria dei limiti ai poteri degli amministratori di cui all'art. 2384, secondo comma, c.c.	p. 277
5.3. I criteri di individuazione dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale.	p. 283
5.4. L'estraneità dell'atto allo scopo dell'associazione o della fondazione.	p. 293
6. Limitazioni derivanti dall'atto di delega.	p. 298
7. La rappresentanza congiunta.	p. 303
8. La rappresentanza vicaria.	p. 310

Capitolo Quinto

RAPPRESENTANZA ORGANICA E TUTELE DERIVANTI DALL'ISTITUTO DELLA RAPPRESENTANZA APPARENTE

1. Premesse.	p. 319
2. L'apparenza del diritto nel nostro ordinamento. <i>Ius singulare</i> o principio generale?	p. 321
3. Il principio dell'apparenza e la rappresentanza.	p. 326
4. Limiti all'applicazione dell'istituto: principio di apparenza e pubblicità legale.	p. 336
5. Apparenza e rappresentanza organica.	p. 339
 BIBLIOGRAFIA	 p. 349
RIASSUNTO - ABSTRACT	p. 373

CAPITOLO PRIMO

LE PERSONE GIURIDICHE

Sommario: 1. Premesse. - 2. Evoluzione storica del concetto di persona giuridica: le teorie “tradizionali”. - 3. Le più recenti teorie “revisioniste” e le teorie moderne. 4. La capacità delle persone giuridiche. - 5. Le persone giuridiche “tipiche” del Libro Primo. Associazioni e fondazioni: caratteri comuni e caratteri distintivi. - 6. Le persone giuridiche del Libro Primo e le società: lo scopo ideale non lucrativo come elemento distintivo. - 7. La nuova procedura di riconoscimento.

1. Premesse.

Oggetto della nostra indagine è la rappresentanza degli amministratori degli enti del Libro Primo del Codice Civile., più precisamente definita “rappresentanza organica”, con particolare riguardo alle problematiche sottese all’individuazione dei limiti - statutari e/o legali - al potere rappresentativo, alla definizione della loro natura ed ai riflessi di detti limiti nei rapporti tra rappresentante e terzi, da un lato, e terzi e ente, dall’altro.

Appropriandoci delle considerazioni di un illustre giurista che si occupò, seppur sotto altri profili, di alcune delle problematiche oggetto di questa tesi, la tematica che ci apprestiamo ad affrontare rende testimonianza

dell'esigenza di creare un ponte, *“una continuità pur sempre nella diversità”*, tra diritto civile e diritto commerciale; diversità e continuità troppo spesso non tanto criticate quanto proprio ignorate¹.

Un approfondimento di questo tipo necessita che si diano per presupposti alcuni concetti ed istituti appartenenti ora più propriamente al primo settore del diritto ora al secondo, ed appare quindi opportuno un breve riepilogo ed inquadramento dogmatico, anche alla luce della molteplicità di teorie che su ciascuno di essi si sono confrontate e spesso scontrate, quanto meno per consentire di trattare le questioni che ci occupano sulla base di una serie di concetti che siano definiti e dati per assodati al fine di raggiungere, così, risultati che siano coerenti con le premesse assunte.

2. Evoluzione storica del concetto di persona giuridica: le teorie “tradizionali”.

Alla base del c.d. rapporto organico e della sua classificazione in termini di specie autonoma di “rappresentanza” o meno - concetti questi che fungono da presupposti con riguardo all'indagine oggetto di questo lavoro - si pone il prodromico problema connesso alla definizione e alla natura del concetto che va sotto il nome di persona giuridica: sostanzialmente inutile, sterile ed improduttiva apparirebbe, infatti, un'indagine sugli organi della persona giuridica e sui poteri detti organi se prima non si specificasse cosa si debba intendere per persona giuridica.

La figura in esame costituisce da oltre un secolo un tema *“tormentoso, affascinante e sempre nuovo”* per le sue multiformi, svariate e diversissime applicazioni, tema per il quale, come è stato autorevolmente rilevato, pur *“dopo il laborioso e faticoso cammino della dottrina, giunti alla vetta, si continuano a*

¹ FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori: profili di sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 661 ss., e *ivi* p. 661.

scorgere ancora più larghi orizzonti e manifestazioni ed atteggiamenti insospettati di questo proteiforme istituto giuridico"². Sono sempre considerazioni dello stesso illustre giurista, considerazioni come ovvio condivise, quelle per cui potrebbe sembrare a prima vista oziosa questa indagine, come potrebbe apparire sostanzialmente inutile prendere posizione sul problema generale della persona giuridica, pensando che qualunque sia la opinione seguita comunque i risultati non cambino. Ed invece non è così, perché nella decisione delle varie questioni che in questo lavoro si tenterà di affrontare influisce spesso, in modo palese o latente, l'idea che ciascuno ha della persona giuridica e talora la stessa soluzione dipende da un motivo interiore che pervade la mente dell'interprete nel suo ragionamento. In altri termini, *"la persona giuridica è come una lente frapposta all'occhio dell'interprete che, se è esatta, dà la rappresentazione nitida della realtà, se è falsa, ne produce l'oscuramento e la deformazione"*³.

Venendo alle questioni che più ci interessano, precisamente, lo stesso valore attribuito alla funzione ed alla natura dei soggetti agenti per l'ente - specie appunto i rappresentanti - varia, infatti, a seconda di quale teoria relativa alla funzione ed alla natura della persona giuridica si ritenga di voler abbracciare, aprendosi all'orizzonte una molteplicità di tesi che si muovono tra i due estremi costituiti dalle opposte teorie cd. "della finzione", da un lato, e "della realtà", dall'altro.

a) *Teoria della finzione.*

La prima tra le tesi che in epoca moderna hanno tentato di spiegare il fenomeno giuridico e la disciplina delle entità organizzate, fu la cosiddetta

² FERRARA, *Le persone giuridiche*, Vol. II, II ed., in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1958, p. 1.

³ FERRARA, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 2.

teoria della finzione, propugnata da Savigny⁴. All'illustre studioso tedesco va attribuito il merito di aver permesso l'introduzione nel linguaggio normativo della locuzione "persona giuridica".

Ad esser precisi la teoria in parola ha in realtà origini più remote, perché risalente alla teoria canonistica, la quale già osservava che l'ente o l'istituzione era un *corpus mysticum*, ossia un "ente ideale". Già in Sinibaldo dei Fieschi (divenuto poi Innocenzo III) si trovava l'espressione per cui "nomina sunt iuris, non personarum (C. 53, XV, 39 n. 1)⁵. *Est nomen intellectuale et res in corporalis, universitas non habet corpus nec animam, est res inanimata*" (C. 53, X, V, 39): si trattava perciò di una "personalità non vera".

Nella sua opera Savigny si interroga sulle ragioni per cui il sistema normativo regoli in maniera non lontana da quanto faccia con le persone fisiche anche entità non umane. La tesi in parola si sviluppa, precisamente, come risposta al contrasto che agli occhi dell'autore si presentava tra i dati dell'esperienza e le scelte normative: persona è, dal punto di vista empirico, soltanto l'uomo e ciononostante il legislatore formula precetti come se esistessero altre persone, diverse dall'uomo: "ogni uomo, e solo l'uomo singolo, è capace di diritto. Ma il sistema positivo può modificare questo principio, negando la capacità giuridica a uomini, come era per gli schiavi, o estendendola agli enti, che non sono uomini, come per le persone giuridiche. La capacità giuridica può essere estesa a subietti artificialmente creati, per semplice

⁴ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, nella traduzione dall'originale tedesco *System des heutigen römischen Rechts* (Berlino, 1940) di Scialoja, volumi 8, Torino, 1886-1889.

⁵ Sul contributo di Sinibaldo dei Fieschi alla figura antesignana della persona giuridica, anticipatore della pandettistica tedesca di sette secoli, cfr. CAMPITELLI, "Cum collegium in causa universitatis fingatur persona". *Riflessioni sul commento di Sinibaldo dei Fieschi (c. presentium, de testibus e attestationibus, 57 X, 2, 20)*, in *Apollinaris*, 63, 1990, Roma, Ed. Pontificia Università Lateranense, p. 125 ss.

finzione”⁶.

Secondo l’Autore, dunque, ogniqualvolta la legge parla di corpi da considerarsi “come persona”, null’altro fa che operare una *fictio iuris*: finge, per soddisfare le comuni esigenze della realtà contingente, ed in particolar modo quelle del traffico giuridico, che entità diverse dall’uomo abbiano al suo pari l’attributo di persona.

Per questa categoria di soggetti, così artificialmente creata, il Savigny parla, appunto, di “*persona giuridica*”, ossia “persona” ammessa solamente per uno scopo giuridico (quello per la cui realizzazione il legislatore è stato indotto al ricorso alla finzione) e, pur tuttavia, comunque persona perché nuovo soggetto di rapporti giuridici diverso ed altro rispetto all’uomo-individuo.

Va segnalato che i lavori preparatori del codice civile italiano del 1865 – che si svolsero simultaneamente alla pubblicazione della prima formulazione delle tesi di Savigny – furono chiaramente influenzati dalla teoria appena riferita, come conferma l’art. 2 del testo poi divenuto definitivo per cui “i comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici,

⁶ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, op. cit., p. 240. La stessa prospettiva si ritrova anche in tutta la scuola dei romanisti tedeschi a cominciare da WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, Torino, rist. 1930, p. 232 il quale giunge alla stessa conclusione dell’artificialità della persona giuridica affermando che “*persona giuridica è una persona non esistente in effetto, ma soltanto immaginaria, che si considera come soggetto di diritti ed obbligazioni*”. Tra i giuristi italiani si veda: BARILLARI, *Sul concetto della persona giuridica. Contributo alla teoria filosofica della persona giuridica*, Roma, 1910, p. 35 ss., nonché, per quanto attiene ai presupposti ideologici della teoria della finzione, ORESTANO, *Il “problema delle persone giuridiche” in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 20 e ss., il quale afferma che “*l’aver ‘degradato’ la personalità degli enti diversi dall’uomo a mere ‘finzione’ servì al Savigny per ribadire il concetto che l’intero sistema giuridico fosse da costruire in funzione dell’individuo e dei suoi diritti, perché era appunto all’individuo che venivano assimilate attraverso un procedimento si ‘finzione’ queste figure di cui il diritto positivo poteva servirsi in vista di un particolare scopo a suo arbitrio*” .

ed in generale, tutti i corpi morali civilmente riconosciuti, sono considerati come persone...”.

La nozione di persona ivi utilizzata era da intendersi come concetto di relazione e non come concetto di genere e, muovendo dal presupposto che solo gli esseri umani sono persone, imponeva, né più né meno, che “*i corpi morali civilmente riconosciuti*” godessero di una considerazione giuridica che corrispondeva a quella degli esseri umani, ma che, tuttavia, non era quella degli esseri umani. In forza di una siffatta impostazione, il riconoscimento statale delle persone giuridiche aveva un’efficacia espressamente costitutiva ed attributiva della personalità e soggettività, ossia costituiva l’esplicarsi concreto della predetta finzione.

b) Teorie oggettivistiche.

La predetta concezione ha avuto certamente il merito di aver concepito la persona giuridica in termini di semplicità e rigore logico sino a quel momento mancanti, ma si è dimostrata difettosa nella parte in cui si è limitata a considerare quale mera finzione quella che in realtà è una configurazione tecnica di un fenomeno avente invece realtà giuridica eguale ad ogni altra forma del mondo giuridico⁷.

La principale critica mossa alla predetta tesi attiene, quindi, all’unilateralità della visione del fenomeno, ovvero all’ignorare detta impostazione il dato reale, sociale e normativo dello stesso. Per superare queste difficoltà, furono avanzate delle opinioni che guardavano al lato oggettivo, ma che si dimostrarono presto prive di vero valore dogmatico.

In primo luogo si è guardato all’elemento patrimoniale e si è così sviluppata la tesi del “patrimonio allo scopo” (*Zweckvermögen*) secondo cui

⁷ Così, FERRARA, *La persone giuridiche*, op. cit., p. 21.

le persone giuridiche non sono che patrimoni destinati ad un determinato scopo che “*l'uomo, per istinto poetico di raffigurarli come simili a sé, considera persone*”⁸. Tale teoria palesa tuttavia presto i propri limiti posto che non appare ipotizzabile una soggettivazione di un patrimonio, ovvero non è immaginabile l'esistenza di patrimoni senza soggetto in modo permanente, sia perché solo uno specifico tipo di persona giuridica (che, come a breve vedremo, è costituita dalla fondazione) sorge in funzione della destinazione di un patrimonio ad un certo scopo (mentre le altre persone giuridiche sorgono a seguito del raggruppamento di più persone per il raggiungimento di una certa finalità ed un vero patrimonio può inizialmente anche mancare), sia, ancora, perché le persone giuridiche possono ben nascere ed esistere prima ancora che esista un patrimonio, per acquisirlo poi in un secondo momento.

Si è allora guardato all'elemento organizzativo, e si è detto che la persona giuridica è un' “*amministrazione allo scopo*”⁹. Anche questa tesi tuttavia è unilaterale e guarda limitatamente ad un solo aspetto del fenomeno, aspetto che d'altra parte non concerne il sorgere della persona giuridica e la ragione di soggettivazione, quanto piuttosto l'elemento concreto perché la persona giuridica funzioni e raggiunga i suoi scopi.

⁸ BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Deichert, Erlangen, 1884-1886, p. 279. L'Autore sostituiva appunto al concetto di persona giuridica quello di patrimonio destinato ad uno scopo e non appartenente a nessuno, precisando pur tuttavia che si era in presenza qui, più che di diversa specie di persona, piuttosto di una diversa specie di patrimonio. Analogamente, in Italia, ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967, p. 35 e BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 445 ss.

⁹ MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Festgabe für Paul Laband*, Bd. 1, S. 1, 1908, p. 16; ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, p. 43.

c) *Teoria organica o della realtà.*

Alla dottrina dominante della finzione è venuta presto a contrapporsi altra corrente che ha denunciato l'insussistenza delle conoscenze precedenti ed elaborato un nuovo ordine concettuale che legge in chiave di realtà ciò che per la predetta dottrina è finzione.

Se la prima teoria sorge dal presupposto che secondo i dati dell'esperienza persona è solo l'uomo, la seconda muove proprio dal superamento e dal ripensamento di questi stessi dati di partenza.

Nasce e si sviluppa, così, specialmente in Germania, ma con un successo che travalicò presto i confini nazionali per estendersi in Francia ed in Italia, l'idea che *“accanto delle persone fisiche esistono e sono riconosciuti dal diritto altri soggetti che non sono uomini e i quali vogliono, agiscono, perseguono fini a somiglianza di quelli”*¹⁰. Il legislatore non opera quindi alcuna finzione e nulla inventa, posto che detti organismi dotati di quelle stesse qualità che sono il presupposto della soggettività giuridica dell'uomo esistono effettivamente nella realtà sociale.

Questa è la teoria cosiddetta della realtà, ovvero teoria organica o, ancora, tesi antropomorfa della persona giuridica, il cui massimo esponente fu il giurista tedesco Von Gierke¹¹.

¹⁰ FERRARA SR, *Teoria delle persone giuridiche*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Fiore e continuato da Brugi, Napoli-Torino, 1915, p. 5. Cfr. sul tema la disamina svolta da GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca* a cura di Galgano, 2° ed., Bologna, 2006, p. 6.

¹¹ GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlino, 1887, p. 22 ss; e parimenti PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlino, 1889. La teoria gierkiana, come anzidetto, è stata oggetto di numerosi studi e sviluppi non solo in Germania: così, SALEILLES, *La personnalité juridique*, Parigi, 1922; VALERY,

Come Savigny, anche Gierke muove la propria analisi guardando al mondo sociale, ma in questo egli coglie una realtà più ricca di agenti: le persone fisiche, che hanno l'esistenza corporea degli uomini, sono dotate di capacità giuridica naturale e perseguono scopi individuali diretti al soddisfacimento dei propri interessi, il più delle volte non operano sole, ma sono inserite, per loro stessa volontà o per esigenze contingenti, in aggregazioni e gruppi che perseguono scopi più generali, ampi e durevoli. Per il raggiungimento di questi stessi scopi si richiedono dunque “*stabile cooperazione di forze, un’organizzazione di elementi economici e sociali capaci di spiegare un’azione ferma e duratura attraverso e future generazioni*”: in definitiva, gli enti collettivi, al pari degli individui separatamente considerati, sono una realtà innegabile del mondo delle relazioni umane, ai quali non può dunque non riconoscersi lo *status* di soggetto del diritto.

Le persone giuridiche sono dunque, per questo Autore, organismi naturali unitari ad autonomi; agli stessi erano riferibili volontà propria ed interessi “personali” propri, distinti da quelli delle persone fisiche dei membri. Il palesarsi del gruppo quale unico soggetto di diritto era concepito come il risultato della sua unificazione interiore, realizzata mediante l’adozione di un’organizzazione corporativa: in questa particolare forma di organizzazione interna del gruppo Gierke ravvisava quell’elemento capace di tradurre una pluralità di volizioni individuali in un’individualità affatto

Contribution à l'étude de la personnalité morale, in *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, Parigi, 1903, p. 23 ss., in Italia; si vedano, per esempio, GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1889, p. 17 e p. 42; EULA, *Persone giuridiche*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da D'Amelio, Libro I, Firenze, 1940; CALLEGARI, *Per la codificazione delle persone giuridiche, Osservazioni e proposte*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, p. 3 ss; FERRARA, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 603 ss.

nuova, dotata pertanto di una volontà propria ed autonoma¹².

Secondo questa impostazione il riconoscimento statale, necessario per l'acquisizione della personalità giuridica secondo la precedente dottrina, assumeva invece significato meramente dichiarativo di una personalità preesistente: con essa lo Stato si limita a prender atto dell'esistenza, che già vi è nella realtà pregiuridica, di queste viventi unità sociali¹³, connotate da un substrato reale.

d) Teorie "individualistiche" e teoria "normativa".

Anche questa ultima teoria, tuttavia, come la sua opposta sopra tratteggiata, appartiene ormai alla storia della scienza giuridica, essendo stata ben presto superata, quantomeno nella sua configurazione originaria. La critica maggiore (i cui principali esponenti furono già alla fine del secolo scorso il tedesco Jhering ed il francese Vareilles Sommieres e successivamente, ancora in Germania, Kelsen) muoveva dal rifiuto proprio del presupposto della concezione antropomorfa; il fingere che

¹² Cfr. sul punto quanto illustrato da GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca* a cura di Galgano, Bologna, 1967. La teoria organica trovò presto rapida diffusione e successo anche al di fuori della Germania. In Italia, si vedano le posizioni di BARILLARI, *Sul concetto della persona giuridica. Contributo alla teoria filosofica della persona giuridica*, op. cit., p. 7 ss. e VIVANTE, *La personalità giuridica delle società commerciali*, *Riv. dir. comm. industr. e marit.*, 1903, I, p. 1 ss., che scrive a difesa della piena personalità giuridica delle società commerciali (ad inizio secolo era ancora molto controversa) ed afferma che "*in quanto persona* (n.d.r. la società commerciale) *essa va per proprie vie, perseguendo durevolmente un proprio scopo, e cioè la realizzazione di questa grande funzione economica, anche quando i soci che concorsero a costituirsi si saranno dispersi o saranno morti ... La società è dunque una persona giuridica perché ha una volontà propria e in quanto è fornita di mezzi destinati conseguire il proprio scopo*".

¹³ Così, ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Vol. I, Milano, 1959, p. 242; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 6.

realmente esistano nella realtà sociale entità diverse dall'uomo ma ciononostante dotate delle analoghe qualità e connotazioni, appariva agli occhi di detti autori, inaccettabile: ciò per l'evidente considerazione che la volontà è fenomeno psichico e come tale riferibile solo all'uomo.

Secondo la teoria individualistica di Jhering¹⁴, essendo l'uomo individuale l'unico naturale soggetto di diritto (sia quando è considerato individualmente, sia quando è pensato come facente parte di gruppi e collettività), la persona giuridica non può che esser vista come "*soggetto apparente*" che nasconde i soggetti veri, ovvero gli uomini parte del gruppo.

La persona giuridica non è che uno strumento tecnico necessario per correggere la mancanza di determinazione dei soggetti, e la personalità giuridica in null'altro si risolve se non in un procedimento di semplificazione di rapporti, operata appunto mediante la creazione di una maschera, di un intermediario che funge da veicolo alle relazioni della collettività verso l'esterno.

Analogamente Vareilles Sommieres si esprime in termini di "regime personificante" e afferma che "*la persona giuridica non esiste che nell'immaginazione degli uomini, e questa persona immaginaria non può avere alcun diritto, né alcuna obbligazione*": "*i diritti e le obbligazioni, attribuiti in modo immaginario alle persone giuridiche, appartengono in realtà alle persone vere, giacché soltanto persone vere possono avere diritti ed obbligazioni*"¹⁵.

¹⁴ JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1891-1906, 5 ed., Vol. II, p. 518 ss.

¹⁵ VAREILLES SOMMIERES, *Les personnes morales*, Parigi, 1902, p. 147 e ss ; così pure PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Parigi, 1937, p. 262 e, in Belgio, LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3° ed., Bruxelles-Paris, 1878, p. 387, che afferma chiaramente "gli uomini soltanto sono persone, e solo essi hanno diritti".

Sviluppo immediato delle teorie individualistiche è la teoria cd. normativa di Kelsen. Dalla considerazione dell'inesistenza, nel mondo della realtà giuridica, di soggetti cui possano attribuirsi caratteri ed atteggiamenti umani, discenderebbe immediatamente e necessariamente l'inesistenza di altri soggetti di diritto che non siano uomini. Asserisce Kelsen che “*non può seriamente negarsi che azioni ed omissioni possono essere soltanto azioni ed omissioni degli esseri umani*”¹⁶.

La critica di Kelsen affronta direttamente i presupposti dell'impostazione gierkiana: la soggettività giuridica degli enti era stata da quest'ultimo concepita, sul piano del diritto, come manifestazione della loro somiglianza all'uomo nelle realtà pregiuridica; col negare, in questa stessa dimensione pregiuridica, azioni od omissioni che non siano azioni od omissioni di uomini, diviene ovvia la conclusione che solo gli esseri umani possono essere soggetti di diritto. Una tale presa di posizione si lega certamente con la particolare concezione del diritto propria dell'Autore: per Kelsen il diritto si riassume e estrinseca esclusivamente nella norma, e la norma altro non è che la proposizione che connette ad un comportamento umano (cioè di uomini) una conseguenza o una sanzione. Sotto questo profilo, quindi, solo l'uomo può essere soggetto di diritti e doveri, posto che l'ordinamento giuridico può imporre doveri e conferire diritti solo ad esseri umani, dato che solo il comportamento degli esseri umani può esser regolato dall'ordinamento.

Ne consegue che i diritti e doveri della persona giuridica possono essere solamente diritti e doveri delle singole persone fisiche dei membri della stessa (posto che, appunto, solo questi l'ordinamento giuridico può regolare), con il compromesso necessario che in detto caso essi posseggono i diritti ed i doveri “*in una maniera specifica, in una maniera*

¹⁶ KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traduzione curata Treves, Milano, 1952, p. 98.

*diversa da quella in cui posseggono i diritti ed i doveri senza essere membri della corporazione*¹⁷.

Il concetto di persona giuridica torna ad essere, dunque, agli occhi di quest'autore una mera finzione (o precisamente “*un parlare figurato*”¹⁸), di cui il giurista può decidere di avvalersi o meno a suo piacimento (ciò, tuttavia, senza venire a negare effettivamente la particolare utilità di detto concetto che viene per l'appunto definito “*ausiliario*” al pensiero giuridico).

Si attua quindi per Kelsen il primo superamento del concetto di persona giuridica, la quale cessa di esistere in sé e per sé ma permane solo quale espressione unitaria di un insieme di norme che regolano il comportamento di una pluralità di uomini. Anche per Kelsen, come per i sostenitori delle tesi individualistiche, gli obblighi ed i diritti della persona giuridica sono quindi né più né meno che obblighi e diritti degli uomini raggruppati in forma collettiva ed è l'ordinamento ad indicare quali uomini possono compiere azioni imputabili alla persona giuridica.

e) Teoria neo-finzionista o “della creazione da parte del diritto”.

A dispetto delle critiche kelseniane, la nozione di persona giuridica è comunque riuscita a sopravvivere, sviluppandosi in una nuova, più sofisticata, concezione di antropomorfismo, peraltro ancora oggi prevalente¹⁹: la persona giuridica ha sì in comune con l'uomo la qualità di soggetto, ma essa non opera nel mondo naturale, ma in un mondo puramente formale, dal quale anche l'uomo in sé e per sé considerato è straniero.

¹⁷ KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, op. cit., p. 71.

¹⁸ KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, op. cit., p.102.

¹⁹ FERRARA SR, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 32 ss.

Ecco che, quindi, se per la prima teoria di Savigny la categoria dei soggetti di diritto doveva dirsi eterogenea, comprendendo sia persone “naturalmente” tali sia persone “artificialmente” così qualificabili; se per la teoria strettamente organica di Gierke la categoria dei soggetti era omogenea nel senso che, senza finzione alcuna, vi appartenevano uomini ed entità dotate dei medesimi caratteri dell'uomo; se la teoria kelseniana rifiutava l'idea di attribuire personalità giuridica a soggetti diversi dagli uomini; l'ultima dottrina riconduce ad unità il concetto di persona giuridica facendo il percorso inverso, ossia ammettendo il carattere artificiale – ed unico – di qualsivoglia personalità, anche di quella umana. Detta impostazione – definita neo-finzionismo – afferma dunque che il concetto di personalità giuridica è comunque sempre una creazione giuridica: “*l'uomo non dalla natura, ma per via del diritto, è persona*”²⁰; “*egli è investito di diritti e obblighi*” in quanto “*è il punto di riferimento di diritti e doveri dell'ordinamento giuridico*”²¹; va di conseguenza bandita l'idea che la personalità sia congiunta con l'organismo corporeo e psichico dell'uomo e che quindi non possa trovarsi fuori di lui. Se la personalità altro non è che un prodotto dell'ordinamento giuridico, una situazione giuridica o uno *status* (che di per sé non implica quindi alcuna condizione di corporeità o spiritualità dell'investito), non v'è alcuno ostacolo perché lo stesso ordinamento giuridico non possa attribuire la medesima soggettività a uomini o enti diversi dall'uomo²².

²⁰ FERRARA SR, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 356.

²¹ FERRARA SR, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 32.

²² FERRARA SR, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 358 e ID, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 33. Per l'A., se è lo Stato che eleva a soggetto di diritto gli uomini (e che il concetto di “soggetto di diritto” sia prodotto dell'ordinamento è dimostrato dal fatto che la storia stessa ci mostra come spesso a taluni uomini sia stata negata, soppressa o ridotta la personalità), è lo stesso Stato che può attribuirlo a soggetti non uomini.

In questo modo, una tale impostazione supera in un solo momento sia la teoria della realtà che quella della finzione, imputando specie a quest'ultima l'errore di aver creduto che il diritto avesse voluto “*elaborare fittiziamente l'istituto delle persone giuridiche (enti collettivi) sugli elementi strutturali delle persone fisiche*”. La dottrina in parola ha precisato che “*il diritto, con l'introduzione dell'istituto della personalità giuridica degli enti collettivi, ha voluto ampliare la categoria generale dei soggetti giuridici, e non dei soggetti umani*”²³. La persona giuridica quindi non è una finzione, una maschera o una costruzione speculativa ma semplicemente una forma giuridica.

f) Teoria del diritto soggettivo.

Da questa ultima teoria è poi maturato un ulteriore sviluppo: muovendo dalla considerazione frutto della concezione di cui sopra per cui ogni soggettività è creazione artificiale dell'ordinamento giuridico, se ne deduce che l'uomo non è, non si identifica in ciò che per il diritto è la persona giuridica: la persona giuridica è solo la personificazione della norma, mentre l'uomo è non la persona fisica in sé ma il substrato della stessa, ovvero il presupposto di fatto che l'ordinamento deve prendere in considerazione²⁴.

Su questi presupposti una successiva corrente si è interrogata su quale fosse invece il substrato della persona giuridica, ricercandolo, un primo orientamento, nel solco delle idee gierkiane (dando rilievo ad organizzazioni collettive al cui interno l'uomo cessa di essere tale nella pienezza delle sue manifestazioni²⁵), un secondo, nell'esistenza di interessi

²³ FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 64.

²⁴ Per una chiara disamina di tale impostazione, cfr. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 11.

²⁵ SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto*

impersonali.

Precisamente, proprio il riconoscimento di diritti impersonali, per loro natura non riferibili all'uomo eppure ugualmente tutelati dall'ordinamento, legittimerebbe la possibilità di pensare a soggetti giuridici diversi dall'individuo²⁶.

La teoria che abbraccia questo assunto (nota come sviluppo della teoria del "diritto soggettivo", le cui premesse erano già sorte in precedenza²⁷) muove dal presupposto già espresso per cui il diritto non può per sua natura regolare altro se non il comportamento degli esseri umani, ma distingue all'interno della norma giuridica, un soggetto di azione - che necessariamente è l'uomo -, e un soggetto di interesse - che può anche non essere l'uomo.

Questa teoria muove dalla definizione di diritto soggettivo come "potere di volontà" precisando come la volontà non sia mai diretta ad un *quid* astratto: non si vuole astrattamente, ma si vuole sempre qualcosa, e questo qualcosa è ciò che serve agli scopi umani; è dunque un bene o un interesse. Perciò, diritto soggettivo è un potere di volontà diretto ad un interesse. La volontà serve per realizzare questo interesse e da ciò si trae che ovunque si rinvenga un portatore di volontà ed interesse, si ha per ciò stesso una persona, fisica o collettività, a seconda del tipo di interesse perseguito.

Con riguardo al "soggetto di interesse", quindi, è possibile operare la

privato, Milano, 1968, p. 4.

²⁶ BASILE-FALZEA, *Persona giuridica (dir. Priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1969, p. 264 ss.

²⁷ Tra i maggiori esponenti di tale teoria si ricordino: BERNATZIK, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 1901, p. 23 ss.; JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, e in Italia, ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928.

suddetta bipartizione tra interesse personale ed interesse impersonale: il primo sarebbe il substrato della persona fisica e il secondo quello della persona giuridica, la quale viene ad esser dunque concepita come centro di imputazione di interessi appunto “impersonali”, o, più tecnicamente, di interessi “personali” ma del soggetto astratto, con nuova conferma sotto nuova luce della teoria organica. Precisamente, la teoria gierkiana viene contestata nella parte in cui riconosce un alla persona giuridica la capacità di esprimere una propria volontà, ma viene invece confermata nella parte in cui si riconosce la realtà della stessa persona giuridica, la cui giustificazione è identificata proprio nella esistenza di detti interessi impersonali.

La tesi in oggetto, tuttavia, si scontra con un limite intrinseco ed empirico nel momento in cui la presenza di un interesse impersonale è elevata a condizione “necessaria-sufficiente” per l’esistenza stessa della persona giuridica²⁸, quando invece è innegabile la presenza anche di interessi impersonali non entificati in persone giuridiche e, specularmente, persone giuridiche prive di interessi impersonali propri (si pensi, ad esempio, alle società controllate rispetto alla *holding*, ovvero alle srl unipersonali). La tesi *de qua*, quindi, finisce per mostrarsi quantomeno riduttiva, posto che deve invece ammettersi che il concetto di persona giuridica denota possibilità applicative che vanno ben oltre la sfera degli interessi impersonali.

3. Le più recenti teorie “revisioniste” e le teorie moderne.

Sulla base delle teorie “tradizionali” sin qui brevemente illustrate, ne sono state formulate delle ulteriori con la velleità di chiarire l’annoso e

²⁸ BASILE-FALZEA, *Persona giuridica (dir. Priv.)*, op. cit., p. 266.

complesso problema della natura della persona giuridica.

Di tali nuove teorie, talune si riallacciano alle tesi più tradizionali, pur modificandole, perfezionandole ed adattandole a nuovi concetti ed alle nuove normative, altre (le più recenti) sono invece dovute a giuristi di nuova generazione, le cui conclusioni tuttavia non differiscono poi così molto rispetto a quelle cui erano giunte le predette tesi di vecchia generazione²⁹.

Un gruppo di posizioni recenti si ricollega alla teoria tradizionale individualistica e sviluppa principalmente il pensiero di Kelsen.

Questa impostazione ha avuto il merito di chiarire e precisare taluni aspetti tratti da quelle teorie tradizionali, rilevando anch'esse le difficoltà di concepire entità diverse dall'uomo come soggetto di diritti ma sul presupposto per cui il superamento delle tesi gierkiane non può e deve portare alla negazione dell'esistenza di soggetti diversi.

Arangio-Ruiz, a titolo esemplificativo, concorda con il Kelsen ammettendo che nel mondo reale solo l'uomo può dirsi persona, ma non condivide l'idea che nega in senso assoluto alla persona giuridica un fenomeno di soggettività. Precisamente, per questo autore, *“la soggettività dell'ente si presenta in funzione giuridicamente strumentale rispetto a situazioni di individui”, “ma ciò non toglie che esse situazioni presentino le caratteristiche giuridiche delle situazioni soggettive riferite ad un centro a se stante di imputazione...”*³⁰.

La *ratio* di queste tesi, che pur negandone l'esistenza nella realtà fenomenica, reclamano la cittadinanza delle persone giuridiche nel mondo

²⁹Si veda sul punto la disamina offerta da TAMBURRINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, II ed., Torino, 1997, p. 59 ss.

³⁰ ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Vol. I, Milano, 1951, p. 91.

dell'esperienza giuridica³¹, risiede essenzialmente in un'esigenza di ordine logico, che l'autore esprime in questi termini: “*nessuna situazione giuridica facente capo all'ente morale si potrebbe ragionevolmente risolvere in una situazione individuale identica o in una serie di situazioni individuali dello stesso tipo o su parti dello stesso oggetto (quote), perché le situazioni individuali sono diverse sia nel senso che non sono dello stesso tipo, sia nel senso che non corrispondono a quote della situazione facente capo all'ente*”³².

Sviluppando tale teoria si giunge a ritenere che l'*universitas* non può venire scomposta nei *singuli* fino a dissolversi in essi, perché essa riveste posizioni che non si riflettono semplicemente in capo ad essi: così all'*universitas* non corrisponde la somma di un debito, di un credito o di una proprietà dei singoli, ma qualcos'altro, di talché quest'ultimi non sono i veri soggetti delle posizioni ascritte a quella; per evitare che tali situazioni restino sospese occorre ammettere che esse sono imputate alla persona giuridica³³. Alla base di queste considerazioni sta l'idea che l'esistenza della persona giuridica sia postulata proprio dalla stessa disciplina normativa del gruppo, le cui situazioni giuridiche non parrebbero spiegabili se non ipotizzando che il gruppo costituisca un soggetto distinto.

Ma di questa impostazione taluno ha voluto mettere in discussione il fondamento stesso e ritenere che non si tratti di soggetti di diritto diversi cui adattare le norme relative ad analoghe situazioni giuridiche, ma che, a seconda di quale sia il soggetto di diritto, muti sostanzialmente la disciplina stessa. Ci si è spinti a ritenere, allora, che quando si è in

³¹ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 13.

³² ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, op. cit., p. 94.

³³ D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi per Ascarelli*, Milano, 1969, p. 68 nonché volume autonomo, Padova, 1989, p. 12 ss.

presenza di un gruppo riconosciuto di persone, diverso non sia il soggetto cui imputare i rapporti giuridici; diverso sarebbe il contenuto stesso di quegli stessi rapporti facenti capo ai membri.

Riprendendo il concetto di Arangio-Ruiz allora, il diritto di proprietà o l'obbligazione dei membri avrebbe essenzialmente natura diversa da quella delle persone fisiche.

L'intera materia si sposterebbe dunque dalla sua tradizionale collocazione nella teoria dei soggetti di diritto per trasmigrare in una sorta di disciplina speciale dei rapporti giuridici posti in essere dall'ente³⁴.

Ma, prosegue detta tesi, posto che per il nostro ordinamento costituisce un ostacolo insormontabile negare l'unità del concetto di proprietà od obbligazione, per non rinunciare ad esso, si devono necessariamente creare astratti soggetti di diritto, ai quali imputare così i rapporti giuridici corrispondenti all'unitario concetto di proprietà o obbligazione: questa sarebbe la giustificazione, nella dogmatica giuridica, del concetto di persona giuridica: *“esso vale ad occultare l'esistenza di discipline speciali; è lo strumento concettuale che permette di ricondurre agli schemi del diritto comune la speciale disciplina di cui, in deroga al diritto comune, il legislatore assoggetta i membri del gruppo”*³⁵.

Una siffatta impostazione finisce per considerare lo schermo della persona giuridica come la concessione legislativa di alcuni privilegi e deroghe al diritto comune ai suoi membri. Di qui la critica che denuncia gli abusi che una siffatta teoria può comportare con lo sviluppo della teoria del “superamento dello schermo della personalità giuridica”. In ragione di ciò sarebbe consentito al giudice, quando lo schermo della persona sia abusato dai membri della stessa per finalità illecite, “svalutare la separazione tra membro e corporazione” e riportare, utilizzando in senso

³⁴ Cfr. sul punto quanto riportato da GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 16.

³⁵ Così spiega detta tesi il GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 19.

opposto a quanto insegnato dalle prime teorie di Savigny, lo schema della *fictio iuris*: i diritti e gli obblighi finalmente riconosciuti come propri della persona giuridica vengono, in queste determinate situazioni di iniquità, nuovamente imputati ai singoli membri³⁶.

Dinnanzi a questo scenario variopinto di tesi ed antitesi, per giungere a tirar le somme, pare allora necessario ricercare un'impostazione che offra un cambio di prospettiva³⁷.

In questo senso il nodo della questione non deve più esser quello di definire cosa le persone giuridiche siano, ma piuttosto determinare “le condizioni d'uso della persona giuridica”³⁸.

La persona giuridica smette in questo modo di presentarsi come uno “schermo” che il diritto avrebbe interposto tra i membri del gruppo ed i terzi, e che solo in ragione di motivi di equità e di contrasto agli abusi sarebbe consentito superare. Essa cessa di apparire quale realtà del mondo reale, equiparabile all'uomo, per tornare ad essere strumento del linguaggio giuridico, infungibile per esprimere una complessa disciplina di rapporti intercorrenti tra le persone fisiche dei suoi membri³⁹.

La recente impostazione ora prospettata, muove e supera quelle tesi per cui il concetto giuridico doveva esser letto come mero strumento

³⁶ In tale senso, SERICK, *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*, Berlin, 1955, p. 220 ss., per il quale “sebbene la persona giuridica sia, di regola, soggetto nettamente distinto dai suoi membri, la sua soggettività deve tuttavia, in singoli casi e sotto certe condizioni, esser messa da parte”.

³⁷ Si richiama sul punto la teoria cd. “riduttiva” prospettata da GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 3 ss.

³⁸ SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1966, p. 115.

³⁹ GALGANO, voce: *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Vol. 1, in *Trattato di diritto civile*, Padova, 2008, p. 194.

linguistico destinato ad agevolare l'esposizione del diritto⁴⁰ ovvero come "idea" del legislatore⁴¹.

Secondo questa più moderna e raffinata dottrina, l'idea della persona giuridica torna ad essere la speciale disciplina che la legge ha previsto per i membri di determinati gruppi. La soggettività delle persone giuridiche è dunque oggi fondata su basi normative: che si tratti di un soggetto nuovo, distinto dalle persone e dai patrimoni delle persone fisiche si evince non per costruzione dogmatica, ma per le regole codicistiche attinenti alla struttura e al regime giuridico. E "abusare" della personalità significa solo sfruttare illegittimamente l'interposizione dello schermo della persona giuridica in situazioni diverse da quelle che ne autorizzano l'applicazione, oltre i limiti nei quali era stata pensata.

Pertanto, in una prospettiva che rende ancora più chiaro il distacco tra i singoli e l'ente di appartenenza, si sottolinea ancor più marcatamente la differenza tra soggetto e persona, il primo autore materiale dei comportamenti poi disciplinati dalle norme giuridiche, la seconda (sia essa un ente collettivo ovvero una persona fisica), centro di imputazione di situazioni giuridiche delle quali diviene titolare.

Una ricostruzione di questo tipo consente infine di considerare la persona giuridica come appartenente al più ampio *genus* di persona senza attuare una netta separazione tra quella fisica e quella giuridica e sottolineando come in entrambe il procedimento di imputazione degli atti posti in essere

⁴⁰ Esaminando il quale si vede come i rapporti imputati alla persona giuridica vengono a risolversi o "ridursi" in rapporti imputati agli associati.

⁴¹ SCALFI, *Persone giuridiche*, (dir. civ.), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIII, per il quale, precisamente, la persona giuridica non è solo l'espressione riassuntiva (*nomen*) di una disciplina normativa facente sempre capo agli esseri umani, ma è un'idea del pensiero che caratterizza una particolare posizione dei componenti delle formazioni sociali rispetto agli interessi e ai beni di cui si tratta.

comporti il riferimento a norme di organizzazione⁴².

4. La capacità delle persone giuridiche.

Le disquisizioni teoriche sul concetto di personalità si ripercuotono anche sul terreno pratico in tema di capacità. Ed infatti, originariamente, la questione relativa alla capacità delle persone giuridiche veniva fatta dipendere dalla concezione realistica o finzionistica che si riteneva di abbracciare.

⁴² Seppur presentata come “ultima”, corre l’obbligo di segnalare che anche questa impostazione dottrinarica ha già subito critiche ed evoluzioni. Da un lato una parte della dottrina ha ritenuto che di fatto gli sviluppi “moderni” alle teorie classiche si siano in realtà dimostrati virtuosismi inadeguati e ha optato per il ritorno sui concetti più tradizionali (v. PELLIZZI, *Il realismo e l’inquietudine del giurista (a proposito di soggettività giuridica)*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, p. 559 ss.). Altra dottrina (cfr. TAMBURRINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, op. cit., p. 71 ss. dopo aver esposto un’attenta panoramica delle tesi moderne siccome sopra brevemente riepilogate e chiarito le proprie ragioni di critica nei confronti delle stesse, giunge a dare una diversa soluzione della problematica. Questo Autore conclude col ritenere che la persona giuridica altro non sia che un ente collettivo esistente nella realtà sociale, tutelato dal diritto con l’attribuzione della personalità giuridica in guisa da farne un vero soggetto di diritto, una persona che si pone accanto e distintamente all’individuo o persona fisica. E di fronte alle problematiche di “abuso” della personalità, la questione diverrebbe meramente interpretativa. Trattandosi di un concetto e di una nozione reali, secondo questo Autore, al pari di tutti i casi di applicazione di un determinato istituto, l’interprete dovrà stabilire in quale categoria rientri la fattispecie concreta sottoposta al suo esame e soprattutto se quel determinato ente o gruppo o organismo presenti o meno le caratteristiche minime essenziali di persona giuridica. Peraltro, lo stesso autore, contesta la stessa terminologia di “abuso”. A suo parere non vi sarebbe abuso nell’applicazione della disciplina della persona giuridica anche laddove della stessa non andrebbe fatta applicazione, dal momento che al più occorrerebbe parlare di errore di interpretazione e di applicazione delle norme.

L'adesione alla teoria della finzione portava ad attribuire alla persona giuridica una capacità quanto mai limitata⁴³; in tali termini lo stesso Savigny negava tra l'altro alle persone giuridiche, in quanto soggetti "artificiali", la capacità di commettere fatti illeciti⁴⁴.

In senso contrario, la teoria organica, ravvisando nella persona giuridica un'entità unica e vivente già nella realtà fenomenica, conduceva necessariamente alla conclusione di attribuirle una capacità piena e completa, che si estendeva a tutti i rapporti giuridici che non avessero come presupposto indispensabile e naturale la persona fisica.

E' stato attentamente osservato⁴⁵ che la questione della capacità non dipende dai presupposti teorici, ma si riduce sempre e comunque ad una questione di diritto positivo, e secondo il nostro ordinamento, per principio, alle persone giuridiche va riconosciuta una capacità giuridica senz'altro piena, ma parametrata al significato che detta capacità assume in rapporto alle organizzazioni collettive. Trattasi quindi di una capacità che si estende ad ogni campo, salvi quei limiti che derivano dalla loro stessa qualità di enti ideali privi di fisicità.

Più correttamente: le persone giuridiche sono vere e capaci. Si attua per l'effetto dell'ordinamento una parificazione tra la capacità della persona fisica e quella della persona giuridica (salvo il limite predetto) nel senso che la legge conferisce all'ente una capacità corrispondente a quella riconosciuta all'uomo. Ma ciò, si ripeta non può spingersi fino a negare ogni forma di diversità posto che vi sono diritti che innegabilmente presuppongono un substrato corporeo ed una fisicità non accessibili alle

⁴³ In tali termini, si consideri che il diritto francese portava a riconoscere alla persona giuridica una capacità strettamente confinata a quanto necessario per il raggiungimento dei suoi scopi e nulla più.

⁴⁴ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, op. cit., p. 316 ss.

⁴⁵ FERRARA SR, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 301.

persone giuridiche.

Così, come ovvio, le persone giuridiche non possono contrarre matrimonio o far testamento, essere interdette o aver rapporti personalissimi: tali attività son loro “naturalmente inaccessibili”⁴⁶. Tuttavia pure fuorviante sarebbe credere che la capacità delle persone giuridiche si limiti alla mera attività patrimoniale, poiché vi sono in realtà una serie di rapporti di natura personale – tra cui gli stessi diritti di personalità – che certamente competono agli enti collettivi.

Viceversa, a questi stessi enti sono propri taluni rapporti di natura speciale che non trovano corrispondente applicazione negli individui, come quelli che attengono alla struttura corporativa interna. Inoltre, l’ordinamento si comporta anche con riferimento ai diritti comuni alle due figure in maniera diversa a seconda che si riferisca a persone fisiche o giuridiche, assoggettando queste a particolari limitazioni o protezioni ignote alle prime⁴⁷.

Questo pertanto il risultato cui può giungersi: le persone giuridiche godono di principio di una capacità giuridica generale che trascende la sfera del patrimonio e penetra altresì nel diritto personale e nel diritto pubblico, salvo le limitazioni imposte ad esse dal diritto obiettivo o che derivano dalla specifica natura dei rapporti interessati.

Per entrare nel cuore della questione e dimostrare la piena capacità giuridica degli enti collettivi, Galgano⁴⁸ muove dalla disamina della titolarità in capo ad una persona giuridica dei diritti della personalità: che anche le persone giuridiche siano titolari del diritto all’onore e alla reputazione e che quindi ben possano essere, a titolo esemplificativo, soggetti passivi del reato di diffamazione, è assunto ormai pacificamente

⁴⁶ FERRARA SR, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 302.

⁴⁷ FERRARA SR, *ibidem*.

⁴⁸ GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. 1, III ed., Padova, 1999, p. 198 ss.

riconosciuto. E per avvallare tale conclusione, per affermare che l'ente può risentire dell'offesa alla sua reputazione, si è ben rilevato come non occorra necessariamente aderire ad una concezione antropomorfica della persona giuridica. E' innegabile infatti che si utilizzino nei casi ora immaginati relativamente alle persone giuridiche metafore, ma è altrettanto innegabile che queste metafore risultino di fatto indispensabili per rappresentare un accadimento oggettivamente reale ma che necessariamente viene descritto in modo figurato.

In altri termini, non può negarsi che al di là della metafora altro non c'è che la "reputazione" delle singole persone fisiche che compongono l'organizzazione collettiva o che agiscono per essa. E quando si afferma che è stata offesa la reputazione di quell'ente, non altro si vuole affermare se non che i membri di quell'ente sono stati offesi collettivamente, nella loro qualità di membri del gruppo e non in altre qualità estranee al rapporto associativo, ovvero come singoli. E nella stessa qualità di membri collettivi verranno avviate le iniziative processuali adeguate.

Il nocciolo della questione sta, quindi, semplicemente nel riconoscere l'esistenza, in capo alle persone dei membri, di una forma ulteriore che il diritto all'onore può assumere: un diritto la difesa del quale è regolata dalle norme di organizzazione riassunte nella nozione di persona giuridica. E lo stesso vale per ogni altro diritto, come già si è accennato con riferimento alla proprietà o alle obbligazioni⁴⁹, considerando peraltro che riguardo alle persone giuridiche acquistano importanza accanto alle leggi anche le consuetudini di diritto pubblico, che concorrono a delineare la posizione giuridica di talune corporazioni o istituzioni.

Ne risulta che la capacità delle persone giuridiche non si mostra mai uniforme ed uguale e, pur essendoci un regime comune che vale per tutte,

⁴⁹ Cfr. *infra*, questo capitolo, paragrafo 3, punto *f*.

esso è costantemente turbato da eccezioni e deviazioni, riscontrandosi persone giuridiche per le quali la capacità riconosciuta dall'ordinamento è più elevata ed estesa ed altre per le quali la stessa è più ristretta o limitata al perseguimento di un fine.

Quindi nello studio della fisionomia giuridica di ciascun ente dovrà aversi riguardo alle leggi e agli usi speciali che eventualmente la contemplano ed in difetto ricorrersi all'ordinamento tipico di capacità attribuito a tutte⁵⁰, ma letto per il tramite della diversa lente data dalla persona giuridica.

E' proprio questo giunge per essere il senso della rappresentanza organica di cui oltre si dirà: la teoria della capacità giuridica e d'agire della persona giuridica, infatti, si intreccia necessariamente con quella della rappresentanza, nel senso che ci troviamo qui di fronte ad una speciale disciplina (speciale rispetto a quella generale della rappresentanza) che è appunto riassunta nella nozione di persona giuridica e che produce in capo alle organizzazioni collettive un risultato che la comune rappresentanza non può mai ottenere, ovvero l'imputazione integrale dell'atto alla persona giuridica⁵¹.

E' questo speciale rapporto che viene contrapposto alla rappresentanza volontaria che caratterizza la rappresentanza organica e consente appunto di imputare alla persona giuridica tutti gli stati soggettivi dell'organo, come il dolo, la colpa, la mala fede.

Ma di tali aspetti ci si occuperà oltre.

⁵⁰ FERRARA, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 303.

⁵¹ Per i riferimenti dottrinari e le critiche a tale impostazione si rinvia al Capitolo secondo.

5. Le persone giuridiche “tipiche” del Libro Primo. Associazioni e fondazioni: caratteri comuni e caratteri distintivi.

Tanto premesso in via generale sul concetto di persona giuridica, veniamo ora all'individuazione delle specifiche figure appartenenti alla categoria in esame.

Il Titolo II del Libro Primo del Codice Civile regola nei Capi I e II (integrati dai d.p.r. 361/2000 e dagli articoli 3-21 delle disp. att.) due tipi di enti forniti di personalità giuridica, le associazioni e le fondazioni.

Il maggior numero delle norme previste nel titolo in questione è comune ad entrambe le figure, anche se vi sono talune disposizioni esclusive per le fondazioni, dati gli elementi distintivi e caratteristici che la contraddistinguono.

Il capo III del medesimo titolo si occupa invece delle associazioni non riconosciute e dei comitati, di cui non ci occuperemo in questo lavoro.

La differenza tra associazioni e fondazioni è presupposta ma non formulata né nell'originario art. 12 c.c. né in altra previsione del codice: si tratta pertanto di una distinzione cui si è giunti in sede di elaborazione dottrinale, basandosi soprattutto sul nucleo di norme dettate in via esclusiva per le associazioni a fronte di quelle dettate per le fondazioni⁵².

Ma prima di addentrarci nei tratti distintivi, è da valorizzarsi il sostrato comune⁵³.

Ad avvicinare tali tipi di enti, seppure nella diversità dei tratti tipici, è la circostanza che si tratta comunque di enti privati senza scopo di lucro,

⁵² VITTORIA, *Gli enti del Libro Primo del codice civile*, in AA.VV., *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di Rescigno, Padova, 1989, p. 47.

⁵³ Per un quadro generale si rinvia, *ex plurimis*, a GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 80 ss.; D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, op. cit., p. 52 ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 39° ed, Padova, 1999, p. 110 ss.

elemento questo che contraddistingue le persone giuridiche qui contemplate dalle società regolate dal Libro Quinto.

Nella storia del diritto, il concetto di persona giuridica è stato tradizionalmente legato molto più frequentemente a quello di associazione/corporazione piuttosto che a quello di fondazione/istituzione. Anzi, con pressoché esclusivo riferimento all'associazione la dottrina moderna parlò di “paradigma” rispetto all'intero settore degli enti organizzati⁵⁴, tanto che nell'epoca intermedia era addirittura totalmente mancata un'autonoma considerazione dottrinale del fenomeno oggi conosciuto come fondazione.

Di associazione infatti, in assenza di definizione codicistiche o comunque legislative, si parlava nei termini generali di un'organizzazione collettiva, caratterizzata da una pluralità di organi, aperta a successive adesioni e che assumeva rilevanza esterna. La stessa veniva collocata nel novero dei contratti, trattandosi di formazione sociale che prende vita da un atto di autonomia contrattuale ed essendo il rapporto che si instaura tra gli associati un rapporto appunto formalmente contrattuale.

Fu solo all'inizio del secolo scorso che la dottrina cominciò ad individuare all'interno del più vasto concetto della persona giuridica le due figure contrapposte. Si formulò così per la prima volta quel criterio - poi rimasto celebre - che definiva le associazioni quali *universitas personarum*, e quindi un insieme di persone riunite appunto da un vincolo contrattuale per il perseguimento di uno scopo comune, e le fondazioni quali *universitas bonorum*, e quindi un complesso di beni raggruppati per il perseguimento di uno scopo⁵⁵.

⁵⁴ D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969, p. 243 ss. e ID, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989, p. 52.

⁵⁵ HEISE, *Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts*, Heidelberg, 1807, p. 25.

Con l'evoluzione della scienza giuridica in materia ci si rese conto che in realtà la distinzione andava correttamente riletta in termini di *prevalenza*: nell'associazione si riscontra la prevalenza dell'elemento personale rispetto a quello patrimoniale, e viceversa delle fondazione⁵⁶, la quale cessava di esser vista propriamente come un mero patrimonio destinato ad uno scopo, ma piuttosto comunque un'organizzazione collettiva, parimenti formata da esseri umani, che si avvale di un patrimonio il quale viene destinato unicamente al perseguimento di un fine specifico. Una tale dottrina, che poneva l'attenzione anche per le fondazioni sull'organizzazione soggettiva oltre che su quella materiale, nasceva come corollario alla rinata attenzione per la concezione organica della persona giuridica: tanto le fondazioni quanto le associazioni, allora, si palesavano quali organizzazioni di uomini, rispetto alle quali il patrimonio costituiva mero mezzo di perseguimento dello scopo.

La distinzione cessò, quindi, di esser posta in termini eterogenei per esser invece ricercata all'interno di una categoria comunque omogenea ossia quella delle organizzazioni collettive, le quali possono dunque assumere le contrapposte figure di associazione e fondazione.

In senso lato, quindi, per definire il genere rispetto al quale associazioni e fondazioni costituiscono due mere *species* distinte, si è utilizzato altresì il concetto di formazione sociale, o più tecnicamente di "istituzione".

Tale termine, nel senso di definizione comune ad ambo le figure in esame, si rinveniva nello stesso codice civile laddove all'art. 12, oggi abrogato, menzionava le associazioni, le fondazioni e le "altre istituzioni di carattere privato".

Con tale termine si voleva generalmente indicare ogni manifestazione

⁵⁶ Per tutti si veda TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, op. cit., 1999, p. 110 che appunto puntualizza trattarsi di prevalenza e non di esclusione "*perché l'elemento personale non è escluso nelle istituzioni e pure le associazioni hanno un patrimonio*".

della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo, ovvero, ogni forma di stabile organizzazione collettiva attraverso la quale vengono perseguiti scopi superindividuali.

Il diritto di riunirsi in istituzioni così definite trova peraltro fondamento nella stessa Costituzione, che riconosce e garantisce ampiamente la libertà associativa agli artt. 2, 18, 19 e 2 Cost.

L'impiego di questo termine tuttavia non deve trarre in inganno circa la vera natura del fenomeno che si sta esaminando, la quale resta per l'appunto, in ambo i casi, di natura negoziale.

Associazione e fondazione rappresentano, infatti, entrambe, forme di espressione di autonomia negoziale. L'una e l'altra nascono da un negozio giuridico, ma se per le associazioni tale negozio si sostanzia nel contratto associativo, come anzi detto, per le fondazioni questo riposa nell'atto di fondazione.

L'attività posta al fine di realizzare lo scopo (voluta comunemente dagli associati o assegnata dal fondatore) è attività meramente esecutiva dei rispettivi negozi.

Trattasi in ambo i casi, quindi, di quello che potrebbe esser definito come "negozio di organizzazione", ossia di negozio giuridico l'esecuzione del quale implica la costituzione di una struttura organizzativa⁵⁷.

Questa la base comune che ha consentito per la maggior parte delle disposizioni codicistiche una indifferenziata formulazione per associazioni e fondazioni.

Appurato tale fondamento comune, differenze tra l'una e l'altra figura sono comunque ben marcate ed essenzialmente riconducibili ad un duplice ordine: la diversa natura del negozio costitutivo di cui si diceva (e

⁵⁷ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 83; nello stesso senso, ASCARELLI, *Consorzi volontari fra imprenditori*, Milano, 1936, II ed., p. 36 ss.

quindi la struttura), da un lato, e la diversa esecuzione di quello stesso negozio (e quindi il funzionamento), dall'altro⁵⁸.

L'atto costitutivo della associazione, infatti, è sempre un contratto, e precisamente un contratto associativo tra più persone; l'atto costitutivo della fondazione rimane invece sempre e comunque (a prescindere quindi dall'ipotesi che ci si trovi innanzi ad una fondazione formata da una sola persona o da una fondazione costituita da una vera moltitudine – come accade con le fondazioni costituite per pubbliche sottoscrizioni) un atto unilaterale: unico negozio unilaterale quando il fondatore è unico; pluralità di negozi unilaterali quando si tratti di fondazione costituita da più persone.

Dette differenze inerenti alla fase costitutiva trovano conferma e sviluppo, si è detto, anche in quella esecutiva.

Ed infatti, nella fondazione, il fondatore non partecipa all'esecuzione dell'atto di fondazione. Egli si priva in maniera definitiva del patrimonio che destina allo scopo e non concorre, come invece fanno la parti del contratto associativo, alla sua amministrazione.

L'associazione, al contrario, rimane anche nella fase esecutiva un organismo interamente dotato ed animato da una propria volontà, il quale come decide la sua costituzione, così regola la sua vita ed il suo scioglimento. Ora, è pur vero, come oltre si spiegherà, che diverse saranno le modalità di ingerenza e di partecipazione dell'associato nella gestione della associazione⁵⁹, ma anche negando un diretto diritto e potere di concorso nella gestione in capo a ciascun associato, comunque ad ognuno spetta senz'altro il potere di influire, almeno indirettamente, sul

⁵⁸ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 83; FERRARA, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 131.

⁵⁹ Sul punto si veda quanto si dirà in merito ai limitati poteri dell'assemblea rispetto all'effettiva gestione spettante agli amministratori.

suo svolgimento.

Se dunque all'esecuzione del contratto di associazione partecipano e provvedono, sia pure con modalità diverse a seconda dell'ente, quelle stesse persone che hanno partecipato alla sua costituzione, l'esecuzione del negozio di fondazione è di fatto affidata a persone del tutto diverse dal fondatore, ovvero in tutto e per tutto, senza mediazione alcuna, gli amministratori della fondazione.

Sono comunque tali amministratori che sia nelle fondazioni che nelle associazioni rappresentano la parte personale dell'ente: entrambe quindi rimangono "organizzazioni di uomini".

La posizione di detti amministratori tuttavia è assai differente nelle associazione piuttosto che nelle fondazione.

Senza addentrarci ora in concetti che verranno in questo lavoro sviscerati più oltre, si anticipa solo che per l'associazione si è parlato di organi dominanti, laddove per la fondazione si son individuati organi serventi. Il perseguimento dello scopo rappresenta per gli amministratori della fondazione l'esecuzione di un ufficio, nel cui esercizio sono vincolati allo scopo imposto dal fondatore⁶⁰.

Volendo conclusivamente ritratteggiare i caratteri tipici delle persone giuridiche "tipiche" del Libro Primo abbiamo quindi che:

- si ha associazione quando ci trova al cospetto di un ente costituito da una collettività di individui volontariamente riunitisi per raggiungere uno scopo superindividuale e collettivo comune a tutti, i cui dati caratteristici sono dati da: un elemento soggettivo preponderante, costituito dalla presenza, sin dall'origine, di una collettività di persone; un elemento teleologico costituito dal fine o dallo scopo comune a tutti gli associati, collettivo e superindividuale, il cui perseguimento rappresenta la ragion

⁶⁰ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 85. V. anche PUGLIATTI, *Gli istituti di diritto civile*, Milano, 1943, p. 114 ss.

d'essere dell'associazione; un elemento oggettivo, rappresentato dall'attività esercitata; un elemento patrimoniale, costituito dai contributi versati dai singoli e distinto dal patrimonio dei singoli associati; un elemento organizzativo, dato dalla struttura interna, dagli organi e dalla disciplina dettata per la gestione e per la rappresentanza dell'ente; un elemento volontario, costituito dall'esercizio della piena libertà di associazione;

- si ha fondazione, invece, allorquando ricorrano detti requisiti: l'attribuzione in via diretta o indiretta di un patrimonio per il raggiungimento di uno scopo; l'esistenza di una collettività (anche non originaria); un elemento oggettivo dato dall'attività svolta per il perseguimento dello scopo; la necessità di un'organizzazione; un elemento teleologico; un elemento volontario.

6. Le persone giuridiche del Libro Primo e le società: lo scopo ideale non lucrativo come elemento distintivo.

Fermo quanto sopra illustrato, la nozione di formazione sociale o istituzione è di fatto molto più estesa del mero concetto di associazione o fondazione, posto che giunge invece comprendere tanto le organizzazioni collettive volontarie (quali le associazioni e le società, che vengono costituite o alle quali si aderisce per libera scelta dei membri), quanto le organizzazioni collettive necessarie (quali gli enti pubblici territoriali o la stessa famiglia).

Nell'ambito poi dei contratti di tipo associativo, la categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo e con organizzazione costituita per l'attuazione del contratto sociale è estremamente vasta e comprende oltre alle associazioni in senso stretto siccome disciplinate dagli artt. 12 e ss. c.c. , i diversi tipi di società, i consorzi, etc.

Ora, l'associazione propriamente detta si distingue rispetto alla vasta categoria cui accede per taluni caratteri propri e peculiari, come sopra accennati, i quali non derivano da una definizione legislativa, che come si diceva è mancante (mentre il codice definisce espressamente la società e il consorzio, nessuna definizione, come anzidetto, è offerta relativamente agli enti del Libro Primo), ma si desumono per astrazione dalle norme specifiche che regolano le associazioni riconosciute e non⁶¹.

Così, aggiungendo un ulteriore particolare qualificante alla definizione sopra data, l'associazione (e del pari la fondazione) è innanzitutto l'organizzazione collettiva costituita per il perseguimento di uno scopo di natura ideale o, in ogni caso, non economico. Tale carattere risulta esser presupposto dalla disciplina legislativa.

E' infatti norma comune alle associazioni riconosciute e a quelle non riconosciute (di cui a breve si dirà) che "gli associati, che abbiano receduto o siano stati esclusi o che comunque abbiano cessato di appartenere all'associazione, non possono ripetere i contributi versati e non hanno alcun diritto sul patrimonio dell'associazione" (art. 24, 4° co., c.c. e parimenti art. 37 c.c.) così come in fase di scioglimento, eventuali beni residui, in assenza di apposite disposizioni dello statuto o di deliberazioni assembleari, vengono attribuiti su istanza dell'autorità governativa ad altri enti aventi fini analoghi (art. 31), conclamando l'assenza di alcun diritto da parte dell'associato alla restituzione del proprio apporto.

Sotto questo profilo netta è la distinzione tra associazioni (e parimenti gli altri enti del Libro Primo) e società lucrative, che invece perseguono il fine ultimo della divisione degli utili realizzati mediante l'esercizio di un attività economica, e rispetto alle società cooperative il cui scopo

⁶¹ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, op. cit., p. 213.

mutualistico, quand'anche diverso da quello lucrativo, rimane di natura economica.

Nelle società dell'uno e dell'altro tipo, infatti, il conferimento del socio si configura quale "conferimento di capitali", per effetto del quale il socio, oltre al diritto alla divisione degli utili o alle altre forme di fruizione dei risultati dell'impresa, matura il diritto altresì al rimborso del conferimento. Nelle associazioni, invece, viene meno ogni dazione definibile nei termini di "investimento di capitale" dal momento che l'associato conferisce beni sostanzialmente "a fondo perduto"⁶².

L'elemento che concretamente distingue, quindi, gli enti del Libro Primo rispetto alle società è dunque la specifica natura dello scopo perseguito più che l'attività svolta per realizzarlo. Anche le associazioni o le fondazioni possono infatti esercitare, al pari delle società, un'attività di natura economica, ma in queste ipotesi la stessa è esercitata esclusivamente per realizzare il fine ideale che è loro proprio statutariamente⁶³. Precisamente l'attività di impresa non conosce

⁶² MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 3° ed., Vol. 1, Milano, 1958, p. 293 ss.

⁶³ Tali assunti sono stati confermati dalla giurisprudenza che ha enunciato a riguardo una serie di principi cardine in materia. Così *ex plurimis*, "La fondazione non può che essere costituita per fini di pubblica utilità: ciò non esclude che essa possa esercitare anche attività di impresa commerciale, ma tale esercizio può essere consentito solo se ed in quanto appaia funzionale alla realizzazione dei fini primari dell'ente" (Trib. Milano, 16 luglio 1998, in *Giur. It.*, 1999, p. 1678) o ancora *Anche soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni, possono soddisfare i requisiti per essere ammessi alle gare pubbliche ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni statali e comunitarie vigenti in materia. Ciò in considerazione della personalità giuridica delle fondazioni e della capacità di esercitare anche attività di impresa, nei limiti in cui ciò sia funzionali ai loro scopi e sempre che quest'ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico* (T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. II, 08.03.2011, n. 347). Sul punto preme ancora rilevare come la questione meriterebbe un'ulteriore digressione, che tuttavia esula

limitazioni soggettive, e tanto l'associazione quanto la fondazione possono rivestire il ruolo di imprenditori; tuttavia, a differenza di ciò che avviene per le società, l'attività di impresa deve qui costituire non il fine, ma il mezzo; deve avere carattere servente⁶⁴. In altri termini, lo scopo della persona giuridica del Libro Primo del codice civile non può consistere nell'assumere il ruolo dell'imprenditore, ma l'ente può operare come imprenditore se ciò appare giustificato come mezzo per il perseguimento dello scopo.

L'operare dunque le persone giuridiche del Libro Primo per il perseguimento di un fine ideale, le società per il raggiungimento di un interesse economico, giustifica la diversità di disciplina delle due tipologie di enti e la diversa attenzione che l'evoluzione dottrina e giurisprudenziale ha rivolto alle seconde più che alle prime.

7. La nuova procedura di riconoscimento.

Ritornando ad occuparci degli enti previsti dal Libro Primo, un ulteriore accenno in questa sede dedicata alle premesse utili per lo sviluppo della tematica che si intende approfondire, merita la procedura di riconoscimento della personalità giuridica, elemento che accanto a quello

dall'ambito di indagine di questo lavoro. Trattasi della tematica relativa alla attribuzione della qualifica di imprenditore commerciale all'associazione che eserciti attività commerciale in via esclusiva o prevalente, ovvero secondaria rispetto ad altre attività non economiche. E ancora circa la circostanza che un'associazione possa svolgere detta attività economica direttamente o indirettamente mediante la partecipazione ad altre società. Quale debba essere allora la natura e la disciplina di tali istituti è stato oggetto di approfondimenti in dottrina e giurisprudenza, che in questa sede non si ritiene di riportare ma ai quali per completezza espositiva si rinvia.

⁶⁴ GUARRINO, *Le fondazioni, alcune considerazioni generali*, in AA.VV. *Le fondazioni in Italia e all'estero*, op. cit., p. 13.

materiale degli individui, del patrimonio (variamente combinati) e dello scopo, consente l'ulteriore distinzione tra enti riconosciuti (e quindi persone a tutti gli effetti) ed enti non riconosciuti (meri soggetti giuridici), quali le associazioni non riconosciute ed i comitati.

Il sistema ha subito una radicale riforma a seguito del noto D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361, il quale, abrogando l'art. 12 c.c. e, sostituendolo con gli artt. 1, 7 e 9 dello stesso testo normativo, ha comportato il ribaltamento del meccanismo del riconoscimento, attribuendo all'iscrizione del registro delle persone giuridiche una valenza non più meramente dichiarativa ma direttamente attributiva della personalità giuridica.

Ad onor di cronaca un primo passo verso la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi era già stato tentato dall'art. 2 della L. n. 241/90, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*⁶⁵, e successivamente, con la L. n. 537/93,⁶⁶ ma solo con il citato D.P.R. n. 361/00, contenente il Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto, si diede la svolta necessaria per contrastare i lunghi tempi di attesa per il riconoscimento e per l'approvazione delle modifiche statutarie.

Il codice civile all'articolo 12 c.c. rubricato *Persone giuridiche private* (poi

⁶⁵ Il quale aveva previsto che, qualora le pubbliche amministrazioni non avessero determinato per ciascun tipo di procedimento il termine massimo entro il quale esso deve essere concluso, tale termine doveva essere di trenta giorni. Ciò spinse all'emanazione di un decreto ministeriale che fissò in settecentotrenta giorni il termine per il procedimento di riconoscimento delle persone giuridiche.

⁶⁶ Si disponeva la semplificazione e la accelerazione di procedimenti amministrativi (art. 2, comma 9) fra i quali era compreso anche quello per il riconoscimento delle persone giuridiche, da disciplinare attraverso regolamento delegato governativo.

abrogato dal suddetto D.P.R. n. 361/00) prevedeva una disposizione generale per le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato che acquistavano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica e una disposizione speciale per determinate categorie di enti che esercitavano la loro attività nell'ambito della provincia, per cui il Governo poteva delegare ai Prefetti la facoltà di riconoscerli con loro decreto.

Il sistema di riconoscimento per decreto presidenziale o prefettizio (per le ipotesi di cui all'originario capoverso) costituiva perciò il sistema generale vigente nel nostro ordinamento per il riconoscimento della personalità giuridica; esso non trovava applicazione per le società (che il successivo art. 13 c.c. sottraeva alla disciplina del Titolo II del Libro Primo), e per altri enti dotati di discipline specifiche⁶⁷. Tutte le altre istituzioni private erano invece sottoposte a questo regime.

La riforma posta in essere dal Legislatore, che va chiaramente verso la strada della semplificazione delle procedure secondo le regole fissate dalla L. n. 59/97 ⁶⁸, modifica il principio precedentemente affermato dall'art. 12 c.c. prevedendo anche per gli enti del Libro Primo un riconoscimento normativo o per registrazione, per altro di due tipi: un riconoscimento speciale, attribuito dalla Regione per le persone giuridiche private che operano nelle materie delegate ex art. 14, D.P.R. n. 616/77 e qualora non si tratti di enti la cui attività ecceda l'ambito territoriale della Regione, e

⁶⁷ Ci si riferisce alle associazioni sindacali o alle società operaie di mutuo soccorso.

⁶⁸ La Legge Bassanini, la quale, fra i regolamenti previsti dall'art. 20, comma 8, oggetto appunto di semplificazione, contemplava quelli volti a disciplinare i procedimenti di riconoscimento delle persone giuridiche private, di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto, di autorizzazione all'acquisto di immobili, di accettazione di atti di liberalità da parte di associazioni e fondazioni, nonché di donazioni o lasciti in favore degli enti.

un riconoscimento generale attribuito dal Prefetto in tutti gli altri casi, ovvero quando si tratti di enti le cui finalità si esauriscono nell'ambito di una sola Regione e, in ogni caso, di enti con attività ultraregionale.

Corrispondentemente, è stato soppresso il registro delle persone giuridiche tenuto dai Tribunali e sono stati istituiti un registro regionale ed uno prefettizio.

Nel nuovo sistema il riconoscimento coincide con l'iscrizione nel registro, di modo che il decreto del Prefetto o del Presidente della giunta regionale non sarà più un decreto di riconoscimento, ma un ordine di iscrizione nel registro delle persone giuridiche, con effetto quindi costitutivo della personalità giuridica. L'acquisto della personalità giuridica consegue quindi di diritto all'iscrizione nel Registro, la quale quindi ha assunto la veste di pubblicità costitutiva.

Il previgente sistema si caratterizzava invece per il carattere concessorio dell'autorità governativa, ovvero delle autorità competenti (governativa o regionale)⁶⁹ e ad esso seguiva l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche tenuto dal Tribunale per cui l'iscrizione seguiva temporalmente la concessione del riconoscimento (con i conseguenti effetti che gli amministratori dell'ente riconosciuto ma non ancora iscritto nel registro rispondevano illimitatamente delle obbligazioni sorte in capo all'ente stesso). Fino all'entrata in vigore del D.P.R. n. 361/2000 quindi il decreto di riconoscimento costituiva un atto amministrativo concessorio costitutivo *ex novo* di uno *status* in capo ad un soggetto⁷⁰.

Ora l'iscrizione è soggetta a un termine massimo, di centottanta giorni, in difetto della quale da parte dell'amministrazione competente si ravvisa un

⁶⁹ FERRARA SR, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 96, parla, al riguardo, di atto di concessione di status.

⁷⁰ FERRARA SR, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 24; RESCIGNO, v. *Fondazione* (*Dir. Civ.*), *Enc. Dir.* vol. XVII, Milano, 1968.

silenzio-rifiuto. Precisamente dal momento della domanda di iscrizione l'autorità competente ha un termine di centoventi giorni per provvedere all'iscrizione, ma se ravvisa ragioni ostative o la necessità di integrare la documentazione presentata, ne dà comunicazione (motivata) ai richiedenti i quali nel termine successivo, possono presentare memorie e documenti. Se nell'ulteriore termine di trenta giorni, l'autorità stessa non comunica ai richiedenti il motivato diniego ovvero non procede all'iscrizione, questa si intende negata.

Nel registro (prefettizio o regionale) devono essere indicati la data dell'atto costitutivo, la denominazione, lo scopo, il patrimonio, la durata, qualora sia stata determinata, la sede della persona giuridica e il cognome, il nome e il codice fiscale degli amministratori, con menzione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza (sul punto si rinvia a quanto oltre si dirà).

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

Ai fini del riconoscimento, oltre al ricorrere di tutte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, è necessario che lo scopo dell'ente sia possibile e lecito e che il patrimonio dell'ente risulti adeguato alla realizzazione dello scopo.

Da queste brevi note, dunque, possiamo cogliere nel D.P.R. n. 361/00 come il principale obiettivo del legislatore sia stato da un lato quello di esaltare il principio costituzionale della libera associazione con l'attribuzione a tutte le istituzioni private di un vero diritto soggettivo al conseguimento della personalità giuridica, limitando ulteriormente i poteri

discrezionali dell'autorità amministrativa già nella fase attributiva della personalità (residuando sulla stessa un potere di controllo di mera legalità) e, dall'altro quello di predeterminare i tempi e dare maggiore celerità alla procedura, nonché di puntualizzare i requisiti che condizionano il riconoscimento, cercando, al tempo stesso, di non alterare l'intelaiatura del vigente regime⁷¹.

Solo per completezza espositiva, si rileva da ultimo che il diritto soggettivo all'iscrizione non comporta che qualsiasi domanda debba esser necessariamente accolta, posto che seppur marginale permane un minimo di potere di controllo sulla legalità dell'ente che si intende iscrivere.

La reiezione della domanda di riconoscimento sarà quindi ancora possibile ad opera dell'autorità preposta, ma deve esser motivata: avverso il provvedimento reiettivo immotivato (cui va assimilato il silenzio innanzi alla domanda di riconoscimento seguita da regolare diffida – o avverso il provvedimento reiettivo viziato è ammesso ricorso in sede giurisdizionale. Se la domanda di riconoscimento di un'associazione viene respinta, l'associazione rimane nella condizione giuridica di associazione non riconosciuta (v. oltre), salvo l'ipotesi in cui il riconoscimento non costituisse espressamente condizione essenziale per la nascita dell'ente, nel qual caso non potrà dirsi perfezionata la fattispecie costitutiva e gli associati potranno sì ripetere (questa volta) i loro conferimenti (a differenza di quanto avviene *ex art. 24 c.c.* nell'ipotesi di estinzione

⁷¹ Per un commento al D.P.R. n. 361/00, PONZANELLI, *La nuova disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica degli enti del libro primo del codice civile*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 46 ss.; DE GIORGI, *La riforma del procedimento di attribuzione della personalità giuridica per gli enti senza scopo di lucro*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 499 ss.; ID., *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel Libro Primo c.c.*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2000, p. 1321 ss., in cui sono riportati anche interessanti rilievi comparatistici e ZOPPINI, *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 291 ss.

dell'ente o recesso dell'associato).

Se invece è una fondazione ad ottenere un provvedimento reiettivo, la regola prevede che la dotazione patrimoniale torni al fondatore o ai suoi eredi (nel caso, ad esempio, di atto di fondazione contenuto in un testamento), salvo che espressamente il fondatore non avesse disposto che in caso di diniego la fondazione avrebbe dovuto comunque operare quale fondazione non riconosciuta.

Il riconoscimento di associazioni e fondazioni non ha, come invece avviene per le società, nemmeno oggi comunque efficacia propriamente costitutiva dell'ente in quanto tale, ma solo della persona giuridica, nel senso che l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche non opera come condizione di esistenza dell'istituzione (salva apposita volizione statutaria). In altri termini, associazioni e fondazioni possono comunque giuridicamente esistere, quali associazioni o fondazioni non riconosciute, anche in difetto di tale riconoscimento⁷².

Può dunque ben accadere che un'associazione chieda ed ottenga il riconoscimento dopo aver operato anche per anni quale associazione non riconosciuta. In tale ipotesi il riconoscimento non opererà quale causa di estinzione del precedente rapporto, ma il rapporto originario proseguirà e l'associazione conserverà nella sua nuova veste di persona giuridica i diritti già acquistati e le obbligazioni già assunte. La mutata condizione comporterà solo che gli amministratori cesseranno di rispondere personalmente per le obbligazioni sorte successivamente all'iscrizione, come ora si vedrà.

Tale diversa prospettiva (una volta non pacificamente accettata dalla dottrina) mette peraltro fine al problema dibattuto se il riconoscimento avesse effetti *ex nunc* o *ex tunc*⁷³.

⁷² GALGANO, *Delle persone e della famiglia*, op. cit., p. 184.

⁷³ Sulla questione si erano espressi FERRARA, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 248 (il

Così oggi la dottrina dominante afferma che se un'associazione già operava quale associazione non riconosciuta, acquistando diritti ed assumendo obbligazioni, e successivamente acquista la personalità giuridica a mezzo dell'iscrizione, essa certamente continua ad rispondere degli uni e delle altre anche dopo. Ma ciò non perché si intenda riconoscere efficacia retroattiva al riconoscimento, ma semplicemente perché tale atto non ha in nulla aggiunto un quid di diverso rispetto all'ente prima esistente: il rapporto permane tale e quale a quello preesistente.

quale attribuendo invece piena efficacia costitutiva alla registrazione riteneva che prima di essa poteva aversi in capo all'ente una mera esistenza di fatto e che quindi il riconoscimento operasse necessariamente *ex nunc*), nonché, con ampia rassegna di opinioni sul punto, BASSI, *Contributo allo studio dell'atto di riconoscimento della personalità giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1961, p. 877 ss.

CAPITOLO SECONDO

LA RAPPRESENTANZA DEGLI ENTI COLLETTIVI

Sommario: 1. Considerazioni generali: rappresentanza volontaria, rappresentanza legale e rappresentanza organica. - 2. Il concetto di organo e l'immedesimazione organica. - 3. *segue*: Nuovi spunti a favore della volontarietà della rappresentanza degli amministratori alla luce della riforma delle società per azioni. - 4. L'art. 18 c.c. ed il significato del richiamo alle norme sul mandato. - 4.1. Il ruolo dell'amministratore nelle associazioni: mandatario dell'assemblea o titolare di un potere autonomo ed originario? - 4.2. Disciplina del mandato suscettibile di applicazione in forza dell'art. 18 c.c. - 5. La rappresentanza organica e la *contemplatio domini*.

1. Considerazioni generali: rappresentanza volontaria, rappresentanza legale e rappresentanza organica.

Tanto chiarito in merito al concetto di persona giuridica, il secondo ambito sul quale occorre porre l'attenzione è quello inerente al concetto di rapporto organico. Le persone giuridiche, per loro imprescindibile natura, si trovano necessariamente a dover operare all'esterno per il tramite di persone fisiche chiamate ad esternarne la volontà variamente e legittimamente formata.

La *quaestio* su quale sia la natura e la fonte del potere rappresentativo in capo agli amministratori delle persone giuridiche è stata, specialmente in passato, fatta oggetto di acceso dibattito, contrapponendosi tra loro le opinioni di chi riteneva che esso derivasse direttamente dal dato normativo, di coloro che ne affermavano l'origine volontaria (individuandone precisamente la fonte nel negozio di gestione intercorrente tra società ed amministratori ovvero nello stesso atto costitutivo), e ancora di coloro che lo configuravano quale una sorta di potere originario, attribuito automaticamente *ex lege* agli amministratori in quanto funzione necessaria in vista dell'attuazione del programma sociale⁷⁴.

Al fine di chiarire l'ambito all'interno del quale deve inserirsi il ruolo e l'operare di coloro che sono chiamati ad esternare la volontà delle persone giuridiche e fissare le ulteriori premesse del presente lavoro, occorre anteporre altresì un breve accenno al problema della fonte e della natura del potere rappresentativo.

Come noto, il tema della rappresentanza costituisce una delle tematiche di maggior approfondimento dottrinario e, come avvertiva Natoli⁷⁵, sebbene tale istituto sia andato via via assumendo nella vita di relazione una sempre più spiccata e crescente importanza (mutuando il gergo borsistico con "quotazioni in costante rialzo"⁷⁶) dello stesso istituto restano ancora controversi "sostanza, presupposti e limiti: come dire tutto"!

⁷⁴ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, vol. 4, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1991, p. 130.

⁷⁵ NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977, siccome citato da SCALISI, *Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione*, in *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, a cura di Triarchi, Milano, 2007, p. 19.

⁷⁶ DE NOVA, *La rappresentanza*, in *Trattato diritto privato* a cura di Rescigno, *Obbligazioni e Contratti*, Vol. X, II ed., Torino, 1982, p. 389.

Muovendo da uno sguardo al passato, la costruzione di un concetto di rappresentanza in senso moderno è il frutto di una ricostruzione pandettistica di matrice tedesca, alla quale si sono uniformate tutte le codificazioni moderne.

Storicamente, infatti, ed il riferimento più lontano non può che risalire al diritto romano, la rappresentanza era addirittura sconosciuta: non è dato rinvenire nelle fonti giuridiche del diritto romano alcun termine che individui il concetto di rappresentanza o rappresentante. E' stato rilevato che in tale periodo le esigenze pratiche che l'istituto era chiamato a svolgere erano semplicemente assolte dalla stessa organizzazione familiare⁷⁷.

Per quanto riguarda la situazione italiana, nel codice civile del 1865, benché questo in realtà non contenesse una disciplina esplicita dell'istituto (in ossequio al codice francese, sul quale modello era costruito), è dato ravvisare la presenza di alcuni primi accenni alla suddivisione tra le forme di rappresentanza diretta ed indiretta che verranno poi tracciate definitivamente nell'attuale impianto normativo.

Il codice civile attuale invece, pur non contenendo una definizione dell'istituto, ne detta le linee generali nel Capo VI del Libro Quarto, negli artt. 1387 - 1400 c.c., e ne indica il meccanismo tipico di operatività nell'art. 1388 c.c., ove si stabilisce che *“il contratto concluso in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato”*. Peraltro il termine “rappresentanza” viene menzionato anche in una nutrita serie di disposizioni disseminate nel testo codicistico, connettendosi di volta in

⁷⁷ Per un'analisi storica del concetto di rappresentanza, che ci porterebbe fuori tema in questa sede, si rinvia, tra le molte trattazioni, a PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965 e ORESTANO, *Rappresentanza (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, p. 793 ss.

volta ai relativi istituti cui accede⁷⁸. Ciò contribuisce a rendere il fenomeno estremamente complesso ed articolato, e giustifica la ragione dell'annoverarsi di numerose teorie dottrinarie che hanno tentato di ricostruirne e specificarne i diversi aspetti problematici alla luce dei principi generali dell'ordinamento e degli istituti cui, volta per volta, è correlato.

La prima disposizione che si riferisce alla rappresentanza è l'art. 1387 c.c., il quale stabilisce che la stessa è conferita dall'interessato ovvero dalla legge. Il potere rappresentativo esiste, quindi, perché generato da una fonte e nella formula estremamente sintetica e schematica del citato articolo detta fonte può esser duplice: o la legge o l'interessato (o ad esser più precisi, la sua volontà). Da tale disposto discende, dunque, la dicotomia principe tra rappresentanza volontaria e rappresentanza legale.

A dire di un illustre studioso⁷⁹, in realtà, a mettere in crisi l'istituto è proprio la pretesa moderna di voler dar vita ad un sistema unitario e monistico della rappresentanza. Se a caratterizzare l'agire rappresentativo è un fenomeno di deviazione degli effetti (dall'autore dell'atto alla sfera giuridica di altro soggetto), allora non si può negare che di tale aspetto partecipano diverse fattispecie rappresentative, ma con presupposti e sviluppi differenti a seconda della tipologia.

Trattasi dell'approccio più elementare che contrappone così queste sole due ipotesi di rappresentanza, riconducendo ad esse ogni ipotesi di attribuzione di potere rappresentativo: la prima basata su una procura che l'interessato liberamente conferisce ad un rappresentante da lui prescelto e la seconda (esemplificata dalla rappresentanza dei soggetti totalmente o

⁷⁸ Sul merito si osservino le considerazioni svolte da PUGLIATTI, *Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza di diritto privato*, in *Studi sulla rappresentanza*, op. cit., p. 521 ss.

⁷⁹ SCALISI, *Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione*, op. cit., p. 22.

parzialmente incapaci di agire quali minori, interdetti, inabilitati o falliti) in cui è la legge ad imporre il meccanismo rappresentativo, a definire l'ambito del relativo potere e ad individuare direttamente o indirettamente il titolare⁸⁰.

Tra la prima ipotesi e la seconda sussistono punti di contatto e divergenze.

Come noto, si ha rappresentanza volontaria ogni qualvolta la vicenda rappresentativa si fonda su di un negozio giuridico unilaterale (la procura, per l'appunto), che nasce dalla volontà del soggetto rappresentato, il quale conferisce al rappresentante il potere di spendere il proprio nome di fronte a terzi nel compimento dei relativi atti. A seconda della prospettiva dalla quale la si approccia (ossia dal punto di vista del rappresentato, del rappresentante o del terzo), dunque, la rappresentanza volontaria costituisce un'autorizzazione, un'acquisizione di un potere di agire, ovvero una legittimazione sostitutiva⁸¹; in ogni caso, comunque, si riscontra la presenza di due soggetti, un rappresentato ed un rappresentante, caratterizzati dalla circostanza che l'agire del secondo è idoneo a produrre effetti nella sfera giuridica del primo.

In ipotesi rappresentative di questo tipo si rinviene l'esigenza di contemperare interessi non sempre immediatamente conciliabili: da un lato, quello del rappresentato all'esatta coincidenza tra contenuto della procura e negozio gestorio, dall'altro, quello del terzo alla piena validità ed efficacia del negozio posto in essere dal rappresentante.

Un siffatto potenziale conflitto trova soluzione nella disciplina legislativa del bilanciamento di interessi che fa perno su tre norme fondamentali: (i)

⁸⁰ ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 266.

⁸¹ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 1046 e ss.

l'art. 1393 c.c., in virtù del quale il terzo può sempre chiedere che il rappresentante giustifichi i suoi poteri, con la possibilità di controllarne l'ampiezza ed eventuali limiti della procura; (ii) l'art. 1396 c.c. che stabilisce che le modificazioni e la revoca della procura devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, pena la loro inopponibilità all'altro contraente - eccetto il caso che fossero già note a questi al momento della conclusione del negozio-; (iii) l'art. 1398 c.c. che dispone che l'atto esorbitante la procura, o compiuto in assenza di potere rappresentativo non impegna in alcun modo il rappresentato, con la facoltà per il terzo di chiedere al *falsus procurator* il risarcimento del danno sofferto per aver confidato nella validità (*rectius*: efficacia) del contratto, salva ratifica dell'operato del rappresentante da parte del rappresentato ai sensi del successivo art. 1399 c.c.

La rappresentanza legale si riscontra, invece, laddove il potere rappresentativo sia eterodeterminato e trovi la sua fonte nella legge, la quale, dunque, svolge la medesima funzione che la volontà della parte esplica nella rappresentanza volontaria: è fonte immediata del rapporto⁸². Mentre dunque la rappresentanza volontaria trae fondamento nell'atto di autodeterminazione dell'interessato, quella legale si pone su un piano affatto differente, come attribuzione di poteri in relazione ad interessi più generali⁸³.

⁸² La più remota, ma ancora valida, dottrina (TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1892), aveva correttamente osservato che la rappresentanza legale coincide con la completa ininfluenza della volontà del rappresentato, che non può porre in essere alcun rapporto e non può esprimere una volontà diversa: è il caso ad esempio degli incapaci.

⁸³ Così: MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al Codice Civile, Libro IV, Tomo Secondo*, Torino, 1980, p. 457 ss.; MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto*

Qui il ruolo decisionale del rappresentato è nullo: egli non sceglie il rappresentante⁸⁴, né conforma i suoi poteri o ha possibilità di modificarli o revocarli successivamente; non condiziona il suo agire, né può spiegare un'attività alternativa alla sua. Persona del rappresentante, contenuto dei poteri, modalità della sua azione sono determinati direttamente o indirettamente dalla legge.

Trattasi quindi di una rappresentanza legale nel senso più pieno del termine; e parimenti “necessaria” perché senza essa gli incapaci non parteciperebbero ai traffici commerciali, caratterizzata, da ultimo, dall'essere sottoposta ad una serie di controlli giudiziari che, specie nella forma delle autorizzazioni preventive, circondano l'operato del rappresentante⁸⁵.

Ferme queste premesse, deve registrarsi nella nostra dottrina un contrasto tra due diverse posizioni⁸⁶: da un lato coloro che tendono all'avvicinamento delle due forme di rappresentanza, traducendosi entrambe nella sostituzione di un soggetto ad un altro nell'attività

privato, Napoli, 1961, p. 14 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IV ed., Napoli, 1977, p. 280.

⁸⁴ Unica eccezione potrebbe ravvisarsi nella nuova disciplina dell'amministratore di sostegno. Ma trattasi di una eccezione solo apparente. Ed infatti il potere di scelta da parte del beneficiario può essere esercitato dallo stesso ex art. 408 c.c. solo in un periodo anteriore al momento in cui la nomina sarà necessaria; ed ancora, con riguardo alla persona del beneficiario non è nemmeno del tutto corretto parlare di piena incapacità del soggetto, posto che lo stesso rimane capace quantomeno per gli atti non previsti nel decreto di nomina, essendo questa la *ratio* sottesa alla creazione di questo istituto, meno invasivo nello status di coloro che non sono più in grado di attendere compiutamente a determinate esigenze di vita.

⁸⁵ ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 267.

⁸⁶ Sul punto si veda quanto rilevato da DELLE MONACHE, *La “Contemplatio Domini”*. *Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001, p. 20.

giuridica, con efficacia diretta di quanto compiuto nella sfera del sostituto⁸⁷; dall'altro coloro che pongono l'accento sulla lontananza tra le due figure, insistendo sull'irrilevanza del volere del rappresentato in tutte le fasi di svolgimento del rapporto, come sopra descritto, e sulla particolare posizione del rappresentante, la cui legittimazione risiede appunto in un ufficio di diritto privato⁸⁸.

Se, d'altra parte, è innegabile un nucleo comune, risiedente nel meccanismo sostitutivo in cui si sostanziano entrambi i fenomeni, non pare francamente potersi dubitare del fatto che, per quanto l'art. 1387 c.c. disciplini unitariamente entrambe le menzionate fattispecie, la rappresentanza legale costituisca un fenomeno a sé stante e del tutto distinto dalla rappresentanza volontaria, seppur ad essa in qualche modo comparabile.

La tecnica sostitutiva che sta alla base della rappresentanza soggiace a meccanismi differenti essendo utilizzata *ex lege* per la tutela di interessi generali e superindividuali e sfruttata, quindi, in via strumentale in quanto si è in presenza di situazioni in cui il soggetto non è in grado di gestirsi da sé, come avviene per il minore d'età, sostituito dai genitori esercenti la patria potestà, ovvero per l'incapace d'agire, sostituito dal tutore.

Conseguenza di tali considerazioni è che la disciplina affidata agli artt.

⁸⁷ VISINTINI, *Della rappresentanza*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca* a cura di Galgano, Libro IV, *Delle obbligazioni*, sub artt. 1387-1400 c.c., Bologna-Roma, 1993, p. 175; CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, I, Milano, 1987, p. 164; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 653 s., NATOLI, *La rappresentanza*, op. cit., p. 48 ss.

⁸⁸ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966, p. 274; MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, op. cit., p. 5 ss. e p. 13 ss.; PAPANTI PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984, p. 103; Cfr. inoltre, *infra*, capitolo primo, paragrafo 3; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, p. 262.

1387 ss. c.c., a prescindere dunque dal tenore letterale del suo primo articolo, riguarda in modo particolare la rappresentanza volontaria *stricto sensu*, come rileva una serie di indici abbastanza univoci⁸⁹, quali la collocazione delle citate disposizioni normative, che sono inserite nella parte del Libro Quarto riservata al contratto in generale, inteso quale principale strumento dell'autonomia privata (qui collocata, dunque, anche la rappresentanza si palesa come strumento e frutto del potere di autonomia), ed il testo dell'art. 1392 c.c., che determina esplicitamente i requisiti formali della procura, attribuendo alla stessa un'implicita, ma ugualmente chiara, centralità, confermata poi da altre svariate norme del medesimo contesto.

Ciò detto, va comunque precisato che la dottrina si è a lungo confrontata sull'esame di quali norme debbano essere applicate alla sola rappresentanza volontaria, e quali invece possono trovare applicazione anche con riguardo alla rappresentanza legale; e tra queste si è ritenuto per lo più che non dovrebbero figurare, a parte i già citati artt. 1389 e 1392 c.c. (nonché, ovviamente, l'art. 1397 c.c.), neppure gli artt. 1394, 1395, 1396, 1398 c.c.; laddove l'applicabilità alla rappresentanza degli incapaci è stata invece riconosciuta, sia pure con taluni adattamenti, relativamente agli artt. 1390, 1391, 1393, 1399 c.c.⁹⁰.

Ora, l'armonica semplicità della distinzione di cui sopra è turbata dal fenomeno della rappresentanza delle organizzazioni, con riguardo alla

⁸⁹ DELLE MONACHE, *Art. 1387*, in *Commentario al Codice Civile. Dei contratti.*, Vol. 3, Torino, 2012, p. 12.

⁹⁰ DE NOVA, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, II, III ed., Torino, 2004, 199 ss. In giurisprudenza, per l'applicabilità degli artt. 1390 e 1391 c.c. alla rappresentanza legale, v., rispettivamente, Cass. Civ., 11.02.1985, n. 1133 in *Pluris*, e Cass. Civ., 20.08.1986, n. 5103 in *Pluris*.

quale molto si è discusso circa l'inquadramento dogmatico e precisamente se debba esser ricondotta ad uno dei generi sopramenzionati o se piuttosto sia da qualificarsi come tipologia costituente un *tertium genus* di potere rappresentativo, irriducibile ai primi due. Ci riferiamo alla c.d. rappresentanza organica, ovvero quella forma di rappresentanza esercitata per gli enti dalle persone fisiche che ne costituiscono gli "organi".

Il fenomeno di cui trattasi prescinde dalla circostanza che l'ente rappresentato sia di profitto o meno, che abbia personalità giuridica o ne sia privo. Lo si riscontra nelle società di capitali e in quelle di persone, nelle fondazioni e nelle associazioni e tra quest'ultime nelle associazioni riconosciute come in quelle non riconosciute. Se poi nello specifico la disciplina della rappresentanza organica varia in relazione al tipo di ente interessato, i tratti essenziali del fenomeno sono comuni ed indifferenziati⁹¹.

Di regola quindi è per mezzo degli organi che l'ente collettivo opera ed esplica la propria attività: la figura dell'organo si palesa quindi quale elemento coesenziale alla partecipazione del soggetto collettivo alla dinamica giuridica. Il punto dunque è sicuro.

Ciò che resta non sicuro è la domanda che ricorre: può il rapporto organico che lega l'organo all'ente cui è preposto configurarsi come rapporto rappresentativo?⁹²

Va sin d'ora premesso che sotto l'univoca dicitura "rapporto organico" in realtà si annidano due diverse fattispecie: quella in cui l'organo che agisce per l'ente è lo stesso che forma la determinazione e quella in cui l'organo che agisce è in realtà diverso da quello deliberante⁹³.

⁹¹ ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 312.

⁹² SCALISI, *Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione*, op. cit., p. 39.

⁹³ Trattasi dell'essenziale dicotomia ravvisata da MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, op. cit., p. 358.

Ora, il primo caso è quello per lo più analizzato dalla dottrina risalente e quello preso a modello quando si sviluppa il concetto di immedesimazione organica.

Il secondo caso, in realtà, propone un'evoluzione del concetto stesso, posto che ciò che si realizza è la coesistenza di una gestione per incarico e una successiva sostituzione dell'organo agente all'organo che fissa e determina il regolamento degli interessi dell'ente.

In questa seconda ipotesi l'organo rappresentante, pur mantenendo il rapporto di immedesimazione organica tipico della figura dell'organo, viene a farsi portatore della volontà da altro organo deliberata, tanto che qualcuno (e non stupisce l'immagine) ha inteso ravvedere nella figura una sorta di nuncio, pur immedesimato, dell'ente stesso⁹⁴.

Comunemente si configura il cosiddetto *nuncius* nel caso in cui un soggetto venga incaricato solo di comunicare e trasmettere a terzi una volontà già autonomamente formata, distinguendosi così dal rappresentante che invece dichiara una propria volontà in relazione alla conclusione del contratto⁹⁵. Il nuncio sarebbe mero strumento di trasmissione, a tal punto da non poter – secondo autorevole dottrina⁹⁶ – nemmeno egli apporre sottoscrizioni in nome e per conto del *dominus* né

⁹⁴ GRAZIANI, *Diritto delle società*, 4° ed., Napoli, 1955, p. 87 ss.; FRE', *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, p. 181 ss.; RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, 2° ed., Milano, 1952, p. 132. Sottolineano comunque le profonde diversità tra le due figure: DELLE MONACHE, *La contemplatio domini, Contributo alla teoria della rappresentanza*, op. cit., p. 111, nota 104 e MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, op. cit., p. 358.

⁹⁵ STELLA, *La rappresentanza*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006, p. 749 e COSSU, *Nuncius*, in *Dig. priv. sez. civ. XII*, Torino, 1995, p. 329 che peraltro lo distingue anche dal messo; CIAN, *L'intervento di un nuncius nella formazione delle fattispecie negoziali*, in *Studium juris* 1996, 13.

⁹⁶ STELLA, *La rappresentanza*, op. cit., p. 749.

costituire parte - neppure meramente formale - del contratto, rimanendone completamente estraneo.

Muovendo dal presupposto che il potere di rappresentanza organica potrebbe altresì qualificarsi, con diversa formulazione, come “potere di dichiarare la volontà sociale”, una risalente dottrina paragona appunto l’attività del rappresentante sociale a quella del nuncio⁹⁷, mentre altro indirizzo ha invece parlato di rappresentanza nella mera dichiarazione della volontà⁹⁸.

Orbene, quest’ultima qualificazione appare scarsamente attendibile posto che la dominante moderna dottrina tende ad escludere l’esistenza di figure intermedie tra il nuncio e il rappresentante in senso proprio, quale sarebbe questo equivoco “rappresentante nella dichiarazione”.

L’equiparazione invece dell’attività del cd. rappresentante sociale a quella del nuncio merita un più attento controllo.

Superato il primo impatto di apparente sussumibilità della fattispecie in esame (appunto ove vi sia la dissociazione tra titolarità del potere rappresentativo e titolarità del potere deliberativo) nel genere del *nunciatio*, si è in realtà rilevato come manchino a sostegno della tesi validi argomenti di diritto positivo: innanzitutto, e molto semplicemente, la legge si esprime sempre in termini di rappresentanza e giammai di *nunciatio*. Inoltre, la portata e la delimitazione dei poteri del rappresentante sociale, attuata dalle varie apposite disposizioni del codice, non si concilia con la funzione di nuncio, poiché nella *nunciatio* rileva solo la conformità della dichiarazione, così come è stata trasmessa, alla dichiarazione emessa⁹⁹.

⁹⁷ GRAZIANI, *Diritto delle società*, 4op. cit., p. 87 ss.; FRE², *L’organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 181 ss.

⁹⁸ RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, op. cit., p. 132 ss.

⁹⁹ MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 132. L’autore rileva altresì che la stessa *ratio* che almeno sul piano storico si è giustamente ritenuto

Ancora si è sottolineato che ben incongruo sarebbe il risultato che le società per azioni stessero in giudizio per mezzo di un nuncio: a questo condurrebbe l'applicazione dell'art. 75 c.p.c. e 163, 3° co. c.p.c., se il rappresentante organico fosse mero *nuncius*. Ed infine, se fosse ammessa una tale ricostruzione, ne conseguirebbe per l'ente l'impossibilità di stipulare contratti e più in generale di porre in essere negozi giuridici formali¹⁰⁰, a meno di affermare che questo nuncio non sia in realtà un "nuncio *sui generis*". Ma è ormai noto alla scienza giuridica che sussumere un istituto in una più ampia categoria e poi soggiungere che si tratta di una figura impropria è un mero gioco di parole: la figura *sui generis* della categoria è una figura che è fuori dalla categoria¹⁰¹.

Inoltre, a definitiva smentita dell'assunto, la tesi dell'equiparazione tra le due figure è viziata da un salto logico. Il punto di partenza potrebbe anche essere esatto¹⁰²: in linea di principio per la validità dell'atto compiuto dal rappresentante sociale, allorché vi sia dissociazione fra potere di rappresentanza e titolarità del potere di deliberazione, è necessaria la preesistenza di una conforme delibera. Ma anche ad ammettere che sia necessaria la conformità dell'atto del rappresentante

presiedere all'istituto del cosiddetto rappresentante sociale - la necessità di tutelare i terzi con un minimo di sicurezza sulla persona autorizzata a rappresentare la società quale destinataria di notificazioni giudiziarie e stragiudiziarie, come già individuata da DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da Bolaffio-Rocco-Viavante, Torino, 1938, p. 233 - sarebbe frustrata se si considerasse il rappresentante sociale alla stregua di un nuncio: poiché già è dubbia l'ammissibilità del nuncio nella ricezione delle dichiarazioni (il *Empfangsbote*), ma nel limbo dell'incertezza assoluta ne è poi la disciplina.

¹⁰⁰ Cfr. CARNELUTTI, *L'intervento del "nuncius" e il contratto scritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, II, p. 580.

¹⁰¹ Così: MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit. p. 133.

¹⁰² Ma sul punto cfr. *infra*, capitolo quarto.

sociale alla delibera, ciò non equivale a dire che tale conformità è anche sufficiente, con la conseguente irrilevanza della capacità, della volontà e della conoscenza del rappresentante sociale. Invece, ed ecco il salto, proprio questo si verrebbe ad affermare qualora si configurasse il rappresentante sociale come nuncio.

Ed è questa tesi, a dire della dottrina che si sta riportando, ad essere non soltanto indimostrata ma anche indimostrabile.

Se è vero, quindi sotto un certo profilo che il rappresentante organico, nell'ipotesi di dissociazione tra poteri, si fa "portavoce" della volontà dell'ente deliberata dall'apposito organo, sotto altro profilo, da un lato lo stesso non viene ridotto a mero strumento di comunicazione, dall'altro (e questo è l'aspetto realmente caratterizzante l'istituto) si configura la sostanziale compenetrazione tra detto portavoce e l'ente stesso di cui fa parte. Carattere primo e distintivo della figura *de qua* riposa infatti nella carenza del presupposto ontologico della rappresentanza come disciplinata dal Codice Civile, ossia l'alterità soggettiva del rappresentante rispetto al rappresentato, la scissione consunzionale tra i due soggetti, non riscontrandosi qui alcuna dualità empirica tra ente e persona fisica che agisce in suo nome e ne manifesta la volontà¹⁰³.

Sul presupposto che le persone giuridiche incontrano un limite pragmatico e logico ancor prima che giuridico, per cui esse, a differenza della persona fisica capace, necessitano di uno strumento per formare psicologicamente una volontà giuridicamente vincolante, la dottrina moderna ha elaborato e cristallizzato il concetto di organo: l'organo dell'ente - sia esso interno ovvero esterno - non si presenta come un

¹⁰³ Tra gli altri si vedano, BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, VI ed., Torino, 1962, p. 388; PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, op. cit., p. 517, D'AVANZO, *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p.800 ss. ed *ivi*, p. 802; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, op. cit., p. 357 ss.

soggetto altro e distinto rispetto alla persona giuridica cui afferisce, ma si caratterizza per il fatto di essere inserito nell'assetto dell'ente e costituire parte integrante della sua struttura. La persona fisica che rappresenta la formazione sociale non è strumento accidentale della persona giuridica (ipotesi che caratterizza appunto la rappresentanza volontaria), ma necessario organo per il compimento di atti giuridicamente rilevanti, imputabili alla persona giuridica stessa.

In un siffatto quadro, non v'è spazio per l'atteggiarsi, dunque, di quella duplicità soggettiva che caratterizza il rapporto rappresentativo codicisticamente contemplato¹⁰⁴, ma gli organi della persona giuridica svolgono un'attività che è da imputare direttamente alla stessa (o più precisamente all'organizzazione collettiva, posto che la configurazione in esame si rinviene anche laddove l'ente anche se non sia elevato a rango di persona), di talché il rapporto di compenetrazione ed identificazione (*alias*, immedesimazione) che ne deriva è tale da annullare la diversificazione dei soggetti e dei centri d'interesse coinvolti. Ecco dunque che per quella forma di rappresentanza sociale tipica degli enti collettivi si è meglio parlato di immedesimazione organica.

2. *Segue*: Il concetto di organo e l'immedesimazione organica nell'evoluzione dottrina.

L'inquadramento del potere rappresentativo in capo agli organi (generalmente amministrativi) delle persone giuridiche, come accennato, è stato oggetto di molteplici dibattiti e contrasti in dottrina posto che, prima di giungere al concetto di immedesimazione organica attualmente abbracciato dalla dottrina maggioritaria, si sono a lungo scontrate opinioni

¹⁰⁴ DE NOVA, *La rappresentanza*, op. cit., p. 446.

tese a riportare la fattispecie nell'ambito delle due figure codicisticamente riconosciute e disciplinate della rappresentanza volontaria ovvero di quella legale¹⁰⁵.

Effettivamente la rappresentanza organica è per un verso “necessaria”, nel senso che le organizzazioni non potrebbero agire negozialmente se non fossero rappresentate da persone fisiche, e parimenti “legale” perché la legge offre parecchie indicazioni sul contenuto dei relativi poteri (almeno in ambito societario, meno con riguardo alla organizzazioni del Libro Primo); ma per altro verso è fortemente colorata di “volontarietà” posto che le indicazioni normative sono per lo più derogabili dalla diversa volontà dell'organizzazione, che conserva poi margini di influenza nell'azione del rappresentante, dato che è l'ente, e non la legge, ad esser interessato a scegliere le persone fisiche da investire della propria rappresentanza¹⁰⁶.

Il concetto di organo fu originariamente partorito dalla mente di Gierke nell'ambito della sua concezione antropomorfica della persona giuridica, mentre l'elaborazione di detto concetto si rese poi indispensabile al fine di permettere agli enti collettivi di esser fonte di produzione e non solo di imputazione di fattispecie giuridiche¹⁰⁷. Ad una lettura più attenta, questa

¹⁰⁵ Così, a titolo esclusivamente esemplificativo: BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, vol. XIII, 2000, Torino, p. 11, nega categoricamente che il rapporto organico possa esser considerato una forma di rappresentanza in senso stretto; VISENTINI, *Delle rappresentanza*, op. cit., p. 176, per la quale la rappresentanza organica rientra nella rappresentanza derivante dalla legge cui allude l'art. 1387 c.c.; ZACCARIA, *Rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 355, che riconduce la rappresentanza organica nell'alveo di quella volontaria. Nel medesimo senso la giurisprudenza quale: Cass. Civ., 05.03.1993 n. 2681 in *Corriere Giuridico*, 1993, p. 978.

¹⁰⁶ ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 267.

¹⁰⁷ FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Encicl. Dir.* VI, Milano 1960, p. 31;

esigenza traduce in termini diversi la necessità di attribuire alla persona giuridica una qualità (la capacità di agire) che è invece dall'ordinamento collegata ad un giudizio sull'attitudine del soggetto a manifestare coscientemente e consapevolmente la propria volontà¹⁰⁸.

Nato, quindi, nell'ambito della dottrina giuspubblicistica¹⁰⁹ ed oggetto di continue elaborazioni dottrinarie, tale concetto presto sfociò a pieno diritto anche nell'ambito delle persone giuridiche di diritto privato, fino ad entrare a far parte dello stesso gergo del legislatore codicistico.

Il termine "organo" risulta, infatti, frequentemente utilizzato nel codice civile al fine di indicare le persone che hanno il potere di compiere atti giuridici vincolanti per gli enti stessi, siano essi atti interni od esterni. Ne troviamo un esempio nell'art. 23 c.c. che legittima gli organi dell'ente ad impugnare le delibere assembleari, nell'art. 1332 c.c. che concerne le modalità di adesione nei contratti associativi, e, nella versione anteriore alla riforma, nella Sezione VI, Capo V, Titolo V del Libro V del Codice Civile originariamente dedicata agli "Organi Sociali".

Ma come affermato all'inizio del presente paragrafo, alla costante utilizzazione del termine "organo" non ha sempre fatto (e tutt'ora non fa) riscontro un univoco indirizzo interpretativo circa il significato ad esso attribuito. Il concetto in esame sembra infatti aver subito i predetti travagli del dibattito dottrinale legato alla figura della persona giuridica, venendo a volte individuato come parte integrante della persona giuridica cui non sarebbe legato da alcun rapporto intersoggettivo ma da una vera e propria immedesimazione dell'uno nell'altra¹¹⁰, a volte considerato una

RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Dig. disc. Priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 216.

¹⁰⁸ Cfr. quanto già illustrato brevemente *infra*, capitolo primo, paragrafo 3.

¹⁰⁹ Cfr. *infra* capitolo primo.

¹¹⁰ MAJORCA, *La nozione di organo nel diritto privato con particolare riguardo alla teoria delle associazioni*, in *Annali della facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, Vol. XI, Napoli,

pura invenzione¹¹¹, a dire di altri autori una mera duplicazione del concetto di rappresentanza e per altri ancora, all'opposto, strumento di azione della persona giuridica in virtù di specifici riferimenti normativi¹¹².

a) La teoria organica nella configurazione antropomorfica della persona giuridica.

La teoria del rapporto organico oggi abbracciata dalla dottrina maggioritaria trova, dunque, i suoi natali in Germania come diretta evoluzione della concezione antropomorfica della persona giuridica: nel seno di una siffatta concezione, si è detto, l'ente è visto come un tutto unitario, portatore di una propria volontà e di un proprio interesse personale, distinti da quello delle persone fisiche chiamate ad esternarli¹¹³. L'aggregazione degli individui per il perseguimento di un fine comune, l'esistenza di interesse collettivi organizzati¹¹⁴ costituiscono l'elemento qualificante di quelle vicende in cui emerge la figura dell'organo. In tale senso, quindi, il concetto di organo nasce proprio per consentire e giustificare l'attribuibilità agli enti collettivi della capacità d'agire¹¹⁵.

Come scriveva Pugliatti¹¹⁶, nelle ipotesi definite di rappresentanza organica, il soggetto che agisce per l'ente, pur mantenendo l'autonomia soggettiva in ordine alla propria sfera giuridica, per quanto attiene

1937, p. 61.

¹¹¹ ARANGIO RUIZ come illustrato da MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 945.

¹¹² GIAMPIERI, *Organi di persone fisiche*, in *Contratto e Impresa*, 1995, p. 630.

¹¹³ GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, op. cit.

¹¹⁴ PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 187; GIAMPIERI, *Organi di persone giuridiche*, op. cit., p. 630 ss.

¹¹⁵ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del diritto civile*, op. cit., p. 274. Cfr. inoltre, infra, cap. 1, par. 3.

¹¹⁶ PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, op. cit., p. 517.

all'attività che compie per l'ente, si considera parte integrante di esso, perché inserito nell'organizzazione dell'ente.

Sotto questa prospettiva, le persone fisiche agenti sono concretamente la testa e le braccia, ossia, per l'appunto, gli "organi" della persona giuridica: in quanto parti integranti dell'ente fanno corpo con la stessa, o meglio ne sono il corpo: si compenetrano e si immedesimano nella persona giuridica stessa¹¹⁷. Da qui il concetto summenzionato di immedesimazione organica.

b) Le tesi negatrici del concetto di immedesimazione organica.

L'impostazione in termini di capacità giuridica e di agire (così direttamente immaginata in capo all'ente in virtù di una concezione antropomorfica della persona giuridica), comunque, ha come presupposto che si accolga la tradizionale concezione della persona giuridica come soggetto di diritto, separato e distinto dagli individui che la compongono. Se, respinto detto principio di alterità dell'ente, abbracciando invece le diverse teorie finzioniste o neofinzioniste sopra delineate, si attribuisce all'espressione il valore di mero espediente linguistico per riassumere una disciplina speciale, allora si giunge a conclusioni affatto diverse: il problema sarà allora solo accertare se ricorrono le premesse per applicare quella speciale disciplina ed individuarne i limiti, mentre i concetti di capacità di agire, capacità giuridica e di rapporto organico resterebbero ridotti a mere espressioni metaforiche¹¹⁸.

Secondo questo orientamento, infatti, la differenziazione la figura di "organo" e quella di "rappresentante" sarebbe in realtà fittizia, perché fittizia sarebbe da dirsi, ancor prima, l'idea di una potestà di volere del

¹¹⁷ Cfr. MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private* in *Studi in onore di Valli*, Milano, 1955, p. 940.

¹¹⁸ GALGANO, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 76 ss.

soggetto collettivo, essendo la volontà per sua natura un fenomeno solo umano. Sarebbe un mero artificio opporre rappresentanza e rapporto organico, attribuendo solo al primo i tratti di una relazione intersoggettiva tra entità distinte e dotata di rilievo esterno e asserendo che nel secondo non ci sarebbe più distinzione tra titolare dell'ufficio e ente stesso. Secondo quest'ordine di idee non vi sarebbe alcuna ragione logica per distinguere la rappresentanza volontaria da quella organica (che meglio andrebbe definita "*rappresentanza degli enti collettivi*"¹¹⁹) dal momento che entrambe le fattispecie determinerebbero né più né meno una scissione tra fattispecie negoziale e i suoi effetti, i quali soltanto ricadrebbero sull'ente. Precisamente, da tale considerazione non potrebbe trarsi alcuna conclusione in merito ad una fusione tra gli uni (gli organi) e l'altro (l'ente): detti soggetti giuridici resterebbero comunque separati e l'introduzione del concetto di organo sarebbe dovuta al mero fatto che, in sua assenza, potrebbe sembrare che si intenda equiparare la persona giuridica ad un incapace, mentre sarebbe più "estetico" sostenere che sia la stessa persona giuridica ad agire. Detta critica muove, dunque, dall'empirica considerazione che è innegabile che l'ente, per la sua astrattezza, debba necessariamente servirsi di persone fisiche per svolgere la propria attività, senza che questo possa essere letto come un demerito, costituendo a contrario un mero dato distintivo dell'ente collettivo¹²⁰: l'astrattezza propria delle persone giuridiche non potrebbe dunque indurre all'affermazione dell'incapacità di agire delle stesse, trattandosi a contrario di "*un suo particolare modo d'essere o forma di vita*"¹²¹.

¹¹⁹ Cfr. sul punto DELLE MONACHE, sub *Art. 1387 c.c.*, in *Commentario al Codice Civile. Dei contratti.*, Vol. 3, op. cit., p. 11.

¹²⁰ FERRARA Sr, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit.

¹²¹ FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, il quale sviluppa l'assioma per cui dall'essenzialità di agenti per la persona giuridica non può desumersi

Non può tuttavia negarsi che anche a voler leggere una siffatta astrattezza quale requisito insito dell'ente collettivo, il risultato pratico che si otterrebbe abbracciando detta teoria non cambia: l'adesione alla tesi ora menzionata si riduce comunque nell'escludere che gli enti collettivi siano dotati di capacità d'agire intesa appunto come quella qualità che consente ad un soggetto di porre in essere fatti produttivi capaci di modificare la propria sfera giuridica. Abbracciando la comune idea di rappresentanza infatti, quale scissione tra fattispecie e i suoi effetti, si deve necessariamente concludere che l'ente, una volta ammesso che operi attraverso semplici rappresentanti, si riduce ad un soggetto che riceve effetti giuridici derivanti da atti imputabili alle persone fisiche che ne spendono il nome¹²².

Tuttavia, è stato autorevolmente osservato che soggettività e partecipazione alla vita attiva del diritto non possono qui disgiungersi ed è quindi necessario riconoscere all'ente collettivo l'idoneità a porsi come fonte di produzione di fattispecie giuridiche, e non solo come destinatario degli effetti delle stesse. Da questo punto di vista il concetto di organo sembra ancora ineludibile perché l'unico capace di supportare l'idea per cui i fatti e gli atti della persona fisica che agisce per l'ente sono atti e fatti dell'ente stesso.

c) Evoluzione del concetto di organo.

E d'altra parte tanto ineludibile è parso il concetto di organo, che anche i

un'incapacità della stessa. Cfr. sul punto DE GIORGI, *Le persone giuridiche, associazioni e fondazioni* in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 325.

¹²² DELLE MONACHE, *Art. 1388*, in *Commentario al Codice Civile. Dei contratti*. op. cit.; per un rilievo analogo FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, op. cit., p. 177 ss.

sostenitori delle teorie contrarie a quelle gierkiane giunsero a cercare soluzioni dogmatiche tali da poter legittimare un “rapporto organico” nell’ambito delle persone giuridiche, ontologicamente diverso da quello meramente rappresentativo.

Così, per chi abbraccia una teoria rigorosamente giuridica (in forza della quale l’ente non si identifica in un’entità materiale, ma è entità meramente giuridica, per cui ciò che l’ordinamento assume a centro di soggettività non è la collettività in sé, “ma ciò che il gruppo deve essere secondo le disposizioni dello statuto”¹²³), una configurazione degli organi quale quella sopra enucleata non può esser accolta: le persone fisiche non possono esser parte di un’entità giuridica, compenetrarsi o immedesimarsi in essa, costituendo entità non omogenee. Ecco che si deve dunque ricorrere a degli *escamotages* per giungere al medesimo risultato, indispensabile dal punto di vista pratico, di attribuire l’atto compiuto dall’agente all’ente stesso.

Secondo un primo indirizzo, quindi, si è cercato di pensare agli organi sotto una diversa luce e configurare un’entità-parte che abbia natura altrettanto giuridica dell’ente complessivo: si giunge quindi alla nozione di organo-ufficio. Ma questa soluzione trova il suo limite nella considerazione che l’organo-ufficio così interpretato non può esser lo strumento che permette alla persona giuridica di volere e agire, perché pure esso è entità schiettamente giuridica, mentre volontà e attività, come già sopra rilevato, sono opera solo delle persone fisiche: seguendo detto indirizzo, al fine di rispettare i caratteri strutturali delle une e delle altre persone, si finisce per sacrificare quelli funzionali e si giunge, anche qui, al paradosso per cui le persone giuridiche non possono operare nel

¹²³ ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell’ordinamento internazionale* I, Milano, 1951; MINERINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, op. cit., p. 938.

mondo giuridico perché incapaci di volere e di agire, ed impossibilitate ad usare strumenti che le rendano diretta fonte di produzione di fattispecie giuridiche¹²⁴.

Di fronte a questo genere di perplessità, una parte della dottrina opera quindi il passaggio opposto e dal piano pratico risale a quello dogmatico: secondo una tale impostazione, lo stabilire se gli agenti della persona giuridica siano semplicemente rappresentanti ovvero organi, nel senso testé indicato, costituirebbe una questione meramente di diritto positivo: l'ente si avvarrebbe dei primi quando impiega le persone fisiche come punto di imputazione soggettiva delle fattispecie e si appropria dei soli effetti delle stesse, dei secondi, quando utilizza le persone fisiche come strumenti di produzione psicologica di fattispecie che sono ad esso imputate. E per giungere ad un siffatto risultato, detta dottrina deve immaginare il più complesso fenomeno dell'attribuzione all'ente dell'atto posto in essere dall'agente mediante un meccanismo di imputazione giuridica che soppianta e si sovrappone alla primitiva imputazione psicologica degli atti stessi agli individui che li hanno compiuti¹²⁵.

¹²⁴ Questa è la direzione perseguita da una dottrina che tuttavia ha limitato la propria indagine all'ordinamento interno dello Stato. Secondo tale impostazione, la soluzione è data dal pensare certi atti giuridici come imputabili non all'ente nella sua interezza (lo Stato), ma direttamente ai suoi uffici: quando ciò avviene, quindi, compete a detti uffici una soggettività giuridica: così MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, op. cit., p. 948.

¹²⁵ Un tanto sarebbe possibile perché, a dire di questa corrente interpretativa, se è vero che dal punto di vista psicologico solo agli agenti può essere imputato il singolo atto da essi compiuti, l'imputazione giuridica non corrisponde necessariamente a quella psicologica. Quindi, la considerazione che la persona fisica ha posto in essere una determinata fattispecie è decisiva per la sua pertinenza di fatto, ma non per quella giuridica. L'ordinamento può decidere di imputare la fattispecie ad un soggetto che è diverso da quello che materialmente l'ha posto in essere. In questo modo è possibile

Stabilire, dunque, di quale figura si tratti costituirebbe solo un punto di arrivo, cui giungere all'esito dell'esame complessivo della disciplina propria di ciascun ente¹²⁶. Rientrerebbe quindi nella scelta statutaria del singolo organismo il servirsi degli uni o degli altri, a seconda che la persona giuridica abbia interesse ad essere intesa quale diretta fonte di produzione della fattispecie giuridica ovvero le sia sufficiente essere mero punto di riferimento delle conseguenze giuridiche delle fattispecie medesime, essendo astrattamente possibili ambo le qualificazioni predette.

Un'evoluzione di questa teoria giunge invece a concludere che il procedimento di imputazione degli atti alla persona giuridica si fonda su norme di organizzazione e l'attribuire all'ente l'atto compiuto dalla persona fisica-organo diventa un procedimento ammissibile proprio in virtù delle norme organizzative interne che individuano (o addirittura espressamente indicano) gli individui cui spetta esercitare il potere o adempiere all'obbligazione della persona giuridica e stabiliscono altresì quali comportamenti specifici possono essere adottati da quegli individui in relazione al potere o all'obbligo della persona giuridica¹²⁷.

L'organo diviene punto di riferimento di norme di competenza che gli

per l'ordinamento rendere fonte di produzione di fattispecie giuridiche, dal punto di vista giuridico, soggetti che dal punto di vista psicologico non ne avrebbero la capacità. Tuttavia, per la partecipazione al commercio, non è sempre essenziale per la persona giuridica esser fonte di produzione, potendo talvolta esser sufficiente semplicemente che alla stessa siano imputati gli effetti e le conseguenze giuridiche di date fattispecie, che agli agenti poi restano imputate non solo psicologicamente ma anche giuridicamente: in tal caso, afferma l'autore, la persona giuridica si avvarrà solo di rappresentanti e non di organi

¹²⁶ MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, op. cit., p. 950.

¹²⁷ D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, op. cit., p. 68.

attribuiscono la facoltà di esercitare determinati poteri e la regola organizzativa viene a costituire, dunque, il tramite tra la persona e l'attività dell'organo e, proprio sulla base delle norme interne che ne disciplinano l'attività, consente di giustificare il procedimento dell'imputazione dell'atto compiuto dall'organo in capo alla persona giuridica.

Tale procedimento, secondo la dottrina, trova dunque fondamento nella stessa disciplina normativa e si fonda sul presupposto di inesistenza di un principio di ordine logico che ne possa escludere l'ammissibilità, posto che si tratta di un'imputazione giuridica e non psicologica.

d) La teoria moderna.

L'assunto per cui quando l'organo della persona giuridica (o dell'ente organizzato) opera nell'esercizio delle sue funzioni, esso non viene in considerazione come entità distinta e terza rispetto all'ente, ma sostanzialmente è la persona giuridica stessa, viene quindi ancorato ad una giustificazione normativa e così insindacabile. E alla luce di questo fondamento giustificativo, pertanto, il cerchio si chiude: se il concetto di "rapporto giuridico" presuppone sempre una relazione tra almeno due individualità, titolari di situazioni soggettive distinte, con riguardo al nesso esistente tra ente e organo (che in tale sua veste quindi incarna un vero e proprio elemento costitutivo dell'ente stesso cui afferisce) mai potrà formalmente e tecnicamente parlarsi di "rapporto", difettandone il dualismo fondante, ma solo di effettiva immedesimazione dell'organo stesso nell'ente giuridico per il quale agisce; il termine rappresentanza organica non viene così a designare un rapporto esterno tra soggetti che permangono distinti, ma riassume e giustifica un fenomeno per cui non solo gli effetti degli atti, ma gli stessi atti e fatti posti in essere dalla

persona fisica si traducono direttamente in atti e fatti della persona giuridica¹²⁸.

Essenziale al fine di determinare il fenomeno della diretta iscrizione e pertinenza giuridica all'ente collettivo degli atti posti in essere dall'organo è quindi il concetto stesso di organizzazione, quale "grandezza giuridica"¹²⁹ in grado di fissare lo statuto giuridico dell'agire funzionale dei gruppi collettivi in quanto sistema di norme di condotta teleologicamente orientate alla realizzazione dello scopo dell'ente attraverso la previsione di corrispondenti competenze, rappresentative di diversi poteri, facoltà e doveri.

E' l'organizzazione che rende possibile ciò che altrimenti non sarebbe conseguibile come effetto della mera rappresentanza¹³⁰, ossia l'attrazione all'ente dell'operato dei suoi organi per farne oggetto di diretta imputazione giuridica¹³¹.

Detta immedesimazione organica, quindi, rende l'atto alieno rispetto al suo autore permettendo che lo stesso sia invece attribuito ad un soggetto diverso: con tutti gli effetti che il medesimo atto porta con sé, siano essi diretti o indiretti, sia immediati che riflessi. Precisamente deve intendersi che questi atti sono "*prodotti dagli organi, nella loro accezione soggettiva (imputazione psicologica), e successivamente imputati, vale a dire attribuiti, all'ente (imputazione giuridica)*"¹³². In altri termini, quindi, il principio dell'immedesimazione organica avrebbe come conseguenza l'imputazione

¹²⁸ DE GIORGI, *Le persone giuridiche, associazioni e fondazioni*, op. cit., p. 325.

¹²⁹ MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 5.

¹³⁰ Ma vedi *contra* DELLE MONACHE, *Art. 1387*, in *Commentario al Codice Civile. Dei contratti*, op. cit., p. 13, nonché in *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza*, op. cit., 230 ss. V. *infra* questo stesso paragrafo.

¹³¹ SCALISI, *Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione*, op. cit., p. 43.

¹³² FALZEA, *Capacità (teor. gen)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1969, p. 32.

all'ente collettivo di tutti “*in genere i comportamenti giuridicamente rilevanti, leciti od illeciti, esterni od interni, e persino dei fatti di coscienza, come la buona fede*”, spingendosi pertanto ben “oltre ai confini in cui il nostro diritto positivo riconosce operante il fenomeno della rappresentanza”¹³³.

L'attuale maggioritaria configurazione del rapporto organico consente, conclusivamente, di ottenere quel risultato prima ricercato di imputazione diretta all'ente non solo degli effetti dell'atto posto in essere in suo nome, ma direttamente e propriamente dell'atto stesso, ed in genere di tutti i comportamenti giuridicamente rilevanti, leciti ed illeciti, negoziali e non negoziali, sostanziali e processuali¹³⁴. Non si rinviene a priori un soggetto che assuma la veste di “rappresentante”: il rapporto organico evita

¹³³ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 302. L'autore fa qui presente come l'individuazione di questo concetto abbia tradotto, nella ricostruzione del più ampio concetto di persona giuridica, in termini logico-giuridici la maturata coscienza di dover rimuovere tutta una serie di “immunità” delle quali le persone giuridiche avevano goduto nel passato. Interpretando l'amministratore munito di poteri rappresentativi quale mero rappresentante dell'ente, infatti, si giungeva a negare la responsabilità del secondo per gli illeciti compiuti dal primo, non essendo concepibile ed ammissibile una rappresentanza negli atti illeciti. Il concetto di immedesimazione organica consente di superare questo scoglio, ma rischiava di dare vita ad una immunità di senso contrario: attribuendo l'atto compiuto esclusivamente alla persona giuridica e non più al suo autore, si giungeva alla conclusione di rendere quest'ultimo personalmente irresponsabile nei confronti di un eventuale danneggiato. Ma anche tale immunità è stato di fatto eliminata dal diritto positivo. Cfr. anche FALZEA, *Capacità (teor. gen)*, op. cit., p. 32.

¹³⁴ DE GIORGI, *Le persone giuridiche, associazioni e fondazioni* op. cit., p. 325; FALZEA, *Capacità (teor. gen)*, op. cit., p. 32; SCALISI, *Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione*, op. cit., p. 45, il quale precisa come l'imputazione all'ente sia dell'atto nella sua interezza ed altresì di qualunque fatto umano, soggettivo o stato di coscienza come la buona fede, la scienza o l'ignoranza, estendendo così i confini entro i quali il nostro diritto positivo riconosce operante il fenomeno della rappresentanza.

definitivamente quello sdoppiamento fra l'attività giuridica imputata all'agente e gli effetti della medesima imputati all'interessato. L'ente esprime la sua stessa (e propria) capacità d'agire per il tramite dei suoi organi ed ingloba nella sua sfera giuridica atti che devono dirsi propriamente suoi, e cioè ad esso imputati come fosse una persona fisica. E in tale senso pare essersi definitivamente orientata anche la giurisprudenza, laddove afferma *“il dipendente va distinto dagli organi della stessa (società) deputati all'azione esterna (...) che sono gli amministratori; ne consegue che solo con riferimento a detti soggetti è applicabile la cosiddetta teoria organica in virtù della quale la persona fisica che agisce per l'ente non è un rappresentante, ma è lo strumento di diretta imputazione dell'attività giuridica all'ente, mentre un dipendente può assumere poteri di rappresentanza solo in forza e nei limiti delle funzioni di procuratore o commesso ad esso attribuite”*¹³⁵.

Fermo quanto sopra, una precisazione però pare sin d'ora d'obbligo (anche se verrà meglio approfondita nel corso di questo lavoro).

Stabilito che in forza del rapporto di immedesimazione organica si giunge all'imputabilità diretta all'ente di “in genere, tutti i comportamenti giuridicamente rilevanti”, deve tenersi comunque presente il carattere della funzionalità di detta immedesimazione. Occorre quindi anticipare subito una domanda che sarà il fulcro della parte centrale di questo lavoro, ossia la questione se sia sempre corretto asserire l'immediata imputabilità di *qualsiasi* atto compiuto dall'organo.

Va qui infatti già anticipato che chi scrive ritiene di concordare con quella dottrina che, in virtù della invocata funzionalità della rappresentanza organica, ricorda come debba tenersi sempre presente che se l'organo ha la funzione di esprimere la volontà dell'ente, ciò significa che la volontà

¹³⁵ Cass. Civ., 12.10.1992, n. 11115, in *Mass. Giur. It.* 1992. Parimenti: Cass. civ., 02.07.2012, n. 11053, in *CED Cassazione*, 2012; T.A.R. Piemonte Torino, 21.04.2011, n. 421, in *Pluris*; Cass. civ. Sez. I, 26/10/2004, n. 20771 in *Le Società* 2005 n. 9, p. 1116.

dell'organo è (o più precisamente deve essere) quella dell'ente e viceversa, perciò l'organo “non può volere” atti che contrastino con la volontà, con l'attività e con lo scopo dell'ente, siccome statutariamente sanciti¹³⁶.

Pertanto se è vero quanto sopra detto che “l'organo è dotato di un'originaria competenza potenzialmente illimitata ad amministrare e rappresentare”¹³⁷ la persona giuridica, detta illimitatezza di poteri deve essere però sempre intesa come riferita al compimento di quegli atti che, se la persona giuridica potesse agire direttamente senza l'ausilio della persona fisica, potrebbe compiere ed effettivamente compirebbe. Dunque, come si vedrà in seguito, il potere di rappresentanza ha carattere generale, solo nei limiti e “nel senso che la sua ampiezza coincide con quella della funzione amministrativa alla quale accede”¹³⁸.

Pertanto riprendendo la distinzione prospettata da Mirabelli occorrerà particolarmente distinguere i casi in cui l'organo agente è altresì dotato del potere deliberante rispetto a quello in cui ne è privo¹³⁹.

In particolar modo è con riguardo alla seconda fattispecie che altra autorevole dottrina chiarisce che “l'atto stipulato dalla persona fisica investita del potere di rappresentanza può esser riferito all'ente soltanto se corrisponde alla volontà manifestata dall'organo deliberante”¹⁴⁰.

¹³⁶ TRIMARCHI, *Associazioni non riconosciute: opponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza*, nota a Cass. Civ. 7 giugno 2000, n. 7724, in *Notariato*, 2001, p. 461 ss., BOERI, *Sull'opponibilità a terzi dello statuto di un'associazione non riconosciuta - Nota a sentenza 7 giugno 2000, n. 7724*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2001, n. 5, p. 542.

¹³⁷ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, op. cit.

¹³⁸ BASILE, *Gli enti di fatto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 2^a ed., 1999, p. 538 ss.

¹³⁹ MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, op. cit., p. 357.

¹⁴⁰ VISINTINI, *Delle rappresentanza*, op. cit., p. 201; la stessa giurista afferma che “d'altronde allo stato attuale degli studi e della prassi giudiziale comunque la teoria organica non funge più a supportare una sorta di immunità della persona giuridica, come avveniva in passato,

e) In conclusione.

Ora, a voler tirar le somme in un quadro così articolato, va comunque riconosciuto come al giorno d'oggi appare avere poco senso, com'è stato osservato, la disputa circa l'esatta configurazione del rapporto organico e più in generale il dilemma tra teoria unitaria e teoria pluralistica della rappresentanza e quindi la sussumibilità dell'immedesimazione organica nello schema rappresentativo. Per quanto si sia tentato un breve sguardo generale, le dottrine sull'esatta configurazione dei rapporti rappresentativi sono assai svariate ed il panorama dogmatico non può essere esaurito in queste poche pagine¹⁴¹. Come rilevato, l'uso del concetto di organo è ad oggi ben entrato a far parte del linguaggio legislativo, e prescinde di fatto da ogni adesione o meno alla teoria organica o a questo piuttosto che a quell'orientamento dottrinario (basti vedere l'art. 1332 c.c. ovvero la legge fallimentare al capo secondo): indica semplicemente coloro che hanno il potere di compiere atti giuridici vincolanti per un'organizzazione

quando dall'immedesimazione organica s deduceva l'alienità anche dell'illecito compiuto dalla persona fisica titolare dell'organo. Attualmente non si dubita più che le persone giuridiche debbano rispondere dei fatti illeciti commessi dalla persona fisica che ha la rappresentanza, raffigurandosi comunque una responsabilità separata ed in caso concorrente della persona giuridica e di quella fisica".

¹⁴¹ Non si è, a titolo esemplificativo, fatta menzione dell'idea prospettata da VISENTINI, *Della rappresentanza*, op. cit., 1993, p. 176, per cui l'unica bipartizione esistente sarebbe quella tra rappresentanza volontaria e rappresentanza necessaria, e la rappresentanza organica rientrerebbe semplicemente nel nell'alveo di quest'ultima; ovvero la posizione di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, op. cit., p. 275, il quale giunge a porre in dubbio altresì che la stessa rappresentanza legale sia una forma di rappresentanza in senso tecnico.

collettiva, siano essi atti interni o esterni¹⁴².

E', dunque, coerente e legittimo pensare conclusivamente che la rappresentanza sia caratterizzata da un nucleo omogeneo (l'agire in nome altrui con effetti diretti sul patrimonio del rappresentato), con la consapevolezza che da questo nucleo si diramano comunque fattispecie poi ben più articolate e differenziate vista la diversità dei presupposti empirici, degli interessi in gioco e dei trattamenti giuridici. Ogni tipo di "rappresentanza" (in senso stretto o senso lato) ha quindi la sua disciplina, che in parte coincide e in parte no con la disciplina degli altri tipi. Il paradigma legislativo di base è quello della rappresentanza volontaria, rispetto al quale di volta in volta occorre domandarsi se le norme ad esso inerenti sono applicabili o meno alla fattispecie in esame¹⁴³.

f) Ulteriori spunti riflessivi.

Va da ultimo segnalata un'importante dottrina che inverte i termini del problema, offrendo una chiave di lettura opposta alla tradizionale impostazione ma che avrebbe il pregio di risolvere le dispute passate riducendo ad unità le varie posizioni in merito alle varie configurazioni del potere rappresentativo.

L'affinità tra rappresentanza volontaria ed organica non andrebbe ricercata o valutata nel senso che comunemente ci si aspetterebbe quando si pensa ad un affiancamento delle due fattispecie, ovvero nel ritenere che, come nella volontaria, anche per l'organica vi sarebbe uno sdoppiamento di posizioni in modo tale che, posta l'autonomia tra ente rappresentato e agente rappresentante, al primo andrebbero imputati solo gli effetti di

¹⁴² GALGANO, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, in *Trattato di diritto civile*, Vol. 2, 2^a ed., Padova, 2010, p. 440 s.

¹⁴³ ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 312.

situazioni giuridiche compiute dal secondo.

Il piano logico andrebbe invece interamente ribaltato nel senso che, a contrario, sarebbe da ritenersi che anche nella rappresentanza volontaria non si assiste ad una mera imputazione degli effetti meri di negozi compiuti da altri, ma la fattispecie negoziale dal rappresentante si deve imputare nella sua interezza al rappresentato. In altri termini, sarebbe da ritenere che anche nella rappresentanza volontaria e non soltanto nella rappresentanza organica il rapporto rappresentativo in sé deve tradursi in qualcosa di più intenso che una mera deviazione verso il rappresentato dell'efficacia giuridica dell'atto compiuto in nome altrui.

Con ciò, l'Autore non intende negare la profonda differenza comunque esistente tra rappresentanza organica e rappresentanza volontaria, ma spostare la questione nella diversa dimensione che invece le sarebbe propria, ovvero quella quantitativa piuttosto che quella qualitativa.

Sotto questa diversa prospettiva allora, l'organo si distinguerebbe dal rappresentante non perché opera con conseguenze diverse rispetto agli atti che rispettivamente ciascuno è abilitato a compiere, *“ma per la serie più vasta ed eterogenea di fattispecie, e precisamente - tutte quelle produttive di effetti rispetto ai quali l'ente ha capacità giuridica-, che il primo è in grado di imputare al soggetto per il quale agisce, o, più precisamente, nel quale si immedesima”*¹⁴⁴.

Di immedesimazione organica sarà allora corretto parlare non nel senso che solo in essa viene meno la dualità tipica del rapporto di rappresentanza, bensì nel senso diverso e persino più immediato che per l'ente non esiste alcuna possibilità d'agire al di fuori dell'organo (immedesimazione dell'ente nell'organo), e che, reciprocamente, l'organo, quando opera nell'ambito delle proprie incombenze, non compie atti che

¹⁴⁴ DELLE MONACHE, *Art. 1387*, in *Commentario al Codice Civile. Dei contratti*, op. cit., p. 12.

non siano atti dell'ente (immedesimazione dell'organo nell'ente)¹⁴⁵.

3. *Segue.* Nuovi spunti a favore della volontarietà della rappresentanza degli amministratori alla luce della riforma delle società per azioni.

Nel paragrafo precedente si è detto come l'orientamento teorico di maggior seguito, nella disputa relativa alla controversa individuazione del potere rappresentativo, è quello volto a considerare il rapporto organico (sia nel caso di coincidenza tra organo deliberante ed organo agente, che nel caso di scissione tra gli stessi) come una terza categoria di "rappresentanza" in senso lato, propriamente definita di immedesimazione, giuste le caratteristiche proprie che la connotano, o al più quello volto ad avvicinare l'istituto in esame alla rappresentanza volontaria, ma ciò solo per il tramite di un'inversione di prospettiva che porti a ritenere che anche nella rappresentanza volontaria si giungerebbe a quella stessa imputazione al rappresentato non solo degli effetti dell'atto concluso dal rappresentante, ma dell'atto nel suo complesso.

Ciononostante, per onor di completezza, merita qui un cenno una nuova impostazione che si è affacciata solo a seguito della recente riforma societaria, tesi partorita nel seno della disciplina delle società per azioni ma che si vorrebbe (a nostro parere, impropriamente) poter prospettare in termini generali con riguardo a qualunque entità collettiva ed organizzata.

A dire dell'Autore che detta teoria propone¹⁴⁶, vi sarebbero nuovi

¹⁴⁵ Cfr. DELLE MONACHE, *Art. 1387*, in *Commentario al Codice Civile. Dei contratti*, op. cit., p. 13, nonché in *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza*, op. cit., 230 ss.

¹⁴⁶ MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, in *Amministratori*, in *Commentario Breve alla riforma delle società*, a cura di Ghezzi, Milano, 2005, p. 179 ss. *Idem*, affermano

argomenti a favore della natura volontaria - secondo la più tradizionale prospettiva - della rappresentanza degli amministratori sociali.

Precisamente, tale dottrina pone l'attenzione su due significative novità introdotte dal legislatore della riforma, dalle quali desume tre argomenti a sostegno di questo mutamento di prospettiva, con riferimento alle ipotesi di scissione dei poteri.

Le novità che rileverebbero ai fini in esame si rinvergono nel testo dell'art. 2365, 2 comma, c.c. e, ancora, in quello dell'art. 2384 c.c.

In primo luogo, l'attuale formulazione del primo articolo citato consente all'assemblea straordinaria di attribuire agli amministratori, al consiglio di amministrazione o al consiglio di sorveglianza la competenza a modificare la clausola statutaria relativa al potere di rappresentanza. Ciò significa che attualmente i soci possono attribuire al consiglio di amministrazione il potere di indicare a quali cariche sociali possa essere ricollegato il potere di rappresentare la società e quindi, indirettamente, il potere di determinare in concreto quali tra gli amministratori avranno la rappresentanza sociale.

In secondo luogo, l'art. 2384 c.c. (sul quale avremo ben modo di ragionare) prevede che il potere di rappresentanza possa esser attribuito, oltre che dallo statuto sociale, anche direttamente (ed esclusivamente) dalla deliberazione di nomina.

Secondo la teoria qui riproposta, ora, le modificazioni così introdotte dal legislatore, specie questa seconda, avrebbero incidenza addirittura decisiva sull'annoso dibattito relativo alla natura e alla fonte del potere di rappresentanza, e ciò, si diceva, per tre ragioni.

Innanzitutto, assumerebbe rilievo la più chiara formulazione sul tema

ABRIANI-MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in *Le società per azioni*, Vol. IV, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2010, p. 607 nota 120.

della rappresentanza rispetto alla versione precedente.

L'affermare, ad esempio, che il potere di rappresentanza può essere *attribuito dallo statuto o dalla delibera di nomina* comporta, di riflesso, che il potere *de quo* non sia necessariamente collegato a qualunque atto di nomina, altrimenti il rinvio "*anche allo statuto*" quale fonte di rappresentanza sociale non risulterebbe più esser necessario. Ne consegue che per attribuire detto potere di rappresentanza con la deliberazione di nomina, è necessaria un'espressa indicazione in tal senso, posto che questo potere deriva agli amministratori da un atto di volontà, che non può ritenersi presunta in ogni delibera dell'assemblea con cui si provveda alla nomina degli amministratori.

Corollario di quanto sopra è, quindi, ritenere legittima una disposizione contenuta nello statuto che si limiti a rimettere alla delibera assembleare ordinaria, che di volta in volta nomina gli amministratori, l'individuazione di quali di essi godano del potere rappresentativo.

Ecco allora che la fonte del potere di rappresentanza, o meglio l'atto attributivo in concreto di detto potere ai singoli amministratori, può non derivare dallo statuto (ed essere quindi ontologicamente collegato ad esso) ma consistere anche in una delibera dell'assemblea di nomina dell'amministratore.

Interpretando le parole dell'Autore, allora, l'attribuzione formale con l'atto di nomina non varrebbe da "specificazione" e delimitazione di un potere rappresentativo di per sé consunzionale (e precisamente da esclusione degli altri amministratori non nominati dalla titolarità del potere rappresentativo¹⁴⁷) ma priverebbe di senso l'immaginare una rappresentanza funzionale derivante dallo stesso essere organo della società.

¹⁴⁷ Tesi questa sostenuta da varia dottrina, per la ricognizione della quale si rinvia *infra*, capitolo terzo.

A tale considerazione si legherebbe la successiva: il secondo argomento contrario alla natura legale o autonoma della rappresentanza organica dovrebbe essere ricavato dalla diversità di tenore tra il primo ed il secondo comma dell'art. 2384 c.c.

Non è più consentito ritenere, infatti, che il legislatore attribuisca in via generale ed astratta il potere di rappresentanza agli amministratori salvo poi limitare detto potere con l'indicazione, prevista dall'art. 2328 n. 9 c.c., dei soggetti cui spetta la rappresentanza sociale. Una tale interpretazione era forse sostenibile, a dire di detta tesi, data l'incertezza del dato normativo, solo nel periodo anteriore alla riforma. Secondo l'autore va notato, infatti, che, quando il legislatore ha voluto riferirsi ai limiti del potere di rappresentanza, lo ha fatto in maniera esplicita, mentre il primo comma dell'art. 2384 c.c., nel determinare i soggetti cui è applicabile la disciplina là prevista, non contiene alcun riferimento ad una limitazione di questo potere. Ciò che questa teoria intende sostenere è che, se il legislatore avesse inteso prevedere tanto al primo quanto al secondo comma dell'art. 2384 c.c. una disciplina dei limiti del potere "legale o "connaturale alla funzione" di rappresentanza, ciò avrebbe fatto in modo meno ambiguo e lacunoso.

Terzo ed ultimo argomento si rinverrebbe nel confronto tra il testo dell'art. 2384 c.c. e quello dell'art. 2475 bis c.c. primo comma, relativo ai poteri di rappresentanza nelle srl; quest'ultima disposizione prevede, infatti, che "*gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società*". Considerata la diversità nella formulazione dei due articoli (il primo, si ribadisce, afferma che "*il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale*") sarebbe, quindi, possibile parlare di un potere che deriva direttamente dalla legge solo per le s.r.l. La norma relativa a queste infatti non richiede che il potere venga attribuito a determinati soggetti ma sembra riconoscerlo a tutti gli

amministratori. Non più così sarebbe per le s.p.a. Qui, secondo l'autore in commento, una tale conclusione non sembrerebbe potersi trarre, posto che l'art. 2384 parla espressamente di *attribuzione* del potere di rappresentanza e non è più di semplice indicazione dei soggetti che hanno la rappresentanza sociale, come invece si limitava a prevedere l'art. 2328, 2° co., n. 9 c.c.

Esposta una tale teoria, va tuttavia chiarito che se anche si intendesse dividerne le considerazioni, dovrebbe concludersi comunque per la sua validità con riguardo alle sole società per azioni. Solo con riguardo a queste la fonte del potere di rappresentanza, a seguito della riforma, verrebbe più o meno espressamente ancorata ad una fonte volontaristica. Come si avrà modo di rilevare nel corso di questo lavoro e come la stessa giurisprudenza ha dichiarato, infatti, le modifiche normative imposte dalla riforma societaria non hanno inciso sulla disciplina delle persone giuridiche diverse dalle società di capitali e conseguentemente, mancando l'introduzione di puntuali modifiche, non vi sarebbe ragione per negare le considerazioni sino ad oggi sviluppate dalla dottrina sul concetto di immedesimazione organica di natura necessaria e funzionale nei termini sopra prospettati, diversi quindi da una mera rappresentanza volontaria come voluta dall'ultima tesi qui riassunta¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Non può negarsi peraltro che tale rilievo consentirebbe di spiegare le differenze di disciplina che in questo lavoro si tenterà di motivare (in modesto contrasto rispetto alla più autorevole dottrina) tra la rappresentanza delle spa e quella degli enti del Libro Primo, in particolar modo delle associazioni. Se infatti fosse possibile ancorare la rappresentanza delle società di capitali ad una fonte volontaristica si spiegherebbe con maggior agilità l'attribuzione di un potere "generale" (così voluto e determinato dalla fonte attributiva e vincolata dalla previsione normativa), analogamente a come può avvenire con un atto di procura e non esclusivamente funzionale, come continuerebbe ad essere negli enti del Libro Primo, laddove tale potere di rappresentanza seppur

4. L'art. 18 c.c. ed il significato del richiamo alle norme sul mandato.

4.1. Il ruolo dell'amministratore nelle associazioni: mandatario dell'assemblea o titolare di un potere autonomo ed originario?

La lettera dell'art. 18 c.c., riferito alle associazioni, rischia di segnare una breccia nelle conclusioni sin'ora abbracciate volte a negare la qualifica di meri rappresentanti volontari agli amministratori, posto che lo stesso definisce gli amministratori responsabili verso l'ente secondo le norme del mandato.

E' da domandarsi dunque se la portata della disposizione giunga estensivamente a qualificare gli amministratori quali effettivi mandatarî del gruppo, rendendo senz'altro agli stessi applicabili le norme sulle rappresentanza volontaria e sul mandato, annullando così, limitatamente alle persone giuridiche del Libro Primo le valutazioni sin qui svolte circa l'autonomia del rapporto di immedesimazione organica.

Va allora chiarito come il disposto in esame, già per la dottrina dominante, sia diretto non ad individuare la veste giuridica degli amministratori nei rapporti verso l'esterno (fattispecie che sarebbe regolamentata dall'art. 19 c.c. e dai principi interpretativi di cui oltre si dirà), ma a regolare esclusivamente i rapporti interni tra gli organi dell'associazione ed assemblea degli associati.

La questione ci riporta alla constatazione che in capo agli amministratori

tendenzialmente generale non cessa di essere funzionale e quindi vincolato per l'effetto proprio alla funzione cui detto potere deve assolvere, funzione che si paleserebbe quale "fonte" e "limite". In tale senso interessante spunto offre la sentenza Cass. Civ. 07.06.2000 n. 7724, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2001, n. 5, p. 539, siccome commentata da BOERI, *Sull'opponibilità a terzi dello statuto di un'associazione non riconosciuta*, op. cit., p. 542.

degli enti collettivi generalmente fanno capo poteri sia di natura gestoria che rappresentativa. E come si avrà ben modo di chiarire *infra*¹⁴⁹, tali poteri generalmente si riscontrano “concentrati” in capo agli stessi soggetti, di modo che chi amministra è anche colui che rappresenta l’ente. Ciononostante può accadere che lo statuto introduca disposizioni per cui il potere gestorio (attribuito a tutti gli amministratori, generalmente radunati nel consiglio di amministrazione) venga dissociato rispetto a quello rappresentativo (attribuito a singoli amministratori - o terzi - individuati). Di tale situazione ci occuperemo specificatamente nel corso di questo lavoro, ma il richiamo a tale situazione appare utile per capire il senso dell’art. 18 c.c.

Con siffatta disposizione il legislatore ha inteso regolare la fase gestoria del potere conferito agli amministratori, richiamando limitatamente a questo aspetto, in maniera generica e generale, le disposizioni in materia di mandato (lasciando peraltro alla giurisprudenza e alla dottrina, sostanzialmente, il compito di individuare quali norme siano effettivamente applicabili alla fattispecie in esame).

Peraltro, su quale sia l’esatta portata del richiamo, la dottrina ha espresso pareri contrastanti, dei quali qui non si ritiene di dover fare che una mera menzione, posto che il tema della gestione sociale è sì correlato a quello rappresentativo ma esula, di per sé, l’ambito di indagine di questa tesi.

Basti qui rilevare che se è incontestabile che nelle associazioni, al pari che nelle società di capitali, gli amministratori rappresentano un necessario elemento di organizzazione del gruppo, nella disciplina delle prime, a differenza delle altre, mancano norme che sottraggono gli amministratori alle direttive dell’assemblea e li investono di un’esclusiva competenza a governare. Stante il silenzio della legge sul punto (salvo l’art. 18 c.c. ed il

¹⁴⁹ Per ogni riferimento dottrinario e giurisprudenziale v. *infra*, capitolo quarto, paragrafo 2.

suo generico richiamo alle norme sul mandato), anzi, la dottrina ha elaborato principi difformi.

Per parte della dottrina, l'assemblea potrebbe intervenire sull'operato degli amministratori sia fissando direttive generali, sia con ordini concreti circa il compimento di azioni determinate, sino ad avocare a sé l'intera amministrazione ed incaricare gli amministratori della sola esecuzione delle proprie deliberazioni¹⁵⁰: secondo questa impostazione, l'art. 18 c.c. dovrebbe essere letto nel senso di attribuire agli amministratori la veste pura e semplice di mandatari del gruppo¹⁵¹, legati quindi all'ente da un vero e proprio contratto di mandato, connesso strutturalmente all'accordo associativo (ammettendosi così amministratori esterni)¹⁵².

¹⁵⁰ FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 353, nota 5; Cfr. anche GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 314 ss. Parimenti nel diritto tedesco, STAUDINGER - COING, *Kommentar zum BGB, I, sub. § 32, Anm. 3*, Berlino, 1957, p. 269.

¹⁵¹ FERRARA Sr, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 285-287 ss.; AURICCHIO, *Associazioni riconosciute*, in *Enciclopedia del diritto*, III, n. 12, Milano, 1958, p. 900. In Germania, le norme sul mandato sono esplicitamente estese agli amministratori dal § 27 del BGB. Ma la dottrina precisa che le stesse operano soltanto laddove non vi sia una deroga pattizia contenuta nello statuto che abbia delimitato le competenze dell'assemblea ed investito gli amministratori dell'esclusiva competenza gestoria. Così, STAUDINGER - COING, *Kommentar zum BGB, I, sub. § 27, Anm. 24*, op. cit., p. 249; DENECKE - JOHANNSEN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes - Kommentar, I, sub § 27. Anm. 3*, 1970, p. 109.

¹⁵² FERRARA Sr, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 826, per il quale “*l'assemblea è la vivente incarnazione dell'associazione. Essa concentra in sé l'imperium, l'alta sovranità corporativa, e l'attua in forma diretta e plenaria con le sue deliberazioni*”. La presenza degli amministratori diviene una mera necessità di fatto, non giuridica, al pari di una persona fisica che abbia la gestione di un patrimonio molto vasto e si avvale di agenti e rappresentanti. Sulla base di considerazioni del tutto analoghe, GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 259, nota. 7. Negli Stati Uniti, KESSLER, *The Statutory*

Altra concezione ha affermato invece che, se è pur vero che l'assemblea rappresenta un organo sovrano, dovrebbe altresì rilevarsi che detta sovranità si esplica solo nelle decisioni ultime riservate alla stessa assemblea, “*mentre altri organi autonomi estrinsecano in modo immediato la personalità del gruppo, nell'ambito della loro competenza*”. Secondo la tale gli amministratori, lungi dall'essere meri portatori di deleghe assembleari, sarebbero invece organi immediati di volontà della persona giuridica (e, così concepiti, non possono che essere membri dell'associazione stessa¹⁵³). Questa impostazione, sviluppata nell'ambito delle società di capitali e nelle cooperative, vale come principio guida di tutte le organizzazioni collettive di tipo associativo, consentendo di affermare che gli amministratori hanno cessato di essere meri portatori di deleghe della collettività per essere invece titolari di una “competenza originaria ed indisponibile”¹⁵⁴.

Tale affermazione deriverebbe dall'applicazione ragionata dell'art. 38 c.c. che impone agli amministratori una personale responsabilità per le obbligazioni della società: gli amministratori di una associazione non riconosciuta non possono essere vincolati all'esecuzione di delibere assembleari da loro giudicate dannose, non essendo concepibile che essi siano poi chiamati a rispondere personalmente per operazioni sulle quali non avevano alcun sindacato decisionale: a questi è quindi attribuita un'esclusiva competenza ad amministrare, sottratta alle direttive dell'assemblea. Tali considerazioni devono potersi estendere anche alle

Requirement of a Board of Directors: a Corporate Anachronism, in *Chicago Law Rev.*, 1960, p. 669.

¹⁵³ GIERKE, *Über die Geschichte des Majoritätsprinzips*, in *Essay in legal history*, 1913, p. 333.

¹⁵⁴ GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, op. cit., p. 690, nota 1.

associazioni riconosciute, data l'identità del tipo contrattuale, posto che se è pacifico il principio per cui le disposizioni legislativamente previste per le associazioni riconosciute valgono, salva diversa previsione espressa, per le associazioni non riconosciute, non può non valere anche il procedimento inverso, ossia all'integrazione della disciplina delle associazioni riconosciute per il tramite di principi desumibili dalla disciplina delle prime¹⁵⁵. Se, dunque, è peculiare il regime della responsabilità personale degli amministratori nelle associazioni non riconosciute, non ugualmente peculiare è la *ratio* che lo sottende: ovvero il principio che limita le competenze dell'assemblea e le interdice ogni ingerenza nell'amministrazione attiva della persona giuridica¹⁵⁶.

All'assemblea, quindi, spetterà la nomina e la revoca degli amministratori, il controllo sul loro operato e l'azione di responsabilità nei loro confronti, ma essa mai potrà impartire istruzioni su singole operazioni od opporsi al loro compimento, con conseguente inefficacia di ogni delibera che ingerisca nell'amministrazione dell'ente¹⁵⁷.

Ne deriva che gli amministratori non possono ritenersi vincolati all'associazione da un contratto di mandato implicante la soggezione del mandatario alle istruzioni del mandante (art. 1711 c.c.), né tanto meno da un contratto di lavoro subordinato, né da un contratto cd. di

¹⁵⁵ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 263.

¹⁵⁶ Così MIOLA, *Atti estranei all'oggetto sociale ed autorizzazioni e ratifiche assembleari dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, n. 3. p. 280. Sulla rinnovata ripartizione di competenze scaturente dalla riforma del diritto societario, cfr anche PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum* di Campobasso, diretto da Abbadessa-Portale, vol. 2, Torino, 2006, p. 5 ss.

¹⁵⁷ Comprese quelle di ratifica o previa autorizzazione ad agire oltre ai limiti dei poteri conferiti, come si vedrà nell'apposito paragrafo sul limite dell'oggetto sociale

amministrazione¹⁵⁸ autonomo e separato dal contratto di associazione o fondazione.

Ecco con ciò chiarita l'esclusiva portata dell'art. 18 c.c. e del richiamo alle norme sul mandato. Lungi quindi dal relegare gli amministratori al ruolo di meri rappresentanti del gruppo, rendendo applicabili le norme tutte previste per la rappresentanza volontaria, essa assume un significato nei termini dell'individuazione della responsabilità degli stessi amministratori verso l'ente, ossia dell'obbligazione risarcitoria gravante sugli amministratori che abbiano cagionato col loro operato danni all'associazione o fondazione¹⁵⁹.

4.2. Disciplina del mandato suscettibile di applicazione in forza dell'art. 18 c.c.

L'insussistenza di alcun vincolo contrattuale tra amministratori e ente

¹⁵⁸ MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 71.

¹⁵⁹ Ci si può chiedere se sia forse possibile giustificare l'art 23 c.c. e l'inopponibilità ai terzi della violazione della delibera assembleare con tale autonomia e divieto ingerenza. Se deve ritenersi che la gestione, ancor prima della rappresentanza, spetti in via esclusiva all'organo amministrativo e non all'assemblea, ecco che non potrà giammai opporre al terzo l'inefficacia di un atto compiuto dall'amministratore in ottemperanza di una delibera assembleare: la cesura del rapporto tra delibera assembleare e organo amministrativo, quand'anche superata o manipolata all'interno dell'ente (nei termini di ammettere che vi siano azioni amministrative che vengono imposte da delibere assembleari) porterà sempre all'ovvia conseguenza della irrilevanza esterna dell'eventuale invalidità della delibera assembleare sulla quale l'amministratore ha conformato il proprio autonomo agire. Ma se questa è la *ratio* che soggiace al principio di inopponibilità ai terzi dell'invalidità della delibera assembleare, non lo stesso pare potersi dire con riguardo a nullità di delibere consiliari. Ma questo è oggetto del capitolo quarto, paragrafo 2, concernente l'ulteriore passaggio della dissociazione tra potere amministrativo e potere rappresentativo.

comporta sul piano pratico una notevole conseguenza: il riferimento operato dall'art. 18 c.c. alle norme sul mandato, va inteso in senso notevolmente restrittivo, proprio perché l'amministratore non può definirsi un mandatario dell'ente¹⁶⁰.

Quali sono dunque le disposizioni che trovano applicazione in virtù del richiamo dell'art. 18 c.c.?

Per parte della dottrina la portata del rinvio è stata limitata all'applicazione dell'art. 1710 c.c. che si riferisce alla diligenza del mandatario¹⁶¹.

La norma *de qua* era espressamente richiamata in materia di società dall'art. 2392 c.c. (il quale recitava: “*gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario...*”). La riforma del diritto societario ha parzialmente inciso sulla disposizione in questione, eliminando per l'appunto il riferimento all'amministratore quale mandatario - così mostrando di recepire le considerazioni sopra svolte circa la scorretta qualificazione del rapporto organico nei termini di rapporto di mandato - sicché il testo attuale dell'articolo oggi recita così: “*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze ...*”¹⁶² -, tuttavia le considerazioni originariamente svolte dalla dottrina sul punto possono ancora dirsi valide con riferimento all'art. 18 c.c.¹⁶³.

¹⁶⁰ IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 1997, p. 274

¹⁶¹ GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, op. cit., p. 258.

¹⁶² Cfr, sul punto, PERRONE, *Art. 2932*, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian-Trabucchi, IX ed, Padova, 2009.

¹⁶³ Ci si riferisce a titolo esemplificativo alle considerazioni svolte da MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 200-201, il quale afferma che quale che sia la fonte di individuazione delle singole obbligazioni dell'amministratore si applica la

Ancora, per questa stessa dottrina, sarebbe suscettibile di applicazione analogica anche il disposto dell'art. 1176, co. 2, c.c. per cui nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata, norma che esige una *peritia artis* nella esecuzione dell'incarico gestorio.

Entrambe le norme citate attengono, come evidente, alla fase gestoria più che alla disciplina del rapporto rappresentativo.

Più inerente al tema oggetto del presente lavoro, appare invece l'applicabilità, accettata da parte della dottrina, della norma di cui all'art. 1708 c.c., allorché il rappresentante amministratore agisca in seguito a delibera del consiglio di amministrazione. Alla luce del disposto *de quo*, l'obbligazione del rappresentante si estende al compimento di quegli atti o fatti che, pur non espressamente previsti dalla deliberazione, siano essenziali a quelli deliberati. La norma va considerata come applicazione del generale disposto dell'art. 1362, 1° co., c.c., che impone l'interpretazione del contratto indagando la comune intenzione delle parti, senza limitarsi al senso letterale delle parole.

Sulla stessa linea, deve trovare applicazione l'art. 1710, 2° co., c.c., per cui il rappresentante deve rendere note al rappresentato le circostanze che possono determinare la revoca o la modifica del mandato.

Conseguentemente l'amministratore di fondazioni o associazioni quando sopraggiungano fatti nuovi idonei a modificare le valutazioni del consiglio di amministrazione sull'opportunità dell'esecuzione della delibera – ovvero quando venga a conoscenza egli stesso di circostanze già verificatesi ma ignote al consiglio di amministrazione al momento della deliberazione – dovrà darne comunicazione a quest'ultimo (peraltro una

regola che la responsabilità per inadempimento colposo è valutata con minor rigore, se il contratto di amministrazione è a titolo gratuito.

nuova convocazione è agevole nelle fondazioni stante la frequente clausola statutaria che consente al presidente di riunire il consiglio quando si renda necessario).

Tuttavia può accadere che l'amministratore venuto a conoscenza delle circostanze sopraindicate non abbia il tempo per attendere la convocazione dell'organo decisionale. Pare potersi trovare soluzione, allora, nell'applicazione dell'art. 1711 c.c. L'amministratore potrà discostarsi dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al consiglio, e tali da non potergli essere comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che il consiglio avrebbe dato il suo consenso¹⁶⁴.

Tali considerazioni non appaiono superflue e ad esse si farà ricorso quando si verrà a discutere delle ipotesi patologiche di esercizio del potere rappresentativo, in casi di dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo.

5. La rappresentanza organica e la *contemplatio domini*.

La rappresentanza degli amministratori è dunque una rappresentanza organica espressa nei termini di cui sopra.

Se nel paragrafo precedente si è tentata una veloce scorsa dei limiti di applicabilità all'istituto in parola delle disposizioni previste per la rappresentanza volontaria ed il mandato, una particolare attenzione merita la problematica sottesa all'operatività o meno dell'art. 1388 c.c.¹⁶⁵, in virtù del quale l'ente è vincolato dai contratti conclusi dagli amministratori solo

¹⁶⁴ IORIO, *Le fondazioni*, op. cit., ma vedi in senso contrario MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, p. 935 ss.

¹⁶⁵ Il quale così recita: "Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato".

se essi abbiano agito in suo nome (salva la configurabilità ed efficacia a determinate condizioni di una *contemplatio domini* tacita o presunta).

La questione della necessità di una spendita del nome del rappresentante in un contesto di immedesimazione organica è stata oggetto di approfondimenti ancora una volta specificatamente svolti in ambito societario, con soluzioni inizialmente differenti a seconda che ci si trovasse al cospetto di società di capitali o società di persone. Ma, ancora una volta, si deve ritenere che i risultati ivi raggiunti possano trovare applicazione altresì con riguardo agli enti collettivi del Libro Primo.

La spendita del nome, tradizionalmente ritenuto elemento essenziale dell'agire rappresentativo, risente inevitabilmente delle difficoltà concettuali legate all'articolazione della disciplina dei vari fenomeni rappresentativi intorno allo schema della rappresentanza volontaria.

Precisamente l'analisi della *contemplatio domini* e delle varie forme della sua manifestazione riveste un ruolo centrale in tutte le più recenti trattazioni in materia di rappresentanza in generale¹⁶⁶. E' di tutta evidenza che ammettere la superfluità della *contemplatio domini* ovvero accettare con una certa larghezza forme tacite o presunte di spendita del nome equivale a privilegiare l'aspetto sostanziale della gestione dell'interesse altrui, mentre dare preminenza all'aspetto formale della manifestazione del nome del

¹⁶⁶ Mentre la specifica questione della rilevanza della spendita del nome in un contesto di immedesimazione organica, rileva DELLE MONACHE, *La Contemplatio domini, Contributo alla teoria della rappresentanza*, op. cit., p. 2, è stata a lungo "negletta" tra i temi di indagine relativi alla rappresentanza. Fa notare infatti l'Autore che la dottrina si è occupata sino alla fine del secolo scorso solo in superficie dell'analisi della questione in esame, tanto che nessun contributo specificatamente riferito alla *contemplatio domini* è comparso nel volume AA.VV., *Rappresentanza e gestione* a cura di VISINTINI, Padova, 1992, opera che ha raccolto gli scritti di un incontro di studi *ad hoc* sul tema della rappresentanza, svoltosi a Genova nel 1991 e che avrebbe costituito un valido teatro per dibattere della questione in esame.

rappresentato sposta il fondamento della rappresentanza dal rapporto di gestione all'esercizio del potere rappresentativo. Nell'alveo di tale intervallo, dottrina e giurisprudenza si sono quindi più volte interrogate sulla più corretta soluzione e sui limiti di ammissibilità di una *contemplatio domini* presunta o tacita, problematiche il cui interesse risiede non soltanto nel rilievo sistematico di singoli casi interpretativi di volta in volta esaminati (che coinvolgono essenzialmente la possibilità di estendere alcune norme generali sulla rappresentanza volontaria anche a quella organica), ma specie nel fatto che, in una materia caratterizzata essenzialmente dall'eterogeneità delle situazioni concrete, la *regula iuris* in grado di dare certa risposta alle domande degli operatori giuridici ancora non è stata rinvenuta con certezza.

Con riguardo alla problematica nell'ambito della rappresentanza negli enti collettivi, uno tra gli Autori che più approfonditamente si è occupato della questione, ha svolto la propria indagine muovendo dal caso particolare per giungere a quello generale¹⁶⁷.

Innanzitutto il punto di partenza è consistito nell'originale prospettiva di avvicinamento tra due forme rappresentative (volontaria ed organica) rilevando come tale affiancamento opererebbe in senso inverso rispetto a quanto tradizionalmente prospettato, ovvero sottolineando che la rappresentanza volontaria non si distingue dall'immedesimazione organica sul piano del meccanismo giuridico che conduce a riferire le conseguenze degli atti posti in essere dal rappresentante o dall'organo rispettivamente al *dominus* o all'ente collettivo: in entrambi i casi, infatti, a tali soggetti verrebbero imputate direttamente le relative fattispecie e non i meri effetti giuridici degli atti compiuti dal rappresentante.

Come si è illustrato, secondo tale autorevole dottrina la differenziazione

¹⁶⁷ DELLE MONACHE, *La "Contemplatio domini". Contributo alla teoria della rappresentanza*, op. cit., p. 234.

starebbe in altro, ovvero nel fatto che mentre la nomina di un rappresentante si traduce nell'attribuzione del potere di compiere uno o più atti giuridici determinati (o anche indeterminati ma pur sempre rientranti nella sfera dell'ordinaria amministrazione e comunque da scegliere essenzialmente tra quelli a struttura dichiarativa), l'istituzione di un organo, invece, avrebbe un rilievo diverso: *“essa significa, infatti, costituire uno stabile centro di competenze in ragione della cui esistenza le persone fisiche, titolari della funzione organica, sono in grado di imputare all'ente collettivo, per questa loro posizione, anche fattispecie che non potrebbero formare oggetto di rappresentanza e in relazione alle quali un eventuale contemplatio domini non avrebbe alcun significato”*¹⁶⁸.

Ciò chiarito, l'Autore rileva come in realtà l'immedesimazione organica sia chiamata ad operare in ambiti assai vasti, riguardando essa non solo ogni comportamento umano giuridicamente rilevante, ma persino gli stati di coscienza dell'individuo¹⁶⁹. Ma se così, è dunque palese che se l'organo compie - ad esempio - un atto illecito, l'imputazione all'ente della relativa fattispecie sarà diretta conseguenza della *posizione* giuridica della persona fisica legata, per l'appunto, da un rapporto organico all'ente collettivo e non può certo farsi dipendere, invece, da una dichiarazione apposita di colui che ha agito.

¹⁶⁸ DELLE MONACHE, *La “Contemplatio domini”*. *Contributo alla teoria della rappresentanza*, op. cit., p. 232. Sul punto l'Autore richiama altresì, BIANCA, *I gruppi minori e la responsabilità della associazione non riconosciuta*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1963, p. 1319 ss. e ivi p. 1333. In realtà la posizione di Bianca, tende ad allontanarsi da quella sostenuta dall'Autore e, altresì, da quella assunta a fondamento di questo lavoro, nella parte in cui afferma che *“la sua imputazione all'ente (n.d.r. dell'atto concluso dal rappresentante organico) è comunque imputazione degli effetti: la dichiarazione di volontà è pur sempre della persona fisica portatrice della qualifica organica”*: così BIANCA, *Il contratto*, Padova, 2000, p. 78.

¹⁶⁹ FALZEA, v. *Capacità (teoria generale)*, op. cit. p. 32.

Sulla base di tali premesse questa tesi rileva che la distinzione tra rappresentante e organo, oltre a cogliersi sotto il profilo dei diversi ambiti in cui può svolgersi la rispettiva attività, non sta nel risultato dell'attività stessa (che è sempre e comunque l'imputazione giuridica della fattispecie ad un soggetto diverso da colui che ha agito), ma piuttosto nel modo attraverso cui tale risultato si produce: così, se nel caso del rappresentante, non si può prescindere dalla *contemplatio domini*, nel caso dell'organo, la *posizione* di questi implicherebbe già di per sé (almeno nelle ipotesi ora viste di atti illeciti e comunque per tutti gli atti non meramente dichiarativi), l'attrazione della fattispecie all'ente collettivo senza necessità di alcuna spendita, come la maggiore dottrina ammette per il rappresentante legale.

Ma se, come rileva detta dottrina, un tanto è sicuramente vero con riguardo alle predette ipotesi particolari della commissione dell'illecito o degli stati soggettivi dell'agente, è da domandarsi se relativamente alle altre ipotesi una siffatta automatica attrazione della fattispecie all'ente in virtù della sola posizione di organo del soggetto che ne ha posto in essere gli elementi di fatto possa renderla superflua la spendita del nome altrui.

In altri termini, slittando dal caso particolare a quello generale, il nodo della questione qui riproposta è se detta spendita del nome dell'ente condizioni l'imputazione allo stesso degli atti a struttura dichiarativa compiuti dall'organo nell'esercizio delle proprie incombenze¹⁷⁰.

Sul presupposto di aver accomunato l'agire del rappresentante volontario e quello dell'organo sotto il profilo della comune idoneità a determinare l'imputazione della fattispecie al *dominus* ovvero all'ente collettivo, si è dunque osservato come potrebbe non sembrare priva di logica l'estensione anche al rappresentante organico del principio desumibile

¹⁷⁰ DELLE MONACHE, *La "Contemplatio domini". Contributo alla teoria della rappresentanza*, op. cit., p. 234.

dall'art. 1705, 1° co., c.c. in materia di mandato senza rappresentanza¹⁷¹.

Sulla base dell'applicazione estensiva, anche con riguardo al rapporto organico, del citato articolo dovrebbe ricavarsi che, a prescindere dalla circostanza che il destinatario della dichiarazione sappia o meno che l'altro contraente sta agendo in esecuzione di un rapporto di mandato, non di meno il contratto gestorio è da imputare direttamente e solo al mandatario (o rappresentante organico) in difetto di un comportamento specifico idoneo a manifestare una sua eventuale volontà rappresentativa. Così peraltro si è assestata la maggiore dottrina¹⁷² e la pressoché unanime giurisprudenza¹⁷³, concludendo che a differenza di quanto sopra rilevato

¹⁷¹ Per il quale: *“Il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato”*.

¹⁷² Cfr. GALGANO, voce *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, op. cit., p. 443. Si sono inoltre pronunciati per la necessità della spendita del nome sociale, VISINTINI, *Della rappresentanza*, op. cit., p. 210, nonché BOERI, *Sull'opponibilità a terzi dello statuto di un'associazione non riconosciuta*, op. cit., p. 542.

¹⁷³ Innovative sono state le pronunce: Cass. Civ., 07.06.2000 n. 7724, cit., e Cass. Civ., 30.03.2000, n. 3930, in *Mass. Giur. It.*, 2000, per la quale ultima *“Anche nell'ipotesi di rappresentanza sociale è necessaria la “contemplatio domini” onde, se il rappresentante di una società non ne spende il nome, il negozio dallo stesso concluso non spiega effetti nei confronti della società medesima”*. Il principio è quindi poi divenuto pacifico: *ex plurimis*, Cass. Civ., 17.05.2010, n. 11973, in *CED Cassazione*, 2010, per la quale *“Nelle società in accomandita semplice il potere di rappresentanza spetta al socio accomandatario, mentre l'accomandante non può trattare o concludere affari in nome della società, se non in forza di procura speciale ... pertanto, incombe su chi sostiene di avere agito in nome e per conto della società non solo effettuare la “contemplatio domini”, ma, altresì, dimostrare di averla compiuta comunicando alla controparte la sua qualità”*. Va segnalato peraltro che anche secondo questa impostazione maggioritaria, la regola generale trova una rilevante deroga in ambito di società di persone, in virtù dell'interpretazione estensiva che la giurisprudenza offre dell'art. 147 della L. Fall. In questa tipologia societaria, la regola è quella della amministrazione disgiuntiva: ciascun socio è, disgiuntamente dagli altri, amministratore della società ed a ciascun amministratore spetta altresì la rappresentanza della stessa. In questa ottica,

per gli atti illeciti e non dichiarativi, per gli atti che comportano una dichiarazione la spendita del nome è indispensabile per l'attribuzione degli effetti (o *rectius*, della fattispecie) all'ente rappresentato.

Rispetto a siffatta posizione dominante, tuttavia, è dato sollevare qualche perplessità alla luce del senso stesso dell'elaborazione della teoria dell'organo, se è vero che questo rappresenta lo strumento in grado di assicurare una partecipazione piena degli enti collettivi alla vita del diritto, così determinando l'assorbimento della persona fisica titolare delle relative competenze nella soggettività dell'ente.

Così, come a nulla gioverebbe all'ente (al fine di sottrarsi agli effetti derivanti dall'illecito commesso dal suo organo) allegare che colui che svolge la funzione organica è persona diversa dall'ente stesso, ugualmente l'ente non potrebbe respingere la pretesa di chi agisse nei suoi confronti sulla base di un titolo negoziale concluso con l'organo, anche quando la

il potere di rappresentanza ha la sua fonte nel contratto sociale ed è insito in esso a prescindere da ogni qualsivoglia previsione statutaria di individuazione dei soci rappresentanti, la quale, se vi è, assolve la funzione inversa di privare, *a contrariis*, del potere rappresentativo i soci non amministratori non nominati. L'indicazione nominale non sarà dunque attributiva del potere, ma privativa dello stesso in capo ai soggetti non indicati. Sotto questo profilo, dunque, perché un socio obblighi la società, ovvero concluda contratti i cui effetti siano imputabili direttamente all'ente, non è affatto necessario che questi ne spenda il nome: ben potrà invece agire in nome proprio, producendosi comunque l'effetto di obbligare la società e gli altri soci se i creditori saranno in grado di provare che il loro contraente è socio di una società commerciale di persone e che lo stesso non ha agito nel proprio interesse (soltanto), ma nell'interesse della società. A questo risultato, si diceva, la giurisprudenza è giunta sulla scorta del secondo comma dell'art. 147 L. Fall. il quale, in altro campo, prevede l'estensione del fallimento al socio occulto di società palese. L'estensione sta nell'applicare la disposizione *a contrariis* nel caso di fallimento dell'imprenditore apparentemente individuale, il quale si scopra esser parte di una società occulta: il fallimento colpirà anche detta società e i rispettivi soci occulti.

persona fisica titolare della funzione non abbia effettuato la *contemplatio* (a patto che abbia agito nell'ambito delle competenze e fosse nota la sua qualifica)¹⁷⁴.

A contemperamento delle opposte posizioni, è da rilevarsi che anche l'orientamento maggioritario per il quale la spendita del nome è pur sempre necessaria, è giunto a ritenere non più imprescindibile una *contemplatio domini* manifestata con formule solenni o risultante espressamente dal contratto, ma ha ammesso che essa possa essere desunta *aliunde* e persino per il tramite di un mero atteggiamento, purché univoco e concludente, dal quale risulti ben chiaro alla controparte che il rappresentante non intenda acquistare in proprio i diritti ed assumere le obbligazioni nascenti dal contratto.

Ad oggi, quindi, appare senz'altro superato almeno il precedente orientamento giurisprudenziale più risalente e rigoroso che, richiedeva una dichiarazione espressa e considerava sempre inammissibile una spendita per *facta concludentia*, in quanto l'art. 1388 c.c. costituirebbe applicazione del principio, proprio della disciplina generale del contratto, secondo la quale il contraente dovrebbe avere sempre piena e chiara consapevolezza della parte che si obbliga nei suoi confronti, dell'oggetto e della causa, e di ogni ulteriore effetto dell'incontro delle volontà.

Resta comunque ferma per la giurisprudenza la necessità della spendita del nome espressa e risultante dallo stesso documento ogni qualvolta sia richiesta la forma *ad substantiam*, come nell'ipotesi emblematica di compravendite immobiliari¹⁷⁵.

¹⁷⁴ DELLE MONACHE, *La "Contemplatio domini". Contributo alla teoria della rappresentanza*, op. cit., p. 235, nonché, per i riferimenti a detta opinione contraria SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Torino, 1955, p. 261.

¹⁷⁵ La giurisprudenza sul punto è costante. Cfr. Cass. Civ., 13.04.2005, n. 7640 in *Contratti*, 2005, n. 11, p. 992, per la quale "*in tema di rappresentanza, ove il potere*

Da ultimo, è stato rilevato che, al fine di ritenere tacitamente intervenuta la *contemplatio domini*, non risulta comunque sufficiente la dimostrazione dell'altruità dell'interesse gestito, anche se conosciuta dall'altro contraente. Anche sul punto la dottrina ha sottolineato tale insufficienza, traendo argomento essenzialmente dall'art. 1705 c.c. il quale, in tema di mandato senza rappresentanza, conclama come sia possibile contrattare in nome proprio ma nell'interesse altrui, senza che la conoscenza dell'altruità dell'interesse stesso comporti la costituzione diretta di un rapporto col mandante¹⁷⁶. Non sembra invece possa trarsi alcun argomento a contrario dalla specifica disciplina dettata dall'art. 2208 c.c. in tema di atti compiuti dall'istitutore che abbia ommesso di far conoscere al terzo ch'egli trattava per il preponente, il cui rilievo resta limitato al campo delle "disposizioni particolari per le imprese commerciali" (cfr. Sez. III del Capo III del Libro Quinto del codice civile).

rappresentativo sia conferito in relazione al compimento di una attività negoziale per la quale è richiesta la forma scritta ad substantiam, quale (come nella specie) la compravendita di immobili, non solo l'esistenza del potere rappresentativo deve essere documentata in una procura avente la stessa forma dell'atto da eseguirsi, ma la spendita del nome del rappresentato deve essere espressa e deve anche risultare, ad substantiam, dallo stesso documento contrattuale, non essendo sufficiente che la procura sia esistente o che la stessa sia stata esibita, o che l'altro contraente sia a conoscenza della sua esistenza, né rileva l'eventuale affidamento di costui sulla esistenza del potere di rappresentanza".

¹⁷⁶ NATOLI, *La rappresentanza*, op. cit., p. 465, e GALGANO, *Obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, in *Trattato di diritto civile*, 2^a ed., Padova, 2010.

CAPITOLO TERZO

L'ESERCIZIO DEL POTERE GESTORIO E RAPPRESENTATIVO NELLE PERSONE GIURIDICHE

Sommario: 1. L'organo amministrativo nelle associazioni e nelle fondazioni. - 2. Prime considerazioni in ordine al potere di rappresentanza. - 3. La disciplina della rappresentanza nelle società di persone, nelle società di capitali e nelle persone giuridiche. Diverso quadro normativo e diverse soluzioni. - 3.1. La rappresentanza nelle società semplici. - 3.2. La rappresentanza nella s.n.c. e s.a.s. - 3.3. La rappresentanza nelle società di capitali. - 3.4. L'art. 19 c.c. e la rappresentanza nelle persone giuridiche del Libro Primo c.c. - 4. Il regime dell'opponibilità a terzi. - 5. Ingiustificata disparità di disciplina tra società di capitali e di persone. - 6. Ingiustificata disparità di disciplina tra società di capitali e persone giuridiche del Libro Primo. - 7. L'iscrizione nel registro. Significato e contenuto.

1. L'organo amministrativo nelle associazioni e nelle fondazioni.

Il potere di rappresentanza, vale a dire il potere di manifestare a terzi la volontà dell'ente con effetti giuridicamente imputabili a quest'ultimo, come già enunciato, è riservato tanto nelle associazioni quanto nelle

fondazioni, così come nelle società, agli amministratori e si esplica nella forma di una “rappresentanza”, o più correttamente “immedesimazione” organica, nei termini definiti nel precedente capitolo, cui si rinvia.

Prima di esaminare le modalità di esercizio del potere rappresentativo, appare ancora opportuno un breve cenno alle possibili strutture organizzative delle persone giuridiche. Ciò perché, come avremo modo di vedere, il potere rappresentativo non necessariamente coincide con potere gestorio (e quindi non necessariamente i titolari delle competenze di governo coincidono con le persone investite del potere di rappresentanza) come prevedrebbe la “regola” normativa¹⁷⁷, anzi, il più delle volte si assiste ad ipotesi di dissociazione tra poteri e l’individuazione della struttura gestoria e del meccanismo decisionale adottato dall’ente incide – o sarà da chiedersi se possa incidere – sulla sorte degli atti eseguiti dal rappresentante, eventualmente in presenza di vizi nella formazione della volontà interna.

Così, le determinazioni sull’ordinamento e sull’amministrazione sono legislativamente devolute, ai sensi dell’art. 16 c.c., allo statuto che deve farne espressa menzione. La giurisprudenza è dunque intervenuta nella materia precisando che la norma in esame potrà dirsi adempiuta solo laddove lo statuto abbia determinato la composizione dell’organo amministrativo e le modalità di nomina dei suoi componenti, con la menzione di quelli tra essi che hanno la rappresentanza. In difetto di ulteriori disposizioni statutarie, ogni ulteriore elemento d’organizzazione deriverà dalla mera applicazione di disposizioni di legge¹⁷⁸.

Dalla più semplice configurazione codicistica (e fatta salva ogni diversa volontà organizzativa degli associati o del fondatore), si ricava che agli amministratori sono attribuite le funzioni di gestione e rappresentanza

¹⁷⁷ Si rinvia sul punto *infra*, capitolo quarto.

¹⁷⁸ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 254.

dell'ente nei confronti dei terzi; agli stessi spetta anche l'obbligo di eseguire le attività previste dalla legge, quali la convocazione dell'assemblea per l'approvazione del bilancio (art. 20 c.c.) e la registrazione della persona giuridica (art. 33 c.c.); se dalla norma si ricava l'impianto "legale", allo statuto spetta la determinazione della composizione dell'organo amministrativo, l'individuazione dei soggetti titolari del potere rappresentativo e la precisazione degli ulteriori elementi sopra indicati¹⁷⁹.

Accade, tuttavia, ed appropriatamente di frequente, che gli statuti formulino, ad integrazione del dettato legislativo, anche ulteriori regole di organizzazione, sia con riguardo al funzionamento dell'organo amministrativo sia, relativamente alle associazioni, di quello assembleare. Succede spesso, quindi, che negli atti statutari sia prevista la costituzione di ulteriori organi, legittimati ad intervenire nel meccanismo decisorio, e non previsti legislativamente: organi di controllo che corrispondono ai collegi sindacali delle società o collegi arbitrali che hanno la funzione di risolvere eventuali controversie sull'interpretazione od esecuzione dello statuto¹⁸⁰.

Quale sia la natura del rapporto che lega gli amministratori all'ente è già stata affrontata nel precedente capitolo e si risolve nel contrasto tra i sostenitori della teoria gierkeniana dell'organizzazione corporativa, per i quali gli amministratori sono un organo di direzione dotato di originaria ed esclusiva competenza a governare, sovrano nei limiti delle proprie attribuzioni e che ripete i propri poteri dal contratto associativo stesso previsto *ex lege*¹⁸¹, ed i sostenitori dell'opposta teoria per la quale la

¹⁷⁹ Peraltro, la funzione rappresentativa può altresì essere attribuita ad altri organi, quali lo stesso presidente dell'associazione.

¹⁸⁰ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 254

¹⁸¹ La nomina assembleare un verrebbe quindi a costituire un negozio attributivo di

posizione gli amministratori andrebbe inserita esclusivamente nell'ambito di un contratto di mandato, connesso strumentalmente al contratto associativo¹⁸².

Venendo ad aspetti pratici, l'organo amministrativo può, tanto nelle associazioni quanto nelle fondazioni, essere costituito da una sola persona o, come avviene più frequentemente, da una pluralità di persone che costituiscono il consiglio di amministrazione, generalmente deliberante a maggioranza, ma per il quale ben possono essere statuite diverse modalità decisorie o differenti *quorum* di validità¹⁸³.

Per quanto organo imprescindibile in ciascun ente organizzato, la disciplina che lo regola varia parzialmente a seconda che ci si trovi innanzi

poteri ma un mero atto designativo le persone preposte a quella specifica funzione.

¹⁸² DE GIORGI, *Le persone giuridiche*, op. cit., 387. Vedi sul punto anche *infra*, capitolo secondo, paragrafo 4.2., relativo all'applicazione art. 18 c.c. e al richiamo alle norme sul mandato.

¹⁸³ DE GIORGI, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 255; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 254, il quale segnala tra l'altro che per il consiglio di amministrazione delle persone giuridiche del Libro Primo deve ritenersi operante, in linea di massima, la stessa disciplina valevole per le società di capitali. Così per le associazioni, a titolo esemplificativo dovrà dirsi operante l'art. 2385, ul. co., c.c. e, ancora, le dimissioni dei componenti degli organi sociali di un'associazione non hanno effetto automatico e immediato, ma solo a partire dalla loro sostituzione nelle cariche ricoperte, come statuito da una datata giurisprudenza (Trib. Roma, 26 luglio 1963 e ancora Trib. Bari, 6 maggio 1963). Il consiglio di amministrazione inoltre è l'organo che deve provvedere "permanentemente e continuativamente all'amministrazione"; non potrà quindi essere approvata una norma statutaria che preveda anticipatamente mere adunanze ordinarie e straordinarie dello stesso. In seno al consiglio stesso, lo statuto può prevedere la nomina di un più ristretto collegio, equiparabile al comitato esecutivo delle società di capitali, al quale possono essere delegate alcune funzioni (anche se deve segnalarsi come nelle fondazioni sia stata statuita l'invalidità di una clausola statutaria che rimetta la costituzione di un comitato esecutivo e l'ambito della delega alla discrezione degli amministratori stessi: cfr. Cons. Stato 1 giugno 1960).

a fondazioni ovvero associazioni.

Come è stato attentamente notato, gli elementi di differenziazione sono ben riassunti nell'assunto per cui l'associazione ha "organi dominanti" laddove la fondazione ha organi "serventi"¹⁸⁴. Il diverso inquadramento nasce dalla diversità degli scopi e delle funzioni delle due tipologie di enti. Mentre per le associazioni, la destinazione del patrimonio allo scopo costituisce oggetto di un impegno contrattuale ed i membri dell'associazione, parti di detto contratto, possono fruire del patrimonio con la stessa autonomia che è propria delle parti in ogni contratto, per quanto concerne le fondazioni, gli amministratori delle stesse sono chiamati all'esecuzione dell'atto di fondazione come all'esecuzione di un ufficio: sono pertanto vincolati al perseguimento dello scopo imposto dal fondatore e solo l'autorità governativa (ex artt. 25 e 28 c.c.) può esercitare un più profondo controllo e modificare la destinazione del patrimonio.

Precisamente, nelle associazioni, la nomina degli amministratori, così come la loro revoca, è atto di competenza esclusiva ed inviolabile dell'assemblea (eccezion fatta solo per i primi amministratori la cui designazione può esser contenuta nello statuto). Ogni eventuale clausola che sottragga all'organo assembleare detta prerogativa deve dirsi nulla, così come nulla deve dirsi l'eventuale clausola che deleghi dette competenze a terzi, associati o estranei all'ente¹⁸⁵.

La durata della carica è temporanea essendo stata interdetta la possibilità

¹⁸⁴ Così ricorda GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 85, richiamando KOHLER, *Recht der Stiftungen*, in *Archiv. T. burg. Recht*, III, 1890, p. 358; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, op. cit., p. 114.

¹⁸⁵ Così GALGANAO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 255, nonché, con riguardo alle società di capitali, MINERVINI, *Amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 14 ss; MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, p. 117.

di amministratori nominati a vita¹⁸⁶. Diversamente da quanto accade in ambito societario (ove si riscontra l'esplicito art. 2383 c.c.), con riguardo alle associazioni detto disposto è di origine solo giurisprudenziale, ma trova giustificazione nell'esigenza di che tutti gli associati possano accertare la regolarità della gestione e confermare o negare la fiducia all'amministratore. La *ratio*, comune quindi alle associazioni e alle società di capitali, è quella di consentire il reciproco controllo tra i vari organi tra i quali sono divisi i poteri del gruppo, caratteristica tipica dei fenomeni associativi a struttura corporativa, e non invece delle fondazioni.

In queste ultime, infatti, a differenza di quanto avviene nell'associazioni giuste le attribuzioni dell'assemblea degli associati, gli amministratori divengono gli unici arbitri della gestione: fermo il vincolo di destinazione imposto dal fondatore, essi possono determinare a loro piacimento i criteri ritenuti più opportuni per l'amministrazione del patrimonio e per la sua destinazione allo scopo. Il fondatore non ha nessun potere di ingerenza e la stessa predetta autorità governativa deve limitare il suo controllo ai soli aspetti di legittimità: nessun intervento è quindi consentito fino a quando gli amministratori non abbiano violato lo scopo, o lo statuto o non abbiano agito in contrasto con lo scopo della fondazione¹⁸⁷.

Gli amministratori delle fondazioni ben possono essere nominati a vita, e nessun limite è previsto per i criteri per la loro designazione e sostituzione, che possono dunque essere i più vari. La nomina può ben essere rimessa a terzi, generalmente ad enti pubblici o privati o a titolari di particolari cariche pubbliche o private. Anzi, amministratore può essere il

¹⁸⁶ Così già aveva statuito Cons. Stato, 16.02.1960, in Consiglio di Stato 1960, I, p. 2209.

¹⁸⁷ Cfr. FERRARA Sr., *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 299; IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 1997, p. 274 ss.;

titolare di altre diverse cariche, e lo stesso fondatore può nell'atto di fondazione designare la persona degli amministratori. Può, da ultimo, riservare a sé stesso e, dopo la sua morte, ai suoi eredi la qualifica di amministratore o di membro del consiglio di amministrazione.

Nelle associazioni gli amministratori possono essere solo persone fisiche, mentre, come anzidetto, la carica può essere rivestita anche da persone giuridiche nelle fondazioni.

La *ratio* di una tale diversità di disciplina riposa nell'inammissibilità per le prime ed ammissibilità nelle seconde della nomina di amministratori ad opera di terzi. Se si ammettesse, infatti, che l'organo amministrativo dell'associazione possa esser costituito da una persona giuridica terza, allora ciò significherebbe che le funzioni amministrative sarebbero esercitate, nell'associazione amministrata, dagli amministratori della persona amministrante, e quindi da soggetti scelti di fatto da terzi, sostituibili e revocabili ad opera di terzi, con conseguente spossessamento delle competenze tipiche ed esclusive dell'assemblea dell'associazione amministrata¹⁸⁸. Eventualità, si è detto, inammissibile, nelle associazioni.

Con riguardo alle fondazioni, invece, è qui normale che gli amministratori siano persone scelte, sostituibili e revocabili ad opera di terzi. La scelta di una persona giuridica quale organo amministrativo non comporta dunque alcuna violazione di norme interne dell'organizzazione dell'ente. Peraltro è fenomeno noto, relativamente alle fondazioni, quello per cui "*l'organizzazione di una persona giuridica è resa servibile per un'altra persona giuridica*"¹⁸⁹, cioè lo stesso corpo organizzativo funziona per enti diversi, ed è titolare di diverse sfere giuridiche autonome ed indipendenti: trattasi di un fenomeno peraltro espressamente previsto dall'art. 32 c.c. il quale si

¹⁸⁸ Con riferimento alle società di capitali, cfr. GLIOZZI, *Società di capitali amministratore di società per azioni?*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 138 ss.

¹⁸⁹ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit. p. 260.

riferisce ad una fondazione non riconosciuta per l'appunto amministrata da una persona giuridica¹⁹⁰.

In fine si rileva che, nelle fondazioni è ammissibile una duplice articolazione dell'organo amministrativo, contemplabile in sede statutaria (e invece legislativamente prevista nelle fondazioni bancarie) basata sulla distinzione tra organo di indirizzo e organo di amministrazione attiva. Le funzioni del primo possono riassumersi nella determinazione dei programmi, delle priorità e degli obiettivi della fondazione, nella deliberazione delle modifiche statutarie, nella nomina e revoca dei componenti dell'organo di amministrazione attiva e nell'esercizio nei loro confronti dell'eventuale azione di responsabilità, nonché, da ultimo, nell'approvazione del bilancio. Al secondo sarà invece devoluta la gestione ed amministrazione attiva dell'ente.

Sarà anche possibile che lo statuto contempli, in seno alla fondazione, la costituzione di un'assemblea, formata da utenti o dai beneficiari dell'attività della fondazione medesima o dai rappresentanti di enti esponenziali della comunità (locale o nazionale), avente tuttavia meri poteri consultivi; d'altro canto, se ad una simile assemblea lo statuto

¹⁹⁰ Va qui precisato che tale impostazione per la quale alle sole fondazioni sarebbe consentito esser amministrate da enti esterni, sembrerebbe in parte smentita dall'ormai risalente introduzione nel nostro sistema normativo del GEIE, in particolare dell'art. 5 del 23 luglio 1991, n. 240 che ammette che amministratore del GEIE sia una persona giuridica, introducendo quindi un particolare regime di pubblicità al fine di rendere conoscibile ai terzi che la persona fisica che compone l'organo amministrativo esercita le proprie funzioni quale rappresentante di una persona giuridica. Merita rilievo, ad ogni modo, la disposizione contenuta nel terzo comma per cui il rappresentante della persona giuridica "amministratore", "assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previste a carico delle persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore". Cfr., su questa considerazione, GIAMPIERI, *Organi di persone giuridiche*, op. cit., p. 643.

riservasse poteri di diversa natura e corrispondenti a quelli del predetto organo di indirizzo, ecco che allora ci troveremmo al cospetto di un'associazione e non di una fondazione (o, tutt'al più, di una fondazione con struttura associativa).

2. Prime considerazioni in ordine al potere di rappresentanza.

Brevemente delineati i caratteri generali, si può finalmente giungere ai profili relativi al potere rappresentativo.

Nel settore di nostro interesse, così come per il potere di gestione, anche con riguardo al potere di rappresentanza il dettato normativo è assai scarso. L'unica norma atta a regolare la rappresentanza con riguardo agli amministratori degli enti del Libro Primo è costituita dall'art. 19 c.c., la quale, lungi dal fornire indicazioni (anche deregolabili) sull'estensione del potere rappresentativo e sulle modalità del suo esercizio, si limita a disciplinare i rapporti tra rappresentante e terzi in presenza di limitazioni statutarie o pattizie dei poteri rappresentativi, così statuendo che *“le limitazioni del potere di rappresentanza, che non risultano dal registro indicato nell'articolo 33, non possono essere opposte ai terzi, salvo che si provi che essi ne erano a conoscenza”*.

La prima considerazione che sorge spontanea è che la disciplina sulla rappresentanza è regolata in maniera difforme tra enti riconosciuti, in quanto sottoposti alla pubblicità data dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, ed enti non riconosciuti: per questi, infatti, non vincolati ad un sistema pubblicitario, vale generalmente la regola per cui il terzo contraente ha, quando contratta con chi si dichiara rappresentante dell'ente, l'onere di verificare di volta in volta la fonte attributiva dei poteri rappresentativi (discutendosi peraltro se questa debba essere regolata sulla base della sola rappresentanza volontaria o se possa

comunque parlarsi di rappresentanza organica) ed accertare sulla base dello statuto, se l'atto che sta per concludere rientra tra quelli per cui il rappresentate gode di effettivo potere rappresentativo o meno¹⁹¹.

Per le persone giuridiche riconosciute, invece, vige l'opposta regola secondo la quale incombe sull'ente solo il portare a conoscenza dei terzi eventuali limitazioni dei poteri attribuiti ai rappresentanti mediante il meccanismo pubblicitario dell'iscrizione del Registro delle Persone Giuridiche degli atti contenenti disposizioni relative alla rappresentanza degli amministratori.

Ferma questa disposizione (i cui confini applicativi, comunque, alla luce delle varie possibili problematiche che possono emergere nei traffici e nei rapporti obbligatori saranno oggetto di specifica disamina nel successivo capitolo), la legge è muta.

E' allora da domandarsi se per tutto quanto non disposto, il legislatore avesse presupposto la possibilità di operare un'integrazione alla disciplina *de qua* mediante le norme dettate in materia societaria, e ancora, se la successiva riforma del diritto societario ed i principi che l'hanno sottesa, anche in punto rappresentanza e rapporti con i terzi, possano fungere da chiave di lettura anche per la disciplina delle associazioni e fondazioni, o se invece le lacune debbano esser risolte mediante l'applicazione dei principi generali sulla rappresentanza volontaria.

Va detto che importante dottrina è ferma nel ritenere applicabili anche alle persone giuridiche del Libro Primo i principi relativi alle società di capitali – ed in particolar modo alle società per azioni, elevate a prototipo delle persone giuridiche –, fatte salve le eccezioni e le particolarità che il diverso tipo normativo di ente pretende. E' incontestabile che in materia societaria, il legislatore ha dedicato al potere di rappresentanza maggiore

¹⁹¹ Cfr. quanto si dirà *infra*, capitolo quarto.

attenzione di quella riservata al potere gestorio. I principi desumibili dal diritto societario dovrebbero allora poter intergere la disciplina inerente la titolarità del potere rappresentativo e l'estensione dello stesso, per l'ipotesi in cui difetti alcuna iscrizione.

In realtà va ritenuto che non vi sia un'unica regola ma di volta in volta dovrà valutarsi quale disciplina meriti un'interpretazione analogica estensiva.

3. La disciplina della rappresentanza nelle società di persone, nelle società di capitali e nelle persone giuridiche. Diverso quadro normativo e diverse soluzioni.

3.1. La rappresentanza nelle società semplici.

Al fine di delineare un quadro il più possibile completo delle disposizioni normative volte a disciplinare i presupposti, l'estensione ed i limiti del potere rappresentativo nell'ambito delle collettività organizzate, si rende dapprima necessaria una breve rassegna delle norme rinvenibili nel codice civile con riguardo alle varie ipotesi di organizzazioni metaindividuali, onde far emergere i parallelismi e le differenze tra le varie discipline e ragionare, in chiave comparatistica, sulle possibili interpretazioni analogiche, estensive o restrittive, che ne possono derivare.

Muoviamo la nostra breve rassegna partendo dalla disciplina contemplata dal Libro Quinto c.c., e precisamente dalle norme sulla più semplice delle strutture societarie – la società semplice – fino alla sua forma più complessa e regolamentata – la società per azioni –, per passare da ultimo alle disposizioni che maggiormente interessano il presente lavoro, ovvero quelle contenute nell'art. 19 c.c. con riguardo alle persone giuridiche del

Libro Primo ¹⁹².

Con riguardo alle società semplici, l'art. 2266 c.c. disciplina il potere di amministrazione nei rapporti esterni (e quindi, propriamente il potere di rappresentanza), mentre alla disciplina del potere di amministrazione nei rapporti interni (potere di gestione) sono dedicati i diversi articoli 2257 e 2258 c.c.

Così il primo comma dell'art. 2266 c.c. fornisce la regola generale in forza della quale "la società acquista diritti ed assume obblighi per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza e sta in giudizio nella persona dei medesimi". La norma pone quindi le condizioni in presenza delle quali il diritto acquistato o l'obbligazione assunta da un socio possa esser qualificato come diritto od obbligazione sociale¹⁹³.

Il secondo comma della medesima norma dispone che, in mancanza di diversa disposizione del contratto, amministrazione e rappresentanza spettano a ciascun socio disgiuntamente e si estendono a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale. *A contrariis*, quindi, se il contratto affida l'amministrazione ad alcuni soltanto, ad essi solo spetterà la rappresentanza; ovvero, quale terza possibilità, il contratto sociale può

¹⁹² SALAFIA, *Limiti della responsabilità delle società personali per atti degli amministratori eccedenti il potere di rappresentanza*, in *Le società*, 1999, n. 8, p. 905 ss. In generale si veda altresì l'indagine svolta da TASSINARI, *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, 1993, p. 142 ss., nonché BUONOCORE, CASTELLANO, COSTI, *Società di persone (Casi e materiali)*, Milano, 1978, p. 634 ss.; CAGNASSO, *La società semplice*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1998; FERRI, *sub. Art. 2266*, in *Delle società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Libro V, III ed., Bologna-Roma, 1987, p. 204 ss.

¹⁹³ GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2007, p. 291 ss.

espressamente conferire il potere di rappresentanza solo ad uno a più amministratori specificati.

Dalla regola generale dell'automatico riconoscimento del potere rappresentativo in capo a ciascun amministratore si trae come corollario che la rappresentanza costituisce attributo "naturale" (seppur non essenziale ed imprescindibile) ed inerente alla stessa qualità di socio amministratore e non necessita di un conferimento di potere volontario ed apposito¹⁹⁴. Per le società di persone, dunque, vale questa sequenza: ciascun socio è amministratore, e in quanto tale, rappresentante; ciò salva diversa volontà.

Ancora il secondo comma stabilisce che la rappresentanza si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, attribuendo a questo un rilievo che, si vedrà, è messo in dubbio con riferimento alle società di capitali. Precisamente, se il potere gestorio è limitato dal rispetto dell'oggetto sociale ed il potere ha un'estensione analoga a quella del potere gestorio, ecco che l'eccedenza dell'atto rispetto all'oggetto sociale dovrebbe dirsi opponibile al terzo contraente¹⁹⁵.

Il terzo comma, infine, precisa che le modificazioni e l'estinzione dei poteri di rappresentanza sono regolate dall'art. 1396 c.c., con richiamo espresso, quindi, alle norme in materia di rappresentanza volontaria.

La disposizione richiamata, precisamente, impone che le modificazioni e la revoca della procura siano portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, in mancanza dei quali esse non sono opponibili all'esterno, se non si prova che i terzi le conoscevano al momento della conclusione del contratto. La stessa norma stabilisce, inoltre, che le altre cause di estinzione del potere di rappresentanza conferito dall'interessato non sono opponibili ai terzi che le hanno senza colpa ignorate.

¹⁹⁴ GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, op. cit., p. 291.

¹⁹⁵ Sul punto si rinvia alla puntuale analisi della problematica: *infra* capitolo quarto.

La disciplina del potere rappresentativo, tuttavia, non risiede solamente nelle predette disposizioni codicistiche.

L'art. 7, 1° co., n. 9 del Regolamento attuativo del registro delle imprese, approvato con D.P.R. n. 581/1995 in esecuzione della delega contenuta nell'art. 8 della L. 29.12.1993, n. 580, ad esempio, introduce nuovi oneri pubblicitari: le società semplici, a differenza di quanto accadeva prima, devono oggi essere iscritte in una sezione speciale del registro, in base ad una domanda alla quale deve essere allegato l'atto costitutivo e nella quale devono, fra gli altri elementi, essere indicati gli amministratori con la specificazione dei loro poteri di rappresentanza. L'indicazione dei nominativi, peraltro, lungi dall'essere attributiva del potere di rappresentanza degli amministratori indicati, ha la funzione di escludere il potere rappresentativo degli amministratori non indicati¹⁹⁶.

Ancora, l'art. 18, 5° co., dello stesso regolamento prescrive che gli amministratori della società devono richiedere l'iscrizione nel registro di tutte le modificazioni del contratto sociale e dello scioglimento della società, con l'indicazione delle generalità dei liquidatori, entro trenta giorni dalle modificazioni o dallo scioglimento.

Conseguentemente, trovano applicazione in ordine alle eventuali limitazioni del potere di rappresentanza conferito dalla società semplice ai propri soci amministratori le regole contenute nell'art. 2193 c.c., secondo le quali i fatti di cui la legge prescrive l'iscrizione non sono opponibili ai terzi, se non sono stati iscritti, a meno che si provi che essi ne abbiano avuto conoscenza.

Alla luce di queste disposizioni, il terzo che tratta con un socio di una

¹⁹⁶ Analogamente anche per le società di capitale, secondo MINERVINI, *Gi amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 145; CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 132. Non così MALBERTI, *Potere di rappresentanza*, op. cit., p.179 ss.

società semplice, il quale gli dichiara di operare in nome e per conto della società, è quindi posto nella condizione di accertare, mediante la consultazione del registro, la sussistenza e la consistenza del potere rappresentativo denunciato dal predetto socio, nonché la natura dell'oggetto proprio della società.

Egli pertanto non potrà addurre a propria giustificazione, al fine di opporre alla società gli effetti del negozio che ha stipulato con il suo amministratore in violazione dei limiti di rappresentanza di questo ovvero di quelli derivanti dall'oggetto sociale, la propria ignoranza delle predette limitazioni, se esse risultano iscritte nel registro delle imprese.

Al contrario, alla società sarà dato di opporre al terzo, avvalendosi delle medesime iscrizioni, sia la mancanza nel socio che ha contrattato in suo nome di alcun potere di rappresentanza, sia le limitazioni cui il potere attribuitogli è stato assoggettato, sia, eventualmente, l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale.

In conclusione, per quanto riguarda la società semplice, si può affermare che l'opposizione ai terzi dei limiti apposti al potere di rappresentanza dei soci amministratori e di quelli derivanti dall'oggetto sociale, è strettamente legato alla norma che regolamenta gli oneri pubblicitari e dipende da quanto previsto dall'art. 2193 c.c. in relazione a tutte le iscrizioni eseguite nel registro o dalla prova in concreto fornita della conoscenza della circostanza da parte dei terzi.

Il regime al quale è sottoposto il predetto potere di opposizione ai terzi da parte della società semplice è del tutto uguale a quello che, come si dirà dopo, la legge prevede per lo stesso potere delle società di persone in nome collettivo e per quelle in accomandita semplice.

3.2. La rappresentanza nella s.n.c. e s.a.s.

Nella società in nome collettivo e in quella in accomandita semplice (in quest'ultimo caso grazie al rinvio operato dall'art. 2315 c.c.) la rappresentanza della società è regolata dall'art. 2298 c.c., il quale contiene disposizioni sostanzialmente simili a quelle summenzionate dell'art. 2266 c.c. con riferimento alla società semplice.

Precisamente l'art. 2298 c.c. dispone che l'amministratore, munito del potere di rappresentanza della società¹⁹⁷, può compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, salve le limitazioni che risultano dall'atto costitutivo o dalla procura che siano state iscritte nel registro delle imprese o di cui, in mancanza di iscrizione, si provi la conoscenza da parte di terzi, facendosi così coincidere, come regola generale, il contenuto dei poteri di amministrazione con il contenuto di quelli di rappresentanza¹⁹⁸. Da ciò importante dottrina ha ricavato anche qui che ove sussistano limiti al potere di amministrazione, che non siano ripetuti per il regolamento sei poteri di rappresentanza, questi ultimi devono comunque ritenersi limitati nella stessa misura dei primi¹⁹⁹.

In virtù di questa disposizione, quindi, la società può opporre al terzo i limiti del potere di rappresentanza del proprio amministratore e i limiti

¹⁹⁷ Come per le società semplici, anche qui in difetto di apposita statuizione la rappresentanza spetta a ciascun socio amministratore, con ciò palesandosi che nelle società di persona “*essa si presenta come attributo inerente alla qualità di socio amministratore e non richiede alcun conferimento di potere*”: così FERRI, *Delle società, sub. art. 2266*, op. cit., p. 204; GALGANO, *Le società di persone*, op. cit., p. 291

¹⁹⁸ BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1995, p. 299.

¹⁹⁹ FERRI, *Delle società, sub. art. 2266*, op. cit., p. 208; TASSINARI, *La rappresentanza delle società di persone*, op. cit., p. 49 ss.; BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, op. cit., p. 299.

derivanti all'attività sociale dalla natura del suo oggetto tutte le volte in cui abbia adempiuto l'onere di iscriverli nel registro delle imprese; ove non avesse assolto questo onere, essa potrà ugualmente liberarsi dagli effetti del negozio concluso in violazione alle limitazioni *de quibus*, se riuscirà a provarne la conoscenza da parte del terzo.

Se ne deduce, quindi, che l'iscrizione nel registro delle imprese assolve la funzione generale di far presumere la conoscenza dell'atto, che ne costituisce l'oggetto, da parte di tutti, laddove il suo difetto non ne esclude necessariamente la conoscenza da parte dei terzi, ma costringe la società ad accollarsi l'onere di provarla in concreto se vuole opporre l'efficacia²⁰⁰.

Veniamo quindi alle condizioni di opponibilità ai terzi delle limitazioni del

²⁰⁰ Naturalmente, la disposizione in esame concerne le società regolarmente iscritte nel registro delle imprese. Ed infatti, nell'ipotesi in cui si trattasse di società che non hanno provveduto all'iscrizione e, per questa ragione, irregolari ma giuridicamente esistenti ed abilitate ad agire, si applicheranno, per quanto concerne l'efficacia dei poteri rappresentativi degli amministratori, le norme generali, sulla rappresentanza, contenute negli artt. 1387 e segg. c.c., con cui sono regolati, fra gli altri, gli effetti di fronte ai terzi degli atti con cui sono conferiti i relativi poteri. Alla stregua delle già citate disposizioni, brevemente, quindi, il terzo avrà diritto di esigere da chi afferma il possesso di un potere di rappresentanza di darne giustificazione (ciò ai sensi dell'art. 1393 c.c.); in base all'art. 1396 c.c. il rappresentato dovrà portare a conoscenza dei terzi le modificazioni e la revoca della procura con mezzi adeguati, in difetto dei quali i suddetti eventi non saranno opponibili; a norma infine dell'art. 1398 c.c. mentre il soggetto privo di potere di rappresentanza potrà respingere gli effetti che derivano dall'atto compiuto dal falso procuratore, il terzo avrà solo il diritto di chiedere a quest'ultimo il risarcimento del danno per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto. Per quanto riguarda i limiti derivanti all'attività degli amministratori dall'oggetto proprio della società, se questa non fosse iscritta nel registro delle imprese, essi potranno esser opposti ai terzi solo se ne venga provata la conoscenza in concreto da parte loro.

potere di rappresentanza contenute negli atti del relativo conferimento, sia in rapporto a quelle specificatamente iscritte nel registro delle imprese, sia in relazione a quelle non iscritte.

Iniziando l'esame dalle prime, il problema si risolve alla stregua della norma contenuta nell'art. 2193, secondo comma, c.c., già sopra citata, secondo la quale il terzo non può opporre alla società l'ignoranza dei fatti per i quali la legge prescrive l'iscrizione, se questa è avvenuta.

L'eventuale ignoranza in concreto dei predetti fatti *non excusat* e non può esser invocata per far salvi gli effetti del contratto concluso in violazione delle limitazioni pubblicate. Con l'effetto che se detto terzo ha trattato e concluso con l'amministratore della società un contratto, nella cui stipulazione il rappresentante della società abbia superato i limiti che al suo potere erano stati posti, la società può disconoscerne legittimamente l'efficacia nei propri confronti.

Quale forma di tutela concessa al terzo di buona fede rimane la facoltà riservatagli dall'ordinamento di richiedere la condanna di chi ha falsamente rappresentato la società al risarcimento del danno, se dimostra di aver ignorato senza colpa la limitazione del potere di rappresentanza del proprio contraente (come quando, per esempio, egli riesce a dimostrare di essere stato indotto in errore dal falso procuratore), oppure, ricorrendone i presupposti di cui oltre si dirà, di invocare i principi di cui alla rappresentanza apparente²⁰¹.

Nel diverso caso, invece, in cui nel registro delle imprese non fossero state iscritte limitazioni del potere di rappresentanza conferito al socio amministratore, i limiti al predetto potere deriveranno solo da quelli propri dell'oggetto sociale; la società quindi potrà opporre al terzo solo l'eventuale eccesso da dette limitazioni²⁰²; ferma, come sopra accennato, la

²⁰¹ Cfr. *infra*, capitolo quinto.

²⁰² A questo punto deve aprirsi una parentesi su quale sia la corretta interpretazione del

possibilità per la società di liberarsi dagli effetti negoziali dimostrando (con accollo del difficile onere probatorio) la conoscenza e, quindi la mala fede, del terzo.

3.3. La rappresentanza nelle società di capitali.

Per quanto riguarda le società di capitali, la cui disciplina è contenuta essenzialmente nelle norme relative alla società per azioni, valgono anzitutto le regole che prescrivono l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese degli atti con i quali la società conferisce agli amministratori o ai terzi la propria rappresentanza nonché degli atti con i quali la procura stessa venga revocata.

Fino all'entrata in vigore della L. 29 dicembre 1969, n. 1127, legge attuativa nel nostro ordinamento della dir. 68/151/CEE del 9.3.1968 (c.d. "prima direttiva" comunitaria in materia societaria), il regime della rappresentanza della società, conferita ad amministratori o a terzi, era sostanzialmente uguale a quello sopra descritto con riferimento alle società personali.

Il codice civile del 1942 stabiliva, infatti, che il potere degli amministratori di società di capitali di impegnare la società si estendesse a tutti gli atti rientranti nell'oggetto sociale, conformemente a quanto stabilito per il potere di gestione, salvo eventuali limitazioni contenute nell'atto costitutivo o nell'atto di nomina, le quali potevano essere opposte ai terzi se iscritte nel registro delle imprese o se la società provava, in mancanza

termine "iscrizione", e precisamente se a far ritenere iscritto, e quindi opponibile un limite, sia sufficiente il deposito dello Statuto dell'ente stesso o non occorra piuttosto una iscrizione specifica e puntuale della limitazione che si intende rendere rilevante verso i terzi (e, allora, occorrerebbe interrogarsi su quale sia l'atto idoneo a contenerla e suscettibili di apposita iscrizione: sul punto, v. oltre).

di pubblicità legale, che i terzi ne avevano avuto comunque conoscenza.

Chi contrattava con una società di capitali aveva pertanto l'onere di accertare l'esistenza e l'ampiezza dei poteri di rappresentanza degli amministratori. In tal modo veniva privilegiato l'interesse della società a non rimanere vincolata da atti posti in essere da amministratori privi del potere di rappresentanza, rispetto all'esigenza di rapida e sicura circolazione dei traffici commerciali.

Tale situazione venne quasi radicalmente modificata con la direttiva del Consiglio dei Ministri della CEE del 9 marzo 1968 n. 151, così come recepita dalla citata legge di ratifica, con la quale veniva novellato l'art. 2384 c.c. ed introdotto l'art. 2384 bis c.c.

Il legislatore comunitario, nell'intento di favorire e facilitare i traffici commerciali all'interno dell'Unione Europea, veniva a stabilire un principio del tutto nuovo per il nostro ordinamento giuridico, ancora si è visto così saldamente ancorato all'opponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza risultanti dal registro delle imprese. Al nostro legislatore veniva dunque imposto un cambiamento di mentalità, in quanto gli si domandava di passare da un regime di tutela delle società a non venire vincolate da atti posti in essere da amministratori "infedeli", ad un diverso regime di tutela del terzo. Si accordava, in tal modo, prevalenza all'esigenza collettiva di garantire una maggiore sicurezza e speditezza dei traffici.

In realtà, come un'attenta dottrina rilevava, così facendo si sarebbero tutelati non solo i terzi, ma anche, in una visione di lungo periodo, le società stesse: dando ai terzi la sicurezza di vincolatività degli atti posti in essere da amministratori di società di capitali, veniva eliminata la remora a contrattare con quest'ultime e ne veniva favorito lo sviluppo.

Il nostro legislatore, tuttavia, nel recepire i nuovi principi espressi dalla direttiva comunitaria 68/151/CEE, non ebbe il coraggio di portarli subito

alle più complete conseguenze.

Così, se con l'art. 2384 c.c. novellato, a differenza di quanto stabilisce l'art. 2193 c.c., veniva, in maniera innovativa, disposta l'inopponibilità delle limitazioni, quand'anche iscritte, del potere di rappresentanza degli amministratori, salvo che non si riuscisse a provare che i terzi avevano deliberatamente agito allo scopo di danneggiare la società, l'art. 2384 bis c.c., rimaneva più ancorato all'impostazione passata e limitava l'inopponibilità alla società dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale al requisito della buona fede del terzo²⁰³.

Solo con l'ultima riforma del diritto societario di cui al D. Lgs. n. 06/2003, il percorso colà intrapreso è stato portato a compimento, giungendosi alla definitiva rottura della correlazione esistente tra potere gestorio e potere rappresentativo: con la riscrittura dell'art. 2384 c.c. e l'abrogazione del 2384 bis c.c. si è definitivamente chiarito che il potere di rappresentanza degli amministratori di una società di capitale è connesso propriamente non più alla sola funzione dell'organo, ma direttamente al ruolo dello stesso, con conseguente rafforzamento della tutela dei terzi.

Nella nuova disciplina in vigore per le società di capitali, infatti, il potere di rappresentanza conferito agli amministratori è "generale" e si estende tendenzialmente a tutti gli atti che il legale rappresentante compie in nome

²⁰³ In verità, infatti, l'art. 9, n. 1 della direttiva CEE /151/68 prevedeva che «gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la società nei confronti dei terzi, anche quando tali atti sono estranei all'oggetto sociale», lasciando però la facoltà agli Stati membri di stabilire «che la società non sia obbligata quando tali atti superano i limiti dell'oggetto sociale, se essa prova che il terzo sapeva che l'atto superava detti limiti o non poteva ignorarlo, considerate le circostanze, essendo escluso che la sola pubblicazione dello statuto basti a costituire tale prova». E' in ragione di ciò che il legislatore italiano, avvalendosi di tale facoltà, introdusse appunto l'art. 2384-bis sopra citato al fine di mantenere l'oggetto sociale quale limite legale al potere di rappresentanza degli amministratori.

della società. Tale connotato di generalità assume quindi nella materia delle società per azioni una connotazione esclusiva e ampissima, divenendo espressione del principio - come si dirà - dell'irrelevanza esterna della dissociazione tra poteri rappresentativi e gestori. Con l'espressa attribuzione della qualifica di generale, il legislatore ha voluto sancire l'indifferenza sul piano del rapporto con i terzi di qualsivoglia manifestazione patologica nella fase deliberativa²⁰⁴.

D'altra parte, come aveva chiarito un'attenta dottrina, la nuova disposizione è indice dell'apparente nuova chiave di lettura in termini di "natura volontaria della rappresentanza degli amministratori"²⁰⁵: solo con riguardo a questo tipo di società il potere rappresentativo non competerebbe direttamente in capo agli amministratori, quale "connotato naturale" ma agli stessi sarebbe "attribuito"²⁰⁶ e la totale generalità dello stesso si scontra con il carattere invece funzionale della rappresentanza organica tradizionalmente intesa²⁰⁷. In virtù di questo peculiare carattere,

²⁰⁴ Si noti bene che non si intende affatto negare che la rappresentanza degli altri enti collettivi non sia parimenti una rappresentanza "generale": la generalità della rappresentanza organica mai può essere annullata e messa in discussione, nel senso che non si potrà giammai pensare ad una persona che rivesta la qualifica di rappresentante organico e che non possa compiere tutti gli atti necessari al perseguimento dello scopo sociale. Ciò che si vuole chiarire è che, con riferimento alla società per azioni, tale connotato viene ad assumere rilievo tale da impedire alcuna rilevanza esterna ai limiti che al potere di rappresentanza possano essere imposti.

²⁰⁵ MALBERTI, *Potere di rappresentanza*, op. cit., p. 184.

²⁰⁶ LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori*, *Riv. notariato*, 2004, n. 6, p. 1329 ss. Deve peraltro ritenersi che alla tradizionale impostazione possa comunque farsi ricorso in ipotesi di omessa indicazione dei nomi degli amministratori, ma solo in via integrativa.

²⁰⁷ Rileva TRIMARCHI, *Associazioni non riconosciute: opponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza*, nota a Cass. Civ. 7 giugno 2000, n. 7724, in *Riv. notariato*, 2001, p. 462 come in applicazione dei principi della rappresentanza organica l'imputazione degli

qualsivoglia limitazione dei poteri degli amministratori, sia essa risultante dallo statuto o da un'autonoma delibera degli organi competenti (anche quest'ultima precisazione è frutto della riforma), non è opponibile al terzo, anche se pubblicata (salva l'unica clausola di salvezza per la società che è la prova dell'agire intenzionale a danno della società da parte del terzo)²⁰⁸; allo stesso modo, privato di ogni rilevanza esterna risulta essere (così almeno all'apparenza, anche sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nel capitolo quarto) il confine dell'oggetto sociale²⁰⁹.

Ratio della modifica in questione viene riscontrata nella prevalenza della tutela dei terzi (in particolar modo del loro affidamento) e dell'esigenza dei traffici commerciali rispetto all'interesse della società a contrastare l'abuso del potere di rappresentanza degli amministratori. Nel bilanciamento generalmente operato tra gli interessi contrastanti dell'ente e del terzo, quindi, l'ago della bilancia viene decisamente spostato a favore di quest'ultimo.

In altri termini, per effetto della modificazione del regime di opponibilità dei limiti ai poteri (e si noti, la nuova norma ha eliminato la specificazione "di rappresentanza" di talché la disciplina pare riguardare, a parere di chi scrive, l'inopponibilità ai terzi di qualsivoglia limitazione ad ogni potere sia gestorio che rappresentativo²¹⁰) degli amministratori delle società di capitali, si applica per esse una regola profondamente diversa da quella che deriva per le società personali dall'art. 2193 c.c. (e, comunque, si

effetti connessi all'attività del soggetto che agisce non dovrebbe discendere indiscriminatamente ma troverebbe il suo "limite naturale" nella funzione assegnata al medesimo organo.

²⁰⁸ FRANZONI, *Società per azioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 2008, p. 209.

²⁰⁹ RESTAINO, *sub art. 2384 c.c.*, in *La riforma delle società*, Torino, 2003, p.421.

²¹⁰ V. *infra*, capitolo quarto, paragrafo 2.4.

vedrà per altre persone giuridiche disciplinate dal Libro Primo): la scomposizione tra gestione e rappresentanza assume rilevanza esterna ed è finalizzata a garantire la piena sicurezza dell'atto compiuto dal terzo, il quale si vede definitivamente sgravato dal rischio inerente ad eventuali vizi di deliberazione necessari per il compimento dell'atto e dalla valutazione dei confini dell'oggetto sociale della società con la quale contratta (come oltre meglio si preciserà)²¹¹.

E' opportuno anticipare sin d'ora che la predetta disciplina riguarda, però, esclusivamente gli eccessi, rispetto alle limitazioni imposte, dell'amministratore, non anche di procuratore speciali della società, per i quali continuano ad applicarsi le regole contenute nell'art. 2193 c.c., con l'effetto di riconoscere alla società il potere di respingere l'efficacia nei propri confronti degli atti compiuti dal procuratore in eccesso dai poteri conferitigli, regolarmente iscritti nel registro delle imprese, o in violazione dell'oggetto sociale.

Questo differente trattamento del medesimo eccesso di potere, a seconda che sia stato commesso da un amministratore o da un procuratore, si giustifica risalendo alla stessa ragione della direttiva comunitaria, che il nostro ordinamento ha applicato fin dal 1969.

Infatti, la predetta direttiva è partita dal riconoscimento che, nella

²¹¹ Così la stessa Relazione ministeriale accompagnatoria della legge di riforma afferma "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 ed 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 c.c.), quale giusta causa di revoca (art. 2383, 3° co., c.c.), e quale motivo di denuncia al collegio sindacale o al tribunale (artt. 2408 e 2409 c.c.)".

dinamica degli affari, i rapporti devono essere particolarmente agevolati e non ostacolati; la trattativa intavolata con chi appare amministratore della società e che risulti in concreto fornito di potere di rappresentanza deve prescindere da un minuzioso accertamento dei limiti del suo potere e dall'interpretazione dei confini materiali dell'oggetto sociale, anche perché al riguardo non raramente si pongono questioni la cui soluzione non è agevole.

Essa, inoltre, prende atto che nella vita quotidiana degli affari chi entra in rapporti con una società per il tramite del suo amministratore di solito presume che questi agisca nell'interesse della società e nei confini dei poteri attribuitigli, che peraltro sono molto più ampi perché si estendono, normalmente, fino a comprendere tutti gli atti necessari per il conseguimento dello scopo sociale.

E' in base a queste considerazioni che la direttiva è pervenuta al riconoscimento dell'opportunità di esonerare il terzo, che contratta con la società per il tramite dell'amministratore, da ricerche non sempre facili e non sempre rapide: il fatto che nel registro delle imprese siano iscritte le procure degli amministratori e gli atti costitutivi con l'indicazione degli oggetti sociali non significa che sia facile o agevole per chi consulti i relativi atti identificare i limiti e delle procure e degli oggetti sociali, limiti la cui interpretazione dà luogo spesso a lunghe e pesanti controversie.

Orbene, queste ragioni possono valere nei confronti dei poteri dell'amministratore, ma sarebbero state meno persuasive se fossero state applicate anche nei confronti dei procuratori o institori, i quali operano grazie a poteri naturalmente limitati e meno ampi di quelli dell'amministratore e la cui conformità alle limitazioni spesso dipende da valutazioni soggettive fatte dagli stessi procuratori.

Con riguardo alla titolarità del potere rappresentativo, poi, occorre

spendere qualche parola sul problema connesso alla mancata iscrizione dei nomi degli amministratori cui è attribuita la rappresentanza. Come anzidetto, a differenza del potere di gestione che spetta inderogabilmente a tutti gli amministratori (ferme le diverse modalità deliberative ammesse), la rappresentanza può essere attribuita ad alcuni soltanto di essi come espresso dall'art. 2328, 2° co., n. 9 c.c.²¹², con la conseguente dissociazione tra potere deliberatorio e potere rappresentativo, di cui ci occuperemo nel prossimo capitolo.

Si pone allora il problema delle conseguenze della mancata indicazione prescritta. Nell'ambito della disciplina societaria si son formati sul punto due orientamenti contrapposti, fronteggiandosi coloro che ritengono l'essenzialità della disposizione, elevando l'indicazione a requisito di validità dello statuto stesso, e coloro che invece ne affermano la relatività. I primi fondano le proprie assunzioni sulla dizione letterale dell'art. 2328, 2° co., n. 9 c.c., secondo cui l'atto costitutivo "deve" indicare gli amministratori che hanno la rappresentanza e sull'impossibilità di superare l'indice di essenzialità così desumibile da questa formulazione facendo applicazione analogica di principi propri di altri tipi societari²¹³.

²¹² Si noti che tale configurazione si presenta comunque in termini di facoltà liberamente concessa e per lo più seguita, ma comunque derogatoria rispetto al "modello legale" che rimane invece quello della concentrazione dei poteri. *Contra*, RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, Milano, 1992.

²¹³ RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, 1982, p. 107 con riferimento specifico alle Srl ma con argomentazioni valedoli altresì per le S.p.A. e per gli enti del Libro Primo. Afferma detto autore che alle società di capitali ed a ogni organizzazione con amministrazione collegiale, non sarebbe applicabile il principio in vigore per le società semplici, e ciò per una serie di ragioni quali, appunto, il tenore letterale dell'articolo 2328, dalla carenza di presupposti per operare l'analogia tra le due forme societarie, anche in

Lo stesso orientamento troverebbe rinnovata forza poi, proprio nella riforma e nel carattere volontario dell'attribuzione del potere.

In mancanza di una siffatta indicazione, quindi, dovrebbe ritenersi nullo l'atto costitutivo e, di fatto, inesistente la persona giuridica che dall'atto trae vita.

Secondo altra prospettiva, a fronte della drasticità di una tale soluzione, la corretta interpretazione della norma citata dovrebbe esser quella di poter far ricorso, almeno in via integrativa, ai principi generali di rappresentanza organica.

Fermo che oggi il conferimento è volontario, non si vedrebbe però perché negarsi (in virtù del principio di conservazione degli atti) la possibilità, invece ben ammessa in dottrina e giurisprudenza, di supplire alla mancata indicazione ricorrendo ad un principio legale di attribuzione della titolarità del potere rappresentativo, che sarebbe divenuto a seguito della riforma certamente residuale, ma pur sempre operante.

D'altra parte, la lettera dell'art. 2328 c.c. non impedisce, ove possibile, il ricorso a regole integrative.

Inoltre, ancora, considerando che la rappresentanza costituisce un profilo fondamentale e necessario dell'attività di amministrazione di una società (e comunque di una collettività organizzata) e richiamandosi i principi della rappresentanza/immedesimazione organica, in linea di principio non si potrebbe non presumere, in carenza di diverse manifestazioni di volontà, un potere rappresentativo in capo a chi ha ricevuto l'incarico di gestire l'ente e di dare esecuzione alla volontà dei soci²¹⁴, applicando in via

ragione delle dimensioni strutturali delle stesse.

²¹⁴ WEIGMANN, *Rappresentanza e oggetto sociale nelle società di capitali*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, Vol. II, Milano, 1990, p. 244. Si veda tuttavia in senso critico, MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 186 ss. All'atto pratico, specie con riguardo alle società di capitali, sembra riscontrarsi il fenomeno per cui, ove lo statuto

analogica la disciplina dell'art. 2266 c.c.

In terza battuta²¹⁵, altra dottrina rigorosa nel riconoscere pienamente la "nuova" natura volontaria del conferimento del potere di rappresentanza, non ritiene immaginabile la possibilità di ricorrere all'integrazione ma, ove lo statuto o la deliberazione di nomina non contengano alcuna indicazione in merito al soggetto investito del potere di rappresentanza, ritiene debba essere il consiglio di amministrazione, in quanto titolare del potere di gestione, a conferire ad uno o più dei suoi componenti la rappresentanza sociale.

3.4. L'art. 19 c.c. e la rappresentanza nelle persone giuridiche del Libro Primo c.c.

Come già accennato *infra*, l'unica disposizione in materia di rappresentanza, per quanto concerne le persone giuridiche del Libro Primo, è dettata dall'art. 19 c.c., che disciplina un solo aspetto dell'istituto che ci occupa, ovvero quello delle limitazioni al potere rappresentativo.

La lettera della norma in esame è, peraltro, del tutto analoga e sovrapponibile a quanto disposto dal citato art. 2298 c.c., relativamente alle società in nome collettivo. Come in queste, è altresì da ritenersi che la rappresentanza competa a tutti gli amministratori, salva la facoltà di prevedere nello statuto l'attribuzione della stessa solo a taluni (in genere il Presidente), scindendola dal potere gestorio riservato al consiglio di amministrazione, come avviene nelle società di capitali.

o la deliberazione di nomina non contengano alcuna indicazione in merito al soggetto investito del potere di rappresentanza, sarà il consiglio di amministrazione, in quanto titolare del potere di gestione, a conferire ad uno o più dei suoi componenti la rappresentanza sociale.

²¹⁵ MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 186 ss.

Peraltro, analogamente a quanto visto per queste ultime dall'art.2328, 2° co., n. 9 c.c. (ma altresì per le società di persone come previsto dall'art. 18 del D.P.R. 581/95) , ai sensi del combinato disposto dell'art. 16 c.c. e dell'art. 4 del D.P.R. 361/2000 lo statuto deve dare precisa menzione degli amministratori muniti di potere rappresentativo. E' stato precisato che ciò non significa che nell'atto costitutivo debba essere fornita la precisa indicazione nominativa dei soggetti dotati di poteri di rappresentanza, ma comporta la necessità che debba almeno essere indicato il meccanismo attributivo di detti poteri, ad esempio collegandone la titolarità ad una specifica carica (generalmente il presidente del consiglio di amministrazione).

Tornando all'art. 19 c.c., emerge come, rispetto al principio portato dalla riforma succitata in materia di società di capitali, della generale inopponibilità di ogni limitazione ai poteri tutti (rappresentativi e non) degli amministrazioni designati, a prescindere quindi dall'ottemperanza ad oneri pubblicitari adempiuti con l'iscrizione nell'apposito registro, nell'ambito delle collettività organizzate del Libro Primo, si sia rimasti legati all'opposto assunto dell'opponibilità al terzo dei limiti statutari o volontari, se risultanti dall'apposito Registro delle Persone giuridiche.

Richiamandosi integralmente le considerazioni svolte poc'anzi con riguardo all'art. 2298 c.c., emerge che la norma in esame resta, sulla carta, ancorata alla concezione volta a bilanciare in maniera quanto più equilibrata l'interesse dell'ente alla conformità tra volontà interna e volontà manifestata, da un lato, e l'affidamento del terzo nel fatto che chi si appresti a concludere un atto qualificandosi come organo rappresentativo della persona giuridica contraente ne abbia anche i relativi poteri, dall'altro.

Con riguardo agli enti del Libro Primo, quindi, non si assiste (attenendosi per il momento a quanto risulta dalla penna del legislatore) a

quell'incremento di tutela del terzo, del suo affidamento e della certezza dei traffici che ha influenzato la riforma societaria.

Il rapporto che lega l'amministratore agente all'ente rimane radicato in quell'immedesimazione organica nei termini esposti al capitolo secondo; lo stesso potere quindi non può che palesarsi come "naturalmente funzionale", nei termini sopra visti e quindi ontologicamente e vincolato, trovando il "limite naturale nella funzione assegnata all'organo"²¹⁶. Il potere di rappresentanza sarà dunque sì generale (nel senso che si estende ad ogni tipo di atto che l'organo è chiamato a compiere per la persona giuridica, di ordinaria come di straordinaria amministrazione), ma tale generalità si esplica solo entro i confini della funzionalità agli scopo e all'attività dell'ente (come invece non accade per le s.p.a): *"la sua ampiezza coincide con quella della funzione amministrativa alla quale accede"*²¹⁷.

Se come si è già detto *"l'organo è dotato di un'originaria competenza potenzialmente illimitata ad amministrare e rappresentare (la persona giuridica)"*²¹⁸, detta illimitatezza di poteri deve essere però sempre intesa come riferita al compimento di quegli atti che, se la persona giuridica potesse agire direttamente senza l'ausilio della persona fisica, potrebbe compiere ed effettivamente compierebbe perché vorrebbe compiere.

Una tale precisazione appare essenziale per quanto in seguito si dirà. La *ratio* di siffatta affermazione, infatti, consiste, a parere di chi scrive, in ciò: se i poteri dell'organo derivano dalla funzione che lo stesso è chiamato ad adempiere, si deve presumere che il rappresentante non abbia il potere di eccedere i limiti definiti da tale funzionalità. Il rappresentante è organo esecutore della volontà dell'ente e pertanto i suoi poteri devono essere

²¹⁶ TRIMARCHI, *Associazioni non riconosciute: opponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza*, nota a Cass. Civ. 7 giugno 2000, n. 7724, cit., p. 462.

²¹⁷ BASILE, *Gli enti di fatto*, op. cit.

²¹⁸ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, op. cit.

circoscritti a detto volere (all'attività tipica, allo scopo e alla volontà correttamente deliberata della persona giuridica): gli atti che ne esulano, l'organo non ha proprio il potere di compierli. La dissociazione tra potere rappresentativo e potere gestorio, quindi, non viene assunta a regola, ma costituisce limite che se correttamente pubblicato non può che rilevare all'esterno.

Qui, ancora, come pare per le società di persone, viene posta pari attenzione, come anzidetto, alle esigenze configgenti della persona giuridica e del terzo, ed alla valutazione degli obblighi diligenziali di ambo le parti: così, la tutela dell'ente riposa nell'adempimento dei suoi oneri pubblicitari (sulla cui estensione è dato comunque e discutere e si discuterà oltre), mentre la tutela del terzo giace nell'assolvimento dei suoi oneri informativi, addossandosi allo stesso l'obbligo di verifica dei limiti del potere di rappresentanza e dell'oggetto e/o scopo sociale mediante l'accesso al Registro delle Persone Giuridiche.

Pertanto, ogni limitazione (letteralmente qui riferita alla sola rappresentanza), se risulta dal predetto registro, è tendenzialmente opponibile al terzo in base al principio della presunzione di conoscenza che consegue ai sistemi di pubblicità legale: il contratto concluso dal rappresentante in violazione delle limitazioni iscritte è dunque inefficace. Se, invece, la limitazione non risulta iscritta, essa non è opponibile, ed il contratto conseguentemente impegna l'ente, a meno che l'ente non dimostri che il terzo ne fosse comunque a conoscenza²¹⁹.

²¹⁹ TRIMARCHI, *Associazioni non riconosciute: opponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza*, nota a Cass. Civ. 7 giugno 2000, n. 7724, cit., p. 461 ss. Discorso a parte, si rileva sin d'ora, meritano le associazioni non riconosciute, di cui oltre si discuterà brevemente.

Va prestata una certa attenzione nel sottolineare che tale minore tutela dell'affidamento del terzo è quanto può desumersi dalla stretta lettura del testo della

4. Il regime dell'opponibilità a terzi.

Allo stato attuale della legislazione, quindi, una società commerciale di persone o un'associazione, iscritta nel relativo registro (delle imprese o delle persone giuridiche) e che abbia in esso iscritte anche eventuali limitazioni alla rappresentanza conferita al o agli amministratori²²⁰, può disconoscere gli effetti di un contratto stipulato dal proprio rappresentante in eccesso dai poteri rappresentativi (o violando i limiti dell'oggetto sociale, aspetto il quale merita una riflessione a parte) senza che debba fornire la prova della effettiva conoscenza, da parte del contraente, del limite violato dall'amministratore.

Così, a titolo esemplificativo, se l'amministratore di una società in nome collettivo, esercente l'attività commerciale, concedesse fideiussione a favore di un terzo eccedendo dai limiti dell'oggetto sociale ovvero dai limiti dello statuto, il contratto non vincolerebbe la società che ben potrebbe discostarsene.

Nelle società di persone e nelle persone giuridiche non lucrative, l'accertamento della divergenza dell'atto amministrativo compiuto dall'amministratore rispetto all'oggetto sociale o ai limiti statutario derivanti da delega speciale, comporta, come si è già detto, la diretta applicazione dell'art. 1398 c.c, per il tramite ora degli artt. 2266 e 2298

legge. Le posizioni di parte della dottrina, dirette ad estendere il più possibile (e a parer di chi scrive, talora, in maniera eccessiva) i principi invece ispiratori della riforma valevoli per le società di capitali, sarà oggetto del capitolo successivo, ove verranno prese in esame le singole fattispecie di limitazioni al potere rappresentativo per valutarne, in chiave comparatistica, gli effetti in termini di opponibilità o meno ai terzi

²²⁰ Purché si tratti di limiti al contenuto non alle modalità o alla titolarità di esercizio del potere di rappresentanza. Cfr. sul punto quanto argomentato *infra*, nel paragrafo relativo al limite della rappresentanza congiuntiva, capitolo quarto, paragrafo 7.

c.c., ora dell'art. 19 c.c.

L'atto quindi dovrà dirsi, non annullabile od invalido, ma ai sensi del citato art. 1398 c.c. inefficace nei confronti della società, salvo una sua espressa ratifica²²¹.

Nelle società di capitali, invece, limitatamente agli atti dell'amministratore, l'attuale assetto normativo non esclude l'imputabilità alla società degli effetti dell'atto concluso dal rappresentante oltre i limiti delle sue attribuzioni. Questa, se vuole respingerli, dovrà onerarsi della relativa prova, oggi sempre più difficoltosa, nell'intenzione del terzo di aver usato la sua partecipazione all'atto di cui si tratta per arrecare danno alla società. Ed è ovvio che detta prova non potrà consistere nella dimostrazione che nel registro delle imprese sono stati iscritti l'atto costitutivo della società, con la chiara indicazione del suo oggetto e la procura conferita all'amministratore, dato che la legge ha espressamente svalutato il valore pubblicitario delle predette iscrizioni. Essa, invece, dovrà tradursi nella dimostrazione di circostanze dalla cui esistenza si possa desumere la convinzione della malevole intenzione del terzo di compiere l'atto al fine di produrre, anche se non esclusivamente, un danno alla società o la convinzione della sua esatta conoscenza del superamento dei limiti della rappresentanza da parte dell'amministratore.

5. Ingiustificata disparità di disciplina tra società di capitali e di persone.

La differenza di trattamento, sopra posta in evidenza, fra l'efficacia delle iscrizioni nel registro delle imprese, attinenti oltre che agli atti di procura anche all'oggetto sociale, riferite alle società di capitali e l'efficacia delle

²²¹ Così, Cass. Civ., 11.03.1997, n. 2174 in *Giur. It.*, 1997, p. 1 con nota di TASSINARI.

stesse iscrizioni riferite alle società personali, pone all'interprete il problema di ricercare una giustificazione accettabile²²².

a) Si potrebbe forse pensare al fatto che le società di capitali sono entità di grandi o medie dimensioni, la cui rilevante attività giuridica ed economica consiglia la ricerca di strumenti operativi agevoli e depurati da pesanti formalismi.

Ma questa ragione non sembra appagante perché è noto che in Italia la forma delle società di capitali non sempre viene scelta in rapporto alle dimensioni economiche della relativa impresa, senza dire che la forma della società a responsabilità limitata, alla quale si applicando le norme contenute nell'art. 2384 c.c., si adatta proprio alla piccola impresa, la quale di norma è la dimensione caratteristica delle imprese gestite dalle società di persone.

Peraltro, al contrario, seppur più raro non è infrequente il caso in cui un'impresa di media dimensione sia gestita da una società di persone, di fronte alla quale si possono porre le stesse esigenze di rapidità e informalità dei rapporti della società di capitali con i terzi.

b) Alta ragione giustificativa potrebbe esser ravvisata nella natura del rapporto che nelle società personali generalmente intercorre fra gli altri soci e l'amministratore stesso; essendo qui riscontrabile una maggiore equiparabilità con il rapporto fra una persona fisica e il suo rappresentante, siccome descritto dagli artt. 1387 ss. c.c., ciò giustificerebbe la conseguente esigenza di non derogare dai precetti contenuti nelle predette norme.

Ma al riguardo si potrebbe obiettare che non in tutte le società personali questa stretta relazione fra amministratore e soci è effettivamente riscontrabile. Non sono infatti rari i casi di società personali in cui

²²² Si richiamano le considerazioni di SALAFIA, *Limiti della responsabilità delle società personali per atti degli amministratori eccedenti il potere di rappresentanza*, cit., p. 908 .

l'organizzazione amministrativa non ha nulla da invidiare alla macchinosità e fastosità di quella delle società per azioni.

c) Si potrebbe infine rilevare che la più ampia tutela dei terzi, derivante dalle norme in materia di società di capitali e fondata sulla costante responsabilità della società, salve le eccezioni, per gli atti compiuti dagli amministratori, non è estensibile alle società di persone perché in queste la responsabilità della società coinvolge anche quella illimitata e solidale dei soci. Sotto questo profilo, allargare i margini in cui l'ente è chiamato a rispondere per obbligazioni anche non volute perché contratte illegittimamente dal proprio rappresentante, estenderebbe corrispondentemente le ipotesi in cui i singoli soci sarebbero chiamati a rispondere in proprio.

Anche a questa osservazione si potrebbe, tuttavia, replicare che il diverso regime della responsabilità delle società personali costituisce appunto la differenza di esse dalle società di capitali ma non si vede il nesso logico e giuridico per cui una tale considerazione dovrebbe giustificare anche la diversa tutela dei terzi rispetto ad esse per quanto concerne gli effetti derivanti dagli atti compiuti dagli amministratori con eccesso dalla procura o dall'oggetto sociale.

In definitiva, non pare dunque agevole trovare una giustificazione ragionevole e soddisfacente al diverso regime giuridico al quale sono assoggettati gli atti compiuti dagli amministratori con eccesso dal potere di rappresentanza secondo che essi riguardino società di capitali o società di persone²²³, se non quello strettamente formale dei limiti entro i cui si

²²³ In questo senso, si è espressa più volte, recentemente, la Cassazione. A titolo esemplificativo, con sentenza Cass. Civ., 14.05.1999, n. 4774 in *Società*, 1999, n. 11, p. 1326, con nota di DI CHIO, la Suprema Corte ha statuito che “*In tema di limiti ai poteri degli amministratori delle società derivanti dall'oggetto sociale, l'introduzione, in relazione alla disciplina delle società di capitali, delle regole contenute negli artt. 2384 e 2384 bis c.c.– che, a*

imponeva la direttiva comunitaria e la successiva legge di delega.

Alla stessa conclusione parrebbe giungersi anche con riguardo alla differente disciplina relativa all'opponibilità ai terzi dell'eccesso dai limiti dell'oggetto sociale commesso dall'amministratore, secondo che egli agisca per conto e nome di una società di capitali o di persone. Il fatto che le prime siano veri e propri soggetto giuridici perché forniti di personalità giuridica e quelle di persone, invece, solo centri di interesse non personificati non ha alcuna rilevanza ai fini della risoluzione del problema in esame, salvo che per mettere in evidenza nelle seconde un maggior legame fra l'amministratore e i soci, che tuttavia non ha valore giustificativo della diversità di regime giuridico sopra posta in evidenza.

Conseguentemente, già autorevoli autori avevano dubitato della legittimità costituzionale degli artt. 5 e 6, D.P.R. 29 dicembre 1969, n. 1127, che per non aver esteso le modifiche allora apportate all'art. 2384 c.c. ed il precetto introdotto con l'art. 2384 bis c.c. anche alle società commerciali personali, in violazione dell'art. 3 Cost., con considerazioni che valgono ancora, ed anzi con maggior forza, anche a seguito della nuova riforma, che ancora una volta ha escluso le società di persone.

differenza di quanto dispone, per le società di persone, l'art. 2298 c.c., escludono che le predette limitazioni, pur se pubblicate, siano opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano agito intenzionalmente a danno della società, e comunque che l'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori in nome della società possa essere opposta ai terzi in buona fede – non è suscettibile di applicazione analogica nei confronti delle società di persone, regolate da specifiche norme. Tuttavia, essa svolge un indubbio effetto di “irraggiamento” sull'intero sistema, nel senso di imporre, anche in relazione alle società da ultimo citate, in ossequio al principio della tutela dell'affidamento dei terzi, una concezione più sfumata dei limiti al potere di rappresentanza degli amministratori derivanti dall'oggetto sociale, da intendere con molta larghezza.”

6. Ingiustificata disparità di disciplina tra società di capitali e persone giuridiche del Libro Primo.

Se tali perplessità coinvolgono i rapporti tra società di capitali e società di persone, parimenti le stesse considerazioni possono svilupparsi in ordine alla differenza di disciplina tra le persone giuridiche commerciali e le persone giuridiche di diritto privato.

a) Così, egualmente, non pare possa trovarsi la ragione della disparità nelle dimensioni degli enti interessati: il fenomeno associativo e parimenti le fondazioni nella realtà attuale hanno assunto dimensioni tale da non poter certo far ritenere la sufficienza di una disciplina meno articolata e garantista per i terzi nei rapporti obbligatori e nei traffici commerciali.

Anzi è stato attentamente rilevato che il settore degli enti *non profit* ha fatto registrare, specie in questi ultimi lustri, una vera e propria esplosione, sia dal punto di vista numerico, sia dal punto di vista delle risorse gestite: il tutto, sotto l'impulso – da un lato – di una società civile sempre più protesa a realizzare iniziative di interesse collettivo senza la mediazione del sistema politico e delle pubbliche amministrazioni, ritenute non sufficientemente presenti e/o non sufficientemente efficienti; e – da altro lato – del fenomeno delle cd. privatizzazioni, che si è tradotto tra l'altro nella sistemazione in associazioni o fondazioni di singoli enti pubblici (si pensi a esempio a Triennale di Milano, al Museo della scienza della tecnica etc.) o di intere categorie di enti pubblici (si pensi alle fondazioni di origine bancaria, alle fondazioni musicali, alle casse di previdenza dei liberi professionisti, ai fondi pensione, etc.)²²⁴.

²²⁴ Così: GRANELLI, *Spunti in tema di conflitti di interessi negli enti non profit*, in *Conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, a cura di Granelli e Stella, Milano, 2007, p. 158.

b) E nemmeno potrà ravvisarsi la giustificazione della diversità nell'atteggiarsi dei rapporti interni tra amministratori e associati, nel senso che nelle organizzazioni privatistiche vi sarebbe un maggior legame "personale" tra ente e organo, tale da avvicinare la disciplina in questione a quella della rappresentanza volontaria, e ciò per ragioni analoghe a quelle sopra esposte con riferimento alle società di persone.

c) Ancor meno può valere qui la *ratio* ricercata nel confronto tra società di persone e società di capitali e determinata dalla diversa responsabilità dei soci agenti per la società. Se infatti potrebbe pensarsi che a legittimare una minore tutela dell'affidamento del terzo, nelle società di persone, sia la circostanza che qui la responsabilità della società (anche all'adempimento di obbligazioni della più varia natura) coinvolgerebbe sempre anche quella dei singoli soci, esponendoli a eccessivi rischi (seppur in via sussidiaria), non può ignorarsi che la disciplina relativa alla responsabilità per le persone giuridiche del Libro Primo è la medesima rispetto a quelle delle società di capitali, riposando l'esclusione della responsabilità dei membri nel principio della personalità giuridica e quindi dell'autonomia patrimoniale perfetta che accomuna associazioni e fondazioni alle società di capitali e le distingue invece dalle società di persone.

d) Da ultimo, la differenza tra le discipline non può trovare ragione d'essere neppure in considerazione della diversità ontologica tra le due categorie di persone giuridiche, consistente nella sussistenza dello scopo di lucro caratterizzante le seconde e mancante nelle prime e, quindi, la tipologia di contratti e rapporti che vengono intessuti. Ma come per il regime della responsabilità, tale elemento distintivo costituisce tratto caratterizzante delle due organizzazioni ma non incide su una diversa disciplina della tutela dei terzi. La individuazione e la rilevanza dei poteri rappresentativi esula dalla qualifica di imprenditore o meno dell'ente rappresentato, tanto che le società di persone commerciali, pur

perseguendo scopi lucrativi, prevedono un regime in punto opponibilità dei limiti rappresentativi analogo a quello delle associazioni e fondazioni. Quindi non può essere neppure quella la ragione giustificativa della diversa disciplina.

Ecco che dunque anche con riguardo alle persone giuridiche del Libro Primo possono valere le medesime considerazioni in merito all'inopportunità pratica e giuridica (fino a spingersi ad una reale illegittimità costituzionale) della differenziazione in parola. Ed ecco perché taluni autori hanno premuto per interpretazioni delle norme in questione forzate al punto di assottigliare il più possibile il divario tra le discipline.

A nostro giudizio, tuttavia, le considerazioni ora svolte circa l'illogicità di una così marcata disparità di disciplina tra società (di capitali) e altri enti collettivi, per quanto pienamente condivisibili, devono fermarsi innanzi alle altre considerazioni pratiche di non trascurabile momento. Infatti, quale che sia la *ratio legis* sottesa, non può non sottolinearsi, come già segnalato, che la riforma che ha coinvolto le società di capitali e in forza della quale si sono imposti i principi di piena inopponibilità ai terzi dei limiti al potere rappresentativo è il frutto di un percorso progressivo, del quale il D.Lgs. n. 06/2003 costituisce il suo passaggio di completamento di un impulso riformista già avviato precedentemente.

Precisamente, come accennato, le considerazioni che si sono svolte in merito alla mancanza di una valida giustificazione della disparità di trattamento tra società di capitali e gli altri enti erano già state sollevate ed analizzate a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 1127/69, in relazione alla quale si era già prospettata altresì l'opportunità di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Le critiche e le considerazioni prospettate erano quindi già nell'orecchio

del legislatore alla data della seconda riforma. Ciò nonostante nessuna modifica legislativa è intervenuta al fine di equiparare la disciplina delle società per azioni a quella delle società di persone o persone giuridiche del Libro Primo c.c.

Detto altrimenti, in concomitanza della riforma del 2003 il legislatore avrebbe potuto correggere il tiro, recepire le osservazioni critiche mosse da dottrina giurisprudenza ed uniformare le diverse normative.

Ed invece ha scelto di incrementare ancora la tutela riconosciuta al terzo, proseguendo e completando il cammino intrapreso precedentemente, ma ancora una volta limitatamente alle società di capitali, del tutto ignorando invece gli altri enti.

E' dunque da interrogarsi seriamente se questa non corrisponda, piuttosto, ad una precisa volontà del legislatore, più che ad una sua distratta omissione (o più che all'intenzione di sfruttare la disciplina delle società di capitali per fornire principi di massima valevoli per tutte le persone giuridiche e organizzazioni metaindividuali²²⁵), di talché le considerazioni svolte in merito alla forza di irraggiamento dei principi espressi per le s.p.a., per quanto apprezzabile, non possa comunque spingersi a travolgere il dettato normativo rimasto essenzialmente chiaro nei termini di effettiva contrapposizione di una disciplina rispetto all'altra, nonostante tutti gli sforzi interpretativi possibili²²⁶.

7. L'iscrizione nel registro. Significato e contenuto.

Si è precedentemente visto che le norme che per ciascun tipo di organizzazione plurisoggettiva regolano il contenuto dell'atto costitutivo

²²⁵ Così RAGUSA, *Vizi del processo decisionario nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit.; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit. p. 312.

²²⁶ Cfr. Cass. Civ., 18.02.2000, n. 1817 in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 2202.

impongono l'inserimento negli statuti anche delle disposizioni che regolano l'amministrazione, il che si risolve, a parere della interpretazione maggiormente accreditata, nell'indicazione, tra l'altro, dei soggetti cui compete la qualifica di amministratori, delle modalità che regolano la formazione della volontà dell'ente e quindi il processo decisorio (generalmente attribuendo il potere deliberativo ad un consiglio di amministrazione che deliberi a maggioranza), dei poteri conferiti agli stessi amministratori, tra i quali quelli di rappresentanza²²⁷.

Ovviamente, nell'indicazione del potere di rappresentanza possono essere indicate eventualmente anche le limitazioni stimate necessarie ed opportune, in mancanza delle quali il potere si estende a tutti gli atti sociali per i quale l'amministratore è abilitato per legge.

Nel disciplinare l'efficacia esterna delle limitazione al potere di rappresentanza, si è visto, l'art. 19 c.c., al pari dell'art. 2298 c.c., fa riferimento alle limitazioni che risultano rispettivamente nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero nel Registro delle Imprese, così come analogo riferimento compie l'art. 2384 c.c., negando tuttavia al contrario rilevanza esterna ad ogni limitazione ivi pubblicata.

Con riguardo a quali siano le limitazioni interessate dalle disposizioni in esame, per le società di persone, il menzionato articolo 2298 c.c. afferma che dette limitazioni sono quelle che derivano dallo statuto o dalla procura, e, nello stesso senso, l'art. 2384 c.c. precisa che le limitazioni in questione sono quelle derivanti dallo statuto o da delibere degli organi competenti.

Nulla, invece, si dice con riguardo alle persone giuridiche del Libro Primo. Nel silenzio della norma deve comunque presumersi e darsi per sottinteso che le limitazioni opponibili in ambito del Libro Primo siano quelle

²²⁷ Così, artt. 2295, 2328 e 19 c.c.

parimenti derivanti dallo statuto, dall'atto costitutivo ovvero da delibere limitative dei competenti organi.

Due, dunque, sono le questioni che vengono in rilievo.

Innanzitutto quale sia l'atto dal quale emergono il conferimento del potere rappresentativo ed i suoi limiti.

In secondo luogo con che modalità debba questo essere posto a conoscenza dei terzi, e precisamente se sarà sufficiente il deposito e l'iscrizione dello statuto dell'ente o se dovrà, invece, richiedersi una specifica iscrizione.

Ciò che occorre definitivamente chiarire, quindi, è se per conferire il potere di rappresentanza all'amministratore di un ente organizzato (persona giuridica del Libro Primo o società) sia necessario un apposito atto di procura e se questo debba essere quindi oggetto di apposita iscrizione²²⁸.

Richiamandosi le considerazioni svolte all'inizio di questo lavoro in merito alla differenza ontologica tra rappresentanza volontaria e rappresentanza organica, pare che, se nella rappresentanza volontaria debba riconoscersi la necessità della procura come espressione della volontà del mandante, nei casi che ci occupano di rapporto organico, la più consolidata dottrina rifiuta la necessità di un apposito atto conferente i poteri rappresentativi, perché la volontà da cui sorge il potere de quo in capo agli amministratori riposa già nell'atto costitutivo, e ancor prima,

²²⁸ SALAFIA, *Amministratori, limitazioni al potere di rappresentanza e opponibilità ai terzi*, in *Le società* n. 11, 1995, p. 1397. Va ribadito, comunque, quanto sostenuto da MALBERTI, *Il potere di rappresentanza*, op. cit., p. 179 ss. per il quale la nuova formulazione dell'art. 2384 c.c. dovrebbe condurre a far ritenere che oggi, in materia di s.p.a., il conferimento di poteri rappresentativi agli amministratori ha natura volontaria: la stessa norma parla di "attribuzione" di poteri, mentre per le altre collettività organizzate gli amministratori "hanno" la rappresentanza. Così anche LUPETTI, *La rappresentanza "generale" degli amministratori*, cit., p. 1329 ss.

nella stessa connotazione dell'organo. E' il contratto associativo che, in quanto tale, crea l'organo e attribuisce, in via immediata, la funzione²²⁹. Ciò almeno, salva espressa diversa disposizione di legge, come pare oggi essere l'art. 2384 c.c., che impone, oggi, le diverse valutazioni siccome svolte circa la natura volontaria del conferimento.

Peraltro, laddove invece viga il sistema delineato, nulla non vieta, come detto, che i soci in sede di assemblea (nelle società di persone) ovvero i competenti organi amministrativi nelle persone giuridiche del Libro Primo possano restringere o ampliare i confini del potere di rappresentanza indicati nell'atto costitutivo: l'eventuale atto con cui tale restringimento o allargamento è operato sarà bene ammissibile, ma costituirà un *quid pluris* accessorio ed eventualmente successivo rispetto alla fonte prima del potere rappresentativo che riposa direttamente nell'atto costitutivo e nella stessa funzione che l'organo è chiamato a ricoprire.

Quindi, già l'atto costitutivo dell'ente organizzato costituisce immediatamente atto attributivo del potere rappresentativo e nello stesso atto costitutivo possono trovare sede le eventuali limitazioni.

E un tanto anche nel caso in cui l'atto non indichi specificatamente i nomi dei rappresentanti ma si limiti a definire i criteri sulla cui base gli stessi dovranno essere nominati: anche in questo caso infatti la nomina successiva non intacca l'individuazione della fonte del potere che riposa comunque nel contratto associativo (o nell'atto di fondazione) e nel relativo statuto.

Seguendo questa impostazione, quando, pertanto, l'art. 19 c.c. (e parallelamente l'art. 2298 c.c. per le società di persone) dispone che le limitazioni al potere rappresentativo degli amministratori non sono

²²⁹ Si richiamano sul punto le considerazioni svolte *infra*, capitolo secondo, e in particolar modo la dottrina del fondatore della concezione organica, GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, op. cit., p. 690.

opponibili ai terzi se risultano dal Registro delle Persone Giuridiche (e delle Imprese), se apparentemente detta una regola superflua in considerazione del fatto che, essendo già iscritto l'atto costitutivo, anche le suddette limitazioni sono iscritte, in realtà esprime un disposto rilevante, perché nel suo carattere generale ed astratto la norma fa riferimento a tutte le possibili fonti atte a modificare in senso estensivo o restrittivo i poteri dei rappresentanti statutari²³⁰.

In conclusione, a parere di chi scrive, le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori sono efficaci nei confronti dei terzi già in forza della semplice iscrizione (e deposito quindi) dell'atto costitutivo della persona giuridica nel registro relativo.

Tale opinione appare supportata da autorevole dottrina (per quanto concerne parallelamente le società di persone²³¹), mentre non trova il pacifico avallo della giurisprudenza.

Secondo la Suprema Corte²³², infatti, al fine dell'opponibilità ai terzi dei limiti del potere di rappresentanza dell'amministratore di un ente collettivo (nella fattispecie la sentenza concerne una società in accomandita semplice) non sarebbe sufficiente l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto costitutivo della società in cui i suddetti limiti sono indicati, ma sarebbe necessaria la specifica iscrizione della limitazione.

²³⁰ Non si ritiene invece concerna altri tipi di rappresentanti, volontari o institori, i cui rapporti con l'ente non sarebbero regolati dalle norme in esame ma da quelle sulla rappresentanza volontaria, come si è più volte accennato in questo lavoro e si ripeterà nell'apposita sede.

²³¹ SALAFIA, *Amministratori, limitazioni al potere di rappresentanza e opponibilità ai terzi*, op. cit., p. 1397 s.s.; PEDERZINI, *Investitura rappresentativa dell'amministratore delegato di società e opponibilità delle relative limitazioni ai sensi dell'art. 2384 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 1990, I, p. 613 ss. BAVETTA, *Le società in nome collettivo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Torino, XVI, 1991, p. 152.

²³² Cass. Civ. 21.02.1995, n. 1884, in *Giur. Commerciale* n. 9, 1995, p. 1169.

Una tale esigenza deriverebbe, a dire della Cassazione, dal fatto che l'iscrizione dell'atto costitutivo servirebbe solo ed esclusivamente ai fini dell'individuazione degli elementi identificativi dell'ente ma non anche di altri elementi, quali, per l'appunto, le limitazioni del potere di rappresentanza dell'amministratore.

Gli Ermellini, precisamente traggono argomento dalla specifica lettura dell'art. 2298 c.c. (con argomentazioni valedoli, quindi, anche con riguardo all'art. 19 c.c.) che apparentemente sembra riferirsi ad un'apposita iscrizione delle limitazioni in esame ai fini della loro opponibilità, sia dallo stesso art. 2296 c.c., che, a proposito dell'atto costitutivo, parla di mero "deposito" ai fini della iscrizione della società, il che non sarebbe pertanto idoneo ad assumere le vesti di effettiva pubblicità dell'atto costitutivo e del suo contenuto.

In sostanza, dalla sentenza sembra derivare il principio per cui l'iscrizione contemplata all'art. 2296 c.c. riguarda solo l'iscrizione dell'ente società con i suoi dati essenziali di identificazione, ma non il contenuto del contratto e in particolare, quindi, non le eventuali limitazioni al potere di rappresentanza pur contenute nell'atto costitutivo originario iscritto²³³.

La decisione lascia perplessi anche perché l'assunto (pur legato alla precisa lettera del singolo articolo in esame – nella specie il 2298 c.c. non collima con la prassi normalmente seguita, con quanto affermato da gran parte della dottrina e, soprattutto, non sembra concordare perfettamente con lo stesso disegno codicistico²³⁴.

La prassi societaria, almeno da quando col nuovo codice non è più

²³³ Anche in dottrina, in posizione minoritaria, si veda: BRUNETTI, *Trattato di diritto delle società*, Milano, 1948, 1, p. 475; PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954, p. 318 ss.

²³⁴ KUSTERMANN, *Immedesimazione organica, poteri di rappresentanza e obbligazioni cambiarie*, in *Le società*, n. 2, 1996, p. 132.

prevista la possibilità di depositare in cancelleria un estratto per l'iscrizione delle società di persone (ed eventualmente in attesa che si crei una qualsiasi nuova prassi, magari imposta dagli informatici), ha sempre inteso l'iscrizione delle società come pubblicità di atto con la conseguente opponibilità ai terzi di tutto quanto ad essi può opporsi, ivi ovviamente comprese le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori.

E' interessante, ancora, segnalare come pure le Cancellerie dei Tribunali (per quel che risulta generalmente), per l'iscrizione e il rilascio dei certificati di vigenza, sembrano attenersi alla prassi di cui sopra, prassi che, soprattutto per essere in campo commerciale, viene ad assumere nei traffici un significato interpretativo che quanto meno crea affidamento.

Peraltro, emblematico del fatto che con l'iscrizione dell'atto costitutivo viene data pubblicità e opponibilità anche alle limitazioni della rappresentanza eventualmente contenute nell'atto stesso, sembra essere l'art. 2297 c.c. ed appare opportuno verificare l'assunto della corrente che non ritiene sufficiente la mera iscrizione dello statuto, proprio in una situazione limite, perché al margine della pubblicità legale, cioè la situazione di una società che, pur essendo costituita, è nell'irregolarità perché non registrata.

In effetti, nel contesto della normativa viene fissato il concetto che: *“fino a quando la società non e' iscritta al registro delle imprese...”* questa, per quanto riguarda i suoi rapporti con terzi, vede *“inopponibili”* tra l'altro *“i patti ...che limitano i poteri di rappresentanza...”*.

Dalla lettura e dal meccanismo descritti dall'art. 2297 c.c. dovrebbe, pertanto, desumersi che, una volta registrata la società, quanto meno ciò che è descritto dallo stesso legislatore nell'articolo in esame sia opponibile e perciò opponibile una determinata struttura amministrativo-rappresentativa diversa dalla assoluta disgiuntività di cui agli artt. 2257, 2266 c.c. e soprattutto, in base all'assetto così regolamentato, siano

opponibili anche eventuali limitazioni della rappresentanza.

La lettura proposta, quindi, porta a concludere che la regolarizzazione della società, avvenuta a mezzo della iscrizione, renda opponibile a tutti (quindi non solo a coloro che eventualmente ne fossero a conoscenza) oltre la “iscrizione” della società, anche la società nei suoi elementi strutturali e organizzativi (così come voluti dai soci, ovviamente nell’ambito del tipo, e verificati dal registro delle imprese – come prevede l’art. 2189 c.c., secondo comma, ultimo inciso) e cioè, in sostanza, l’atto costitutivo.

Pertanto, se con l’iscrizione si rende opponibile l’atto costitutivo della società irregolare, lo stesso effetto si dovrebbe produrre con l’iscrizione della società appena costituita, per cui in tutti e due i casi dovrebbero avere piena efficacia le eventuali limitazioni di rappresentanza contenute nello stesso.

D’altra parte, se l’art. 2298 c.c. avesse il significato attribuitogli dalla sentenza e cioè inopponibilità dei limiti in mancanza di loro autonoma iscrizione, l’art. 2297 c.c. avrebbe dovuto avere una diversa stesura e quanto meno avrebbe dovuto omettere ogni riferimento alla opponibilità dei limiti del potere di rappresentanza, visto che comunque per l’opponibilità di questi occorrerebbe la “diversa e ulteriore” iscrizione ai sensi dell’art. 2298 c.c., così come vorrebbe la sentenza in esame²³⁵.

Aderendo alle conclusioni qui riproposte, la tesi per cui si renderebbe necessario un’apposita iscrizione specifica delle limitazioni si palesa fondata su una concezione dell’iscrizione che non trova riscontro nel dettato normativo. D’altra parte, la visura dei registri delle persone giuridiche e delle imprese serve da guida per il reperimento di atti da consultare e non per la loro piena cognizione. Se per un momento si

²³⁵ Cfr. commento di KUSTERMANN, *Immedesimazione organica, poteri di rappresentanza e obbligazioni cambiarie*, op. cit., p. 134-135.

seguisse la tesi contestata, d'altra parte, non si saprebbe nemmeno cosa iscrivere nel registro per inserirvi anche le limitazioni al potere di rappresentanza posto che la legge prescrive soltanto l'iscrizione di atti e si dovrebbero allora artificialmente inserire le predette limitazioni in un atto di procura, la cui necessità, ma anche il cui senso, come poc'anzi ribadito, è contrario alla figura della rappresentanza organica, essendo la fonte del potere rappresentativo di cui trattasi riposta nell'atto costitutivo stesso²³⁶.

Ogni valutazione sopra esposta e tratta dalle norme in ambito societario, può ben essere mutuata con riguardo alle iscrizioni compiute nel Registro delle Persone Giuridiche.

Ai sensi dell'art. 4 D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361, specularmente a quanto disposto con riferimento al Registro delle Imprese, si legge che *“nel registro devono essere indicati la data dell'atto costitutivo, la denominazione, lo scopo, il patrimonio, la durata, qualora sia stata determinata, la sede della persona giuridica e il cognome, il nome e il codice fiscale degli amministratori, con menzione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza. 2. Nel registro devono altresì essere iscritte le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto, il trasferimento della sede e l'istituzione di sedi secondarie, la sostituzione degli amministratori, con indicazione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza, le deliberazioni di scioglimento, i provvedimenti che ordinano lo scioglimento o accertano l'estinzione, il cognome e nome dei liquidatori e tutti gli altri atti e fatti la cui iscrizione è espressamente prevista da norme di legge o di regolamento”*²³⁷.

²³⁶ Nello stesso senso BRUNETTI, *Trattato di diritto delle società*, op. cit., p. 496.

²³⁷ Ogni Regione ha poi provveduto alla redazione di Leggi Regionali volte a regolare nel dettaglio le modalità d'iscrizione ed il deposito della documentazione. Le disposizioni particolari sono comunque simili su tutto il territorio nazionale. Per quanto concerne il Veneto, nel Registro Regionale delle Persone Giuridiche, istituito

Gli oneri pubblicitari, anche con riguardo alla materia di nostra competenza, possono quindi dirsi assolti con l'iscrizione, e ovvio relativo deposito, dell'atto costitutivo dell'ente, a disposizione di ogni terzo che si faccia parte diligente nell'assolvere gli oneri informativi su lui ricadenti.

con deliberazione della Giunta Regionale nr. 112 del 19 gennaio 2001 (pubblicata nel B.U.R. n. 22 del 6.03.2001), sono iscritti, con l'attribuzione di un numero d'ordine progressivo, gli Enti privati (Associazioni, Fondazioni, Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza depubblicizzate, Regole, ecc.) cui sia stata attribuita la personalità giuridica di diritto privato, che operino nelle materie attribuite alla competenza regionale e le cui finalità statutarie si esauriscano nell'ambito della Regione Veneto. Per ogni persona giuridica, nel suddetto registro, sono iscritti gli elementi e i fatti costitutivi, modificativi ed estintivi della stessa. Sono in particolare iscritti: a. la data dell'Atto Costitutivo; b. la denominazione (cod. fiscale e/o partita I.V.A.); c. lo scopo; d. il patrimonio; e. la durata (qualora sia stata determinata); f. la sede; g. il cognome, il nome e il codice fiscale degli amministratori, con indicazione della carica e menzione di coloro ai quali è attribuito il potere di rappresentanza. Sono inoltre iscritte: (i) le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto; (ii) il trasferimento della sede e l'istituzione di sedi secondarie; (iii) la sostituzione degli amministratori, con indicazione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza; (iv) le deliberazioni di scioglimento; (v) la trasformazione delle Fondazioni (art. 28 C.C.); (vi) i provvedimenti che ordinano lo scioglimento o accertano l'estinzione; (vii) il cognome e nome del/dei liquidatore/i; (viii) tutti gli altri atti e fatti la cui iscrizione è espressamente prevista da norme di legge o di regolamento. Per ottenere l'iscrizione dei fatti sopraindicati, il richiedente deve presentare copia autentica, in carta libera, della deliberazione o del provvedimento da iscrivere. Il Registro e i documenti relativi possono essere esaminati da chiunque ne fa richiesta e su richiesta vengono rilasciati estratti e certificati.

CAPITOLO QUARTO

IPOSTESI DI CARENZE E DI LIMITAZIONE AL POTERE RAPPRESENTATIVO

Sommario: 1. Premesse - 2. La limitazione al potere di rappresentanza derivante dalla dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo. - 2.1. Il concetto di dissociazione dei poteri. - 2.2. La scissione dei poteri nelle società di capitali. - 2.3. *segue:* La tesi della rilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo dell'amministratore di s.p.a. Fondamenti e critiche. - 2.4. *segue:* La tesi dell'irrilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo dell'amministratore di s.p.a. - 2.5. *segue:* Le conseguenze pratiche delle due tesi. - 2.6. La rilevanza esterna della dissociazione con riguardo agli enti del Libro Primo. - 2.7. *segue:* Prima prospettazione: difetto di delibera quale motivo di invalidità dell'atto compiuto dall'amministratore. - 2.8. *segue:* La dissociazione come limite al potere di rappresentanza. L'art. 19 c.c. e la possibile rilevanza esterna dei vizi nel procedimento formativo della volontà dell'ente. - 2.9. *segue:* La diversa teoria che interpreta la dissociazione in termini di limite al potere gestorio e l'inefficacia dell'atto *ex art.* 1398 c.c. - 2.10. *segue:* La teoria della rilevanza esterna sul presupposto del modello legale della dissociazione. Critica. - 2.11. Conclusioni - 3. I limiti legali al potere di rappresentanza.

– 4. Il conflitto di interessi. - 4.1. Premesse. - 4.2. Le tre ipotesi classiche di conflitto d’interessi nell’ambito delle società per azioni. Il rapporto tra l’art. 1394 c.c. e l’art. 2391 c.c. - 4.3. *segue*: Il secondo quesito imposto dalla riforma. Il rapporto tra l’art. 2391 c.c. e l’art. 2384 c.c. - 4.4. *segue*: La disciplina negli enti del Libro Primo. - 4.5 . Una quarta ipotesi di conflitto di interessi. - 4.6. Conclusioni – 5. Atti estranei all’oggetto sociale e atti non pertinenti allo scopo dell’ente. - 5.1. La disciplina nelle società commerciali. La recente evoluzione. - 5.2. I criteri di individuazione dell’estraneità dell’atto all’oggetto sociale. - 5.3. L’estraneità dell’atto allo scopo dell’associazione o della fondazione. - 5.4. Ratifica o autorizzazione dell’atto estraneo all’oggetto o allo scopo sociale – 6. Limitazioni derivanti dall’atto di delega. – 7. La rappresentanza congiunta – 8. La rappresentanza vicaria.

1. Premesse.

Dopo aver ricostruito il sistema dei diversi regimi di opponibilità ai terzi delle limitazioni del potere rappresentativo a seconda che ci si trovi nell’ambito di società di capitali, di persone o enti non lucrativi, va rilevato come, rispetto a schemi che appaiono – come ora visto – più o meno definiti nelle loro linee generali, in realtà vi sia tutta una serie di fattispecie che sembrano costituire eccezioni rispetto alle regole ora viste e per le quali non risulta affatto pacifica la semplice applicazione della corrispondente disposizione codicistica (ora l’art. 2384 c.c., ora l’art. 2298 c.c. ora l’art. 19 c.c.)

Una tale difficoltà, se è stata riscontrata nell’ambito della scienza giuridica che si occupa del diritto societario, ove pagine e pagine sono state scritte sulle tematiche in esame, ancora più sentita appare nel settore che ci siamo ripromessi di analizzare con questo lavoro, posto che, con

riferimento agli enti del Libro Primo, non si riscontrano studi caratterizzati da analoga sistematicità.

Per questa ragione si rende necessario procedere ad un'indagine delle diverse fattispecie che in concreto possono verificarsi per individuare quale sia di volta in volta il regime da applicare al singolo caso specifico.

Per far ciò muoveremo dall'esame delle varie fattispecie limitative del potere rappresentativo tipizzate nell'ambito delle società per azioni, per valutarne la configurabilità anche in seno agli enti del Libro Primo e considerarne l'opponibilità o meno nei confronti dei terzi.

Dal punto di vista metodologico, si prenderanno in considerazione quindi le principali fattispecie di esercizio patologico del potere di rappresentanza, fattispecie che più comunemente hanno interessato il diritto applicato e sulle quali si è più frequentemente espressa la giurisprudenza della Suprema Corte, per poi passare all'esame di fattispecie più particolari e concludere, infine, con la valutazione se, a stemperare la rigidità del sistema che si va proponendo, possa trovare applicazione il principio dell'apparenza del diritto a tutela dell'affidamento incolpevole del terzo, pur in presenza di un regime pubblicitario che con riguardo agli enti del Libro Primo, si dirà, parrebbe invece escluderlo.

2. La limitazione al potere di rappresentanza derivanti dalla dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo.

2.1. Il concetto di dissociazione dei poteri.

Muoviamo l'analisi delle ipotesi limitative del potere rappresentativo con l'affrontare una delle questioni più spinose relative all'utilizzo illegittimo del potere rappresentativo da parte degli amministratori, ovvero il caso in cui lo stesso venga utilizzato per la conclusione di atti o non deliberati

dall'organo legittimato a formare la volontà dell'ente, o si decisi dall'organo statutariamente competente (e precisamente, nell'ambito dell'indagine in corso, dal consiglio di amministrazione dell'associazione), ma in forza di una delibera invalida (sia essa nulla o annullabile). Ci troviamo quindi nell'ambito della seconda fattispecie prospettata da Mirabelli²³⁸ quando affrontò la tematica della rappresentanza organica, ed individuò il caso “*in cui l'organo deliberante di un ente non attua direttamente le determinazioni prese, ma ne affida l'attuazione ad altri soggetti, anche se questi rivestono anch'essi la qualità di organi dell'ente, come organi esecutivi delle deliberazioni prese dall'organo deliberante*”²³⁹.

Nelle ipotesi prospettate si configura, dunque, una manifestazione patologica di quella che tradizionalmente va sotto il nome di “dissociazione” tra il potere di gestione, cioè il potere di deliberare il compimento dell'atto (attribuito, per l'appunto, generalmente ad un organo pluripersonale qual è il consiglio di amministrazione), e quello di rappresentanza, cioè il potere di porlo concretamente in essere con effetti vincolanti direttamente nella sfera giuridica dell'ente (che può essere attribuito al singolo amministratore).

Fino ad un certo punto, può dirsi che la rappresentanza sociale costituisca il logico corollario del potere di gestione in forma collegiale²⁴⁰: il frutto della fase gestoria così configurata è la delibera la quale a nulla gioverebbe se ad essa non seguisse la fase successiva della sua esternazione. Nessun senso avrebbe l'esercizio di una qualsiasi attività (imprenditoriale o non)

²³⁸ MIRABELLI, voce *Della rappresentanza*, in *Dei contratto in generale*, op. cit., p. 359; la questione era già stata anticipata *infra*, capitolo secondo, paragrafo 1.

²³⁹ Nello stesso senso anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1960, p. 580 ss. e *ivi* p. 586-587.

²⁴⁰ Così: FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, Trattato diretto da Galgano, Torino, 2002, p. 165.

se questa non contemplasse la possibilità di esternalizzare ai terzi i risultati. Giova, tuttavia, ancora una volta ricordare, preliminarmente, che il potere di gestione ed il potere rappresentativo attengono a due fasi, rispettivamente quella della deliberazione e quella della stipulazione dell'atto, che sono tra loro nettamente distinte. L'amministrazione, infatti, afferisce al procedimento di formazione della volontà interna di un atto giuridicamente vincolante, nel senso che l'attività di gestione ha lo scopo di "... deviare dall'agente verso il soggetto per conto del quale l'atto è posto in essere il negozio nel suo momento economico e sostanziale ..." ²⁴¹. La rappresentanza, nel suo atteggiarsi, qui, quale rappresentanza organica, diversamente, concerne la manifestazione ai terzi di quella stessa volontà deliberata *ut supra*.

Come si è visto, il potere di gestione spetta generalmente agli amministratori riuniti nel consiglio di amministrazione, mentre non così deve dirsi per il potere di rappresentanza, posto che, si è detto, è lo statuto della persona giuridica o dell'ente che deve indicare ai terzi i nomi di coloro che possono legittimamente impegnare la collettività, privando, a contrario, coloro che non sono indicati di un analogo potere.

Corollario del principio qui espresso è che, chi ha il potere di dichiarare efficacemente la volontà dell'ente, non sempre ha anche il potere di determinarla (così, tornando per l'appunto allo schema generale già enunciato a titolo esemplificativo poc'anzi, al consiglio di

²⁴¹ Si è precisato che il termine "gestione" è utilizzato in senso generale per designare qualunque fattispecie rilevante giuridicamente sul patrimonio proprio o altrui, ed in questo senso (ampio) esso è particolarmente vicino al significato di amministrazione. In questo senso, si veda LEPRI, *Contratto e gestione*, in *Giurisprudenza Sistematica di Diritto Civile e Commerciale*, I, *Contratti in Generale*, II ed, Torino, 1991, p. 790. Inoltre, cfr. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da Rescigno, XII, Tomo IV, Torino, 1989, p. 9 ss.

amministrazione compete la gestione, mentre la rappresentanza spetta in genere solo al Presidente o ad alcuni membri).

Gestione e rappresentanza quindi non si descrivono con la teoria degli insiemi palesati in cerchi coincidenti²⁴² e neppure sono soggette alle stesse regole, ma si muovono su piani e livelli diversi, sia logicamente che cronologicamente²⁴³.

Dal punto di vista logico, infatti, nella prima fase si forma la volontà della società di compiere l'atto, mentre nella seconda si manifesta tale volontà verso l'esterno.

Dal punto di vista cronologico, la distinzione è apprezzabile proprio allorché l'atto viene stipulato da un organo diverso da quello che lo ha deliberato, come accade nelle ipotesi testé enucleate, in cui prima si assume la decisione da parte del consiglio d'amministrazione, e solo successivamente si procede alla stipulazione da parte del singolo amministratore munito di rappresentanza. L'intervallo temporale non risulta, invece, apprezzabile quando il soggetto che delibera l'atto e quello che lo stipula coincidono, come accade nel caso in cui l'atto rientri tra le competenze dell'amministratore delegato o vi sia un amministratore unico: in tali ipotesi, infatti, la deliberazione, che pure rimane logicamente antecedente al compimento dell'atto esterno che ne è l'esecuzione, resta interna all'animo dell'amministratore e si manifesta esteriormente soltanto nel momento in cui viene stipulato l'atto²⁴⁴.

²⁴² Tale figura è immaginata da FRANZONI, *Società per azioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 2008, p. 213.

²⁴³ FEDE, *Amministratore di s.p.a.: dissociazione tra potere gestorio e rappresentativo, conflitto di interessi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, n. 2, p. 132 ss.

²⁴⁴ Sul punto v. RAGUSA, *Vizi del processo decisionale nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., p. 159. L'Autore nell'intento di confutare l'orientamento secondo cui la concentrazione tra potere rappresentativo e potere gestorio costituirebbe il criterio

Per chiarirci sui termini della questione, quindi, quando si parla di dissociazione si allude generalmente al fatto che lo statuto, sfruttando una opportunità espressamente riconosciuta dalla legge (per le persone giuridiche del Libro Primo dagli artt. 33, 2° co. e dall'art. 34, 4° co., c.c.; per le società di persone dagli artt. 2266, 2° co., c.c., art. 2297, 2° co., c.c. e art. 2295, 1° co., n. 3, c.c.; per le società di capitali dall'art. 2328, 2° co, n. 9, c.c.), concede il potere di rappresentanza statutaria (perché di solo questa si parla, vigendo principio differenti e per coloro che siano a chiamati a rappresentare l'ente in forza di procura speciale o generale di diritto comune²⁴⁵) ad un numero di amministratori inferiore rispetto a

organizzativo presuntivo delle persone giuridiche e la dissociazione sarebbe l'eccezione (sul punto *infra*, questo capitolo, paragrafo 2.10), configura un altro caso di sovrapposizione cronologica dei due momenti di atto e delibera nell'ipotesi in cui convergano in capo ai medesimi soggetti la titolarità del potere di deliberare e di quello di esternare. Precisa tuttavia il Ragusa che in realtà nemmeno in questo caso sarebbe esclusa la rilevanza esterna del potere decisorio: una tale situazione solo sposta il momento interno della deliberazione sulla fase esterna del rapporto con i terzi, riversando su questa fase la necessità di un accordo.

²⁴⁵ RAGUSA, *Vizi del potere decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., p. 146 nota 4. Resta infatti inteso, ed in altra sede si dirà, che a soggetti diversi dagli amministratori statuari, pur dotati di potere rappresentativo in forza di procura o rapporto institorio diverso, sono applicabili le norme generali sulla rappresentanza e non quelle oggetto di analisi in questo paragrafo, ovvero quelle speciali previste per gli ausiliari degli imprenditori, com'è per l'istitutore secondo l'art. 2206 c.c. Sarebbe illogico ritenere che i terzi siano garantiti solo quando l'attività sia svolta dagli amministratori e non quando l'atto sia compiuto da soggetti cui la legge attribuisce la rappresentanza. Pertanto una rappresentanza di diritto comune può ben affiancarsi alla rappresentanza istituzionale o organica, ma non può sostituirsi alla stessa, né avere identica ampiezza. Altrimenti il rappresentante a *negotia* verrebbe a trovarsi investito di un potere gestorio altrettanto esteso quanto quello degli amministratori, ma totalmente dissociato dalle relative responsabilità (cfr. sul punto FRANZONI, *Società per azioni*, op. cit., p. 210 e GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, op. cit., p. 271).

quello complessivo cui compete invece in maniera collegiale la gestione sociale.

Orbene, ogni qualvolta un amministratore, munito di potere rappresentativo, stipula contratti con terzi o comunque assume obbligazioni senza previa valida deliberazione del consiglio che a ciò lo autorizzi, si pone il problema della validità o meno di tale atto e dell'opponibilità della mancanza della deliberazione consiliare, o della sua invalidità, ai terzi²⁴⁶.

In relazione alla problematica in questione, pagine e pagine sono state scritte in dottrina con riferimento alla rilevanza esterna del mancato rispetto del procedimento deliberativo in ambito societario, ciò perché neppure la riforma (del 1969 prima, e del 2003 poi) è stata in grado di porre la parola fine al problema in questione.

Ma se un tanto è vero con riguardo alle società di capitali (per le quali il tenore dell'art. 2384 c.c. riformato è quantomeno chiaro nel senso di attribuire una sempre maggiore tutela all'affidamento del terzo), ancora più dubbia e aperta è la questione con riguardo alle persone giuridiche del Libro Primo, in riferimento alle quali, tuttavia, è da segnalarsi una scarsa attenzione da parte della più nota dottrina, posto che sono pochi gli autori che si sono espressi sulla problematica.

Al fine quindi di inquadrare correttamente la questione con riguardo agli enti non commerciali, appare allora essenziale una rassegna delle principali conclusioni raggiunte, relativamente alla medesima

²⁴⁶ Si noti bene, che non deve tuttavia trattarsi di un'ipotesi rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 1708 c.c., come si è detto *infra*, capitolo secondo, paragrafo 4.2., ovvero di un atto non deliberato ma necessario perché conseguente o correlato a quello deliberato. Alla luce delle considerazioni là svolte, circa l'operatività di determinate disposizioni in materia di rappresentanza volontaria e mandato, si ribadisce che alla rappresentanza organica è applicabile la disposizione in parola.

problematica, nell'ambito delle società per azioni. Un tanto per cogliere fino a che punto i principi e i risultati (più o meno pacifici) là raggiunti possano trovare spazio anche nell'ambito di nostro interesse.

2.2. La scissione dei poteri nelle società di capitali.

Nell'ambito delle società di capitali, la scissione tra il potere gestorio e quello rappresentativo è resa possibile dal diverso atteggiarsi della disciplina legale ad essi relativa²⁴⁷.

Quanto al primo, come detto, è lasciato all'autonomia statutaria di determinare tanto gli organi cui vada attribuito, quanto l'ampiezza di tale attribuzione, cosicché lo statuto può prevedere che il consiglio sia investito *in toto* dell'amministrazione, ovvero che sia investito solo di quella straordinaria, o del compimento di determinati atti, ovvero, ancora, delle sole prerogative non derogabili per legge.

Quanto al secondo, invece, l'autonomia statutaria può determinare solo i soggetti cui è conferito, ma non anche la sua estensione, che risulta oggi stabilita direttamente dalla legge, ed in particolare dal primo comma dell'art. 2384 c.c.

Com'è ormai noto, tale norma, che nell'originaria formulazione attribuiva agli amministratori con rappresentanza il potere di compiere *«tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, salvo le limitazioni che risultano dalla legge e dall'atto costitutivo»*, a seguito delle modifiche approdate alla novella introdotta con il D.lgs. n. 6/2003, dispone che *«il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori (...) è generale»*.

Da ciò discende, com'è evidente, che nell'ambito delle società per azioni all'ampiezza del potere rappresentativo, che, appunto, è generale per

²⁴⁷ Cfr. sul punto FEDE, *Amministratore di s.p.a.: dissociazione tra potere gestorio e rappresentativo, conflitto di interessi*, cit., p. 132 s.

espressa disposizione di legge, non corrisponde un'estensione di pari dimensioni del potere di gestione²⁴⁸, che invece è variamente distribuito, a seconda delle disposizioni statutarie, tra il consiglio e i singoli amministratori delegati²⁴⁹.

Come si è anticipato, la scissione tra potere gestorio e potere rappresentativo si realizza allorquando il singolo amministratore ha il potere di manifestare all'esterno la volontà della società di compiere l'atto, ma non ha anche il potere di deciderne individualmente il compimento, o perché è del tutto privo di poteri di gestione (come accade, si ripeta, di solito per il Presidente del consiglio d'amministrazione), oppure perché le competenze gestionali che gli sono attribuite non comprendono quel determinato atto (come accade per l'amministratore delegato).

In tali casi, l'amministratore con rappresentanza non potrebbe addivenire alla stipulazione dell'atto se non a seguito di una statuizione dell'organo competente, cioè del consiglio di amministrazione.

Come si accennava, dunque, l'indagine che ci apprestiamo a compiere riguarda la disciplina da applicare nel caso in cui l'amministratore stipuli ugualmente l'atto esterno nonostante l'assenza della necessaria - valida - deliberazione consiliare.

È pacifico che, in tal caso, la condotta dell'amministratore sia illecita nei confronti della società; tale condotta potrà, infatti, costituire giusta causa di revoca (art. 2383, 3° co., c.c.), nonché motivo di denuncia al collegio

²⁴⁸ Così come, invece, si era detto per le società di persone e, salva deroga, per le persone giuridiche del Libro Primo. Cfr. *infra*, capitolo terzo, paragrafi 3.1., 3.2., 3.4.

²⁴⁹ E' stato autorevolmente rilevato, tra l'altro, che la previsione di una tale dissociazione è valsa ad introdurre nell'ordinamento societario un'ulteriore garanzia di legalità posto che gli amministratori rappresentanti, all'atto di dare esecuzione alle delibere consiliari, esercitano altresì un controllo sulle stesse: così MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 134.

sindacale (art. 2408 c.c.) o al Tribunale (art. 2409 c.c.), e potrà inoltre legittimare un'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore (artt. 2392 ss. c.c.).

In questa sede, si tratta tuttavia di valutare se l'illiceità di tale condotta sia rilevante, oltre che nei rapporti interni tra la società e l'amministratore, anche all'esterno, cioè nei confronti dei terzi che abbiano contrattato con l'amministratore medesimo.

Prima di addentrarci nell'esame della fattispecie, una precisazione è ancora necessaria: le considerazioni che qui si svolgono concernono l'ipotesi in cui lo statuto iscritto nulla precisi in ordine ai limiti del potere rappresentativo connessi al valido esercizio del potere deliberativo.

Potrebbe infatti accadere che lo Statuto sociale preveda esplicitamente la conformità ad una previa valida delibera quale limitazione all'esercizio del potere rappresentativo degli amministratori indicati e quindi preveda espressamente che, in tanto l'atto concluso dal rappresentante sarà valido ed efficace verso i terzi, in quanto conforme alla deliberazione validamente votata dall'organo deliberante; ovvero potrebbe parimenti accadere (e anzi, ciò generalmente avviene) che lo statuto nulla precisi circa possibili configurazioni di limiti al potere di rappresentanza limitandosi a prevedere le norme sulla gestione della società²⁵⁰.

²⁵⁰ Un tale rilievo è evidenziato anche da FEDE, *Amministratore di s.p.a.: dissociazione tra potere gestorio e rappresentativo, conflitto di interessi*, cit., nota n. 5 ove afferma “*giòva sottolineare che laddove sia dato riscontrare una specifica disposizione statutaria che condiziona espressamente il potere di rappresentanza al regolare esercizio del potere di gestione, ci si trova in presenza di una vera e propria limitazione convenzionale del potere di rappresentanza, come tale inopponibile ai terzi salva l'exceptio doli*”; analogo rilievo si riscontra in ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, p. 397. *Contra* però, CABRAS, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, I, p. 359 ss.; nel senso che il contenuto della rappresentanza legale sarebbe invece inderogabile.

Precisamente, nella parte che segue si analizza quale rilevanza esterna debba esser riconosciuta alla seconda situazione, ovvero a quella forma di dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo che deriva solo indirettamente dalle norme statutarie che regolano l'iter formativo della volontà sociale e si limitano, per converso, ad attribuire la rappresentanza solo ad alcuni degli amministratori.

Va infatti rilevato che nella prima ipotesi, laddove sia dato riscontrare una specifica disposizione statutaria che condiziona espressamente il potere di rappresentanza al regolare esercizio del potere di gestione, ci si troverebbe in presenza di una vera e propria limitazione convenzionale del potere rappresentativo, e come tale le conclusioni sulla sua inopponibilità o meno ai terzi non saranno oggetto di indagini interpretative in merito all'operatività delle norme in questione (quindi, l'art. 2384 c.c. per l'ipotesi ora in commento delle società per azioni, ovvero, come oltre si dirà, l'art. 19 c.c. per le associazioni e fondazioni o ancora gli artt. 2266 o 2298 c.c. per le società di persone), le quali saranno senz'altro applicabili, dovendosi semmai discutere sugli effetti e l'esatta portata delle stesse.

Ciò premesso, su quale debba essere la rilevanza esterna del limite in esame, si sono formati in dottrina due opposti orientamenti.

2.3. segue: La tesi della rilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo dell'amministratore di s.p.a. Fondamenti e critiche.

Un primo orientamento (oggi assolutamente minoritario) ritiene che, anche nelle società di capitali, per la dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo debba valere il principio della tendenziale rilevanza

esterna²⁵¹.

A tali conclusioni i sostenitori di questa tesi giungono argomentando dagli artt. 2377, 7° co. (già 3° co.), c.c., 2388, 5° co., c.c., e 2391, 3° co., c.c.²⁵², disposizioni le quali fanno salvi i diritti acquistati dai terzi, in buona fede, in base ad atti compiuti in esecuzione di una deliberazione assembleare o consiliare viziata.

Da tali disposizioni “speciali”, a loro giudizio, si ricaverebbe *a contrario* il principio generale per cui il valido esercizio del potere di rappresentanza è sempre subordinato al valido esercizio del potere di deliberazione. In altre parole, solo laddove espressamente dichiarato dal testo della legge, il vizio della delibera posta alla base di un atto imputato alla società sarebbe inopponibile al terzo in buona fede.

Negli altri casi, il difetto attinente alla deliberazione non inciderebbe soltanto sul rapporto interno tra la società e l'amministratore, ma rilevarebbe anche all'esterno, riflettendosi, appunto, sull'atto stipulato con il terzo.

Di tale principio di carattere generale, quindi, le citate norme - cioè gli artt. 2377, 7° co. (già 3° co.), 2388, 5° co. e 2391, 3° co., c.c. -

²⁵¹ I principali sostenitori di questa tesi formularono le loro teorie sotto la vigenza della precedente formulazione (che si ricordi ben vicina alla normativa tuttora vigente per le persone giuridiche del Libro Primo); trattasi essenzialmente di MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 117 ss.; MARTORANO, *Le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali*, in *Problemi di diritto societario nell'attività bancaria*, a cura di Mineo, *Raccolta di lezioni pubblicate dall'ASSBB e dall'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*, 1980, p. 14, FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 2^a ed., Torino, 1965, p. 297; SALANITRO, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milano, 1965, p. 46; LAURINI, *Statuti di società e certezza dei poteri rappresentativi*, in *Riv. soc.*, 1981, p. 921; SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 148.

²⁵² E specularmente, vedremo, nelle associazioni e fondazioni, l'art. 23 c.c.

costituirebbero giustappunto delle deroghe espresse, dettate da un'esigenza di tutelare i terzi che in buona fede abbiano fatto affidamento sull'esistenza di una valida delibera che autorizzava la stipulazione dell'atto. Ma al di fuori di queste deroghe, il principio generale dovrebbe sempre trovare applicazione.

Secondo il principale fautore della tesi in parola²⁵³, questa soluzione sarebbe la più coerente non solo con i dati normativi allora vigenti (e si ricorda che il Minervini sviluppava la propria teoria allorquando era vigente l'originaria formulazione dell'art. 2384 c.c.), ma altresì con lo spirito emergente dai lavori preparatori del codice del 1942²⁵⁴.

Nell'enunciare l'asserito principio generale prospettato da tale indirizzo dottrinario, si è così affermato che il vizio in fase deliberativa "rileverebbe" anche sull'atto concluso dal rappresentante: ora, la vaghezza dell'espressione da noi usata non è casuale ma deliberatamente non si è utilizzata una formula che chiarisca quale sia il tipo di conseguenze che, secondo la dottrina che lo enuncia, l'assenza della previa deliberazione produrrebbe sull'atto stipulato con il terzo, dal momento che, sul punto esiste una significativa divergenza di opinioni, tuttora non evidenziata con l'opportuna chiarezza e non risolta.

Alcuni autori²⁵⁵ ritengono che la dissociazione di poteri costituirebbe un

²⁵³ MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 125 ss.

²⁵⁴ Si veda sul punto l'attenta disamina delle varie posizioni emerse con riguardo ai Progetti del codice di commercio: MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 125 ss.

²⁵⁵ Tra questi, si vedano: MARTORANO, *Le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali*, op. cit., p. 15; LAURINI, *Statuti di società e certezza dei poteri rappresentativi*, op. cit., p. 921, il quale però ha presto abbandonato questo orientamento così ID. *La rappresentanza nelle società e nel settore bancario*, in *Riv. società*, 1999, p. 1071; SPADA, *La tipicità delle società*, op. cit., p. 148, nota 92.

limite al potere di rappresentanza degli amministratori e che pertanto all'assenza della necessaria deliberazione conseguirebbe un corrispondente difetto del potere rappresentativo, tale da estrinsecare i propri effetti in termini di inefficacia dell'atto concluso dal rappresentante oltre i limiti delle proprie attribuzioni. L'assunto appare identico, nelle sue premesse, a quello che si vedrà esser sostenuto altresì da coloro che invece invocano l'irrilevanza esterna della dissociazione. Sull'identico presupposto che la dissociazione tra potere rappresentativo e potere gestorio costituisce limite al potere di rappresentanza, lì se ne sancisce l'inopponibilità ai terzi con riguardo alle società di capitali, in virtù della coerente diretta applicazione dell'art. 2384., 2° co., c.c. Orbene, se pur muovendo da analoghe premesse, i due indirizzi giungono a conclusioni radicalmente opposte, è perché la dottrina in esame si discosta da quella che a breve verrà analizzata su un punto fondamentale: secondo la corrente di pensiero ora in esame il limite in parola non discenderebbe dall'autonomia statutaria, ma sarebbe fondato direttamente sulla legge, cioè sulla disciplina legale dell'amministrazione pluripersonale, che prevedrebbe l'attribuzione del potere di gestione al consiglio (art. 2380 bis c.c.) e del potere di rappresentanza a singoli amministratori (art. 2328, 2° co., n. 9, c.c.). In base a detta interpretazione il rispetto del processo decisionale interno costituirebbe una limitazione implicita del potere di rappresentanza, e ciò in quanto la dissociazione dei poteri costituirebbe un elemento necessario dello statuto legale pluripersonale nelle società per azioni e pertanto non potrebbe considerarsi espressione di autonomia statutaria nella conformazione della rappresentanza sociale. Ciò farebbe sì che la dissociazione di poteri fosse senz'altro sottratta all'ambito di applicazione dell'art. 2384, 2° co., c.c. il quale si riferisce invece ai soli

limiti derivanti «*dallo statuto o da una decisione degli organi competenti*»²⁵⁶, e sempre opponibile ai terzi perché avente il proprio fondamento nella legge.

Infatti, se si ammette la tesi maggioritaria per cui la dissociazione rappresenta un limite al potere rappresentativo, l'unico modo per svincolarla efficacemente dai limiti dell'art. 2384 c.c. e renderla comunque sempre opponibile esternamente, è quello di qualificarla come "limitazione legale" piuttosto che "negoziale". Da ciò, deriverebbe quindi l'inefficacia dell'atto compiuto dal rappresentante che abbia ecceduto e/o violato i limiti del proprio potere ai sensi dell'art. 1398 c.c.

In senso critico, è stata però giustamente rilevata la debolezza del richiamo all'art. 2328, 2° co., n. 9 c.c., che non delinea affatto il modello legale della rappresentanza, ma si limita a prendere atto dell'assetto organizzativo normalmente adottato in caso di amministrazione collegiale. Lo stesso costituirebbe pur sempre una scelta statutaria e non un'imposizione tale da costituire una "limitazione legale".

Si ricorda peraltro che, sulla base dello stesso assunto per cui la dissociazione dovrebbe dirsi esclusa dall'ambito di operatività dell'art. 2384 c.c., altra dottrina (anch'essa oggetto di prossima analisi) giungerà alla conclusione opposta già prima brevemente proposta: se la dissociazione trovasse la sua *regola iuris* nella legge, allora, si potrebbe concludere che questa non integri affatto un limite (seppur legale) al potere di rappresentanza ma, al contrario, costituisca il normale atteggiarsi del rapporto rappresentativo in tutto svincolato ed autonomo da quello gestorio, ricavandosene così un principio generale che condurrebbe sempre alla totale irrilevanza della dissociazione verso l'esterno, persino in ipotesi di volontario agire del terzo in danno alla società. Il terzo, quindi,

²⁵⁶ In questo senso si era anche orientata una prima Cass. Civ. 16.09.1986 n. 5623 in *Giur. Comm.* 1988, II, 99 con nota PERASSI, rimasta comunque isolata.

traendo sostegno da una disposizione di legge che sancisce la totale autonomia del potere rappresentativo rispetto a quello amministrativo, potrebbe sempre invocare la validità e l'efficacia del proprio acquisto.

Tale impostazione, che milita attorno alla tesi della rilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo (sia essa in termini di inefficacia o di invalidità), si fonda su essenzialmente su due argomenti.

Il primo ha natura principalmente letterale, e si avvicina a quanto già da noi enunciato: l'argomentazione in questione prende le mosse dalla constatazione sopra svolta in termini generali che né la "prima direttiva" del 1969, né il legislatore italiano in sede di recepimento, pur preoccupandosi di disciplinare l'opponibilità ai terzi delle limitazioni del potere rappresentativo degli amministratori, si sono curati di affrontare espressamente la questione della dissociazione tra poteri di gestione e di rappresentanza, e che nemmeno in seguito, con la novella introdotta dal D.Lgs. n. 6/2003, gli artt. 2377, 3° co. (oggi 7° co.), 2388, 5° co., e 2391, 3° co., c.c. hanno subito sostanziali modifiche²⁵⁷.

Da ciò si evincerebbe che la volontà del legislatore sarebbe stata - per un verso - quella di mantenere la disciplina della scissione di poteri fuori dall'alveo dell'art. 2384, 2° co., c.c., e - per l'altro - quella di confermare il principio generale asseritamente ricavabile *a contrario* dalle norme citate.

Già si è rilevato che laddove il legislatore ha voluto fare salvi i diritti dei terzi e sancire l'irrilevanza esterna di un vizio di delibera alla base di un atto concluso in sua esecuzione, lo ha espressamente detto. Ne discenderebbe che tale principio, che afferma l'opponibilità ai terzi dei vizi del potere rappresentativo nascenti da vizi del potere deliberativo, sarebbe ancora valido e dovrebbe estendersi anche alla scissione di

²⁵⁷ Così in particolare GALGANO, *La società per azioni*, Padova, 1988, p. 131, ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 399.

poteri²⁵⁸.

Il secondo argomento tende invece a dimostrare che l'art. 2384, 2° co., c.c. riguarda solo le limitazioni al potere di rappresentanza e non può essere esteso a quelle che incidono sul potere di gestione: la dissociazione di poteri, consistendo appunto in una limitazione del potere di gestione, non sarebbe assoggettabile a tale norma.

Questa dimostrazione viene fornita innanzitutto valorizzando la collocazione sistematica della norma, che, essendo inserita in un articolo che disciplina il potere di rappresentanza, mal si addice a regolare anche il potere di gestione, il quale, del resto, è oggetto della disciplina dei precedenti artt. 2380-2381 c.c. Oltre a ciò, si rileva che il potere di gestione troverebbe solo un limite legale, imposto dall'art. 2380 *bis* c.c. e costituito dalla necessità di agire nell'ambito dell'oggetto sociale (limite per altro che non rileva più, almeno espressamente, con riguardo alla rappresentanza, giusta l'abrogazione del 2384 *bis* c.c.), ma non parrebbe suscettibile di limitazioni ulteriori derivanti da fonte convenzionale, che il potere rappresentativo invece si presterebbe a subire²⁵⁹.

Questa posizione tuttavia non sembra considerare la modifica dell'art. 2384 c.c. nella parte in cui non si riferisce più ai soli poteri di rappresentanza, ma genericamente ai “poteri degli amministratori”²⁶⁰.

Altra autorevole dottrina²⁶¹ sembra ritenere, invece, che l'assenza di

²⁵⁸ MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 131.

²⁵⁹ BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 389 ss., e *ivi* p. 404.

²⁶⁰ Sul punto v. *infra*, questo capitolo, paragrafo 2.4.

²⁶¹ GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, I, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, 3ª ed., Padova, 2006, 281 ss., il quale riprende le tesi sostenute in passato da un illustre autore quale MINERVINI, *Gli amministratori*

deliberazione dell'atto da parte dell'organo competente non incida sul potere rappresentativo dell'amministratore, ma direttamente sulla validità dell'atto stesso. Per l'effetto, la società sarebbe legittimata non tanto a invocare l'inefficacia dell'atto compiuto, in nome e per conto di essa, dall'amministratore rappresentante privo dei necessari poteri gestori, quanto piuttosto a impugnare tale atto (che sarebbe dunque invalido ma efficace).

Secondo detta dottrina, se così non fosse, non si spiegherebbe perché ai terzi di male fede il difetto o la mancanza di delibera sarebbero invece opponibili²⁶².

A tale conclusione si può giungere secondo due itinerari.

Il primo consiste nel considerare la sequenza “atto di esercizio del potere di deliberazione- atto di esercizio del potere di rappresentanza” come una fattispecie a formazione successiva in senso tecnico. Se si seguisse siffatta impostazione l'atto posto in essere dal rappresentante sociale in mancanza di una conforme e valida deliberazione sarebbe mero elemento di una fattispecie incompleta e quindi giuridicamente irrilevante ed invalido.

di società per azioni, op. cit., 124 ss. Segue la tesi della rilevanza esterna, pur se dubitativamente, anche COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2^a ed., Padova, 1999, p. 416 s.

²⁶² MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., 124 ss.; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 312. A tale affermazione è stato tuttavia risposto che da tale assunto non può trarsi la regola dell'invalidità dell'atto eseguito sulla base della delibera viziata (o mancante), posto che la stessa avrebbe ugual ragione d'essere se l'atto fosse ritenuto, come afferma la tesi ora vista, solo inefficace. Tra l'altro, non è sufficiente tale affermazione a trarre un principio generale sull'inefficacia dell'atto successivo alla viziata delibera, posto che potrebbe egualmente affermarsi come essa disposizione costituisca solo l'applicazione di una norma derogatoria in ipotesi tassative di delibere a monte annullabili.

Ma da una ricostruzione in questi termini conseguirebbe che anche i terzi destinatari avrebbero facoltà di eccepire tale irrilevanza, allorché l'atto apparisse contrario al loro interesse. E in tal caso anche ogni altro terzo interessato potrebbe poi ottenere analogo declaratoria.

Ma è allora da rilevar che la protezione che la legge appresta ai terzi destinatari dell'attività giuridica della società è rivolta specificatamente a salvaguardare loro interessi, e non a fornire loro ulteriori possibilità di invalidare gli atti. L'esigenza di una conforme deliberazione è posta nell'interesse della sola società e solo dalla stessa può farsi valere²⁶³. Quindi la prospettazione nei termini di una fattispecie a formazione progressiva non pare essere adeguata.

Sotto diverso e più corretto profilo, la sequenza è stata letta allora come configurazione di un procedimento in senso stretto²⁶⁴, nel senso che alla deliberazione va riconosciuta funzione di mero presupposto dell'atto di esercizio del potere di rappresentanza, e conseguentemente al difetto di essa va attribuita l'influenza di rendere impugnabile solo da parte della società l'atto. Secondo questa impostazione, l'atto concluso dal rappresentante sociale sarebbe esso stesso non inefficace quanto proprio impugnabile dalla società (salvi gli effetti degli artt. 2377 c.c. e 2391 c.c.): "non è la deliberazione che si impugna di fronte ai terzi, ma l'atto che ne è seguito"²⁶⁵.

Ma se questi sono gli argomenti proposti a sostegno della tesi *de qua*, vediamo quali sono le critiche principali.

²⁶³ ASQUINI, *Limiti dei diritti dell'azionista in relazione all'art. 163 cod. comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, II, p. 1 ss.

²⁶⁴ Così MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 135, il quale richiama SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1949.

²⁶⁵ Cfr. *Atti preparatori*, nella *Relazione* del 15 luglio 1937 n. 13 p. 743.

Precisamente, alla tesi della rilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo vengono mosse due obiezioni fondamentali.

Innanzitutto si oppone che le norme che ne dovrebbero costituire il fondamento, cioè i più volte citati artt. 2377, 7° co. c.c., 2388, 5° co. e 2391, 3° co., “*non presuppongono necessariamente una generale rilevanza esterna del processo decisionale, ma si limitano a regolare l'opponibilità ai terzi dei vizi relativi a quelle deliberazioni alle quali, sulla base di una interpretazione sistematica della disciplina vigente, si deve riconoscere rilevanza esterna*”²⁶⁶.

In secondo luogo si imputa alla tesi della rilevanza esterna di essere gravemente contraddittoria rispetto al sistema siccome venuto ad evolversi per mezzo delle riforme di cui si è detto e che appare orientato a rafforzare la rapidità e la sicurezza dei traffici e a tutelare i terzi che contraggono con la società riducendo gli oneri di accertamento a loro carico²⁶⁷.

Gli oneri di cui verrebbe gravato il terzo appaiono incompatibili con la nuova versione dell'art. 2384 c.c. e con il sistema che si è inteso propugnare per il tramite delle riforme societarie. L'omessa menzione nella nuova formula dell'art. 2384 c.c. a sistemi pubblicitari (rimasta invece nell'art. 19 c.c.) conferma la tendenza a sgravare il terzo dall'assolvimento di obblighi informativi. Si potrebbe forse pensare ad

²⁶⁶ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori* in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, Vol. IV, Torino 1991, p. 164 s.

²⁶⁷ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 168 s. È per questa ragione che la giurisprudenza, che dapprima aveva sostenuto concordemente la tesi della rilevanza, dopo la modifica dell'art. 2384, 2° co., c.c., introdotta in sede di recepimento della “prima direttiva” e volta proprio a tutelare la sicurezza degli scambi con i terzi, ha mutato il proprio orientamento.

un'applicazione della disciplina generale sulla giustificazione dei poteri rappresentativi dettata dall'art. 1393 c.c., ammettendo che il terzo debba chiedere all'amministratore con rappresentanza di rilasciargli copia della delibera che lo autorizza a stipulare l'atto, ma è evidente che ciò costituirebbe un onere eccessivo rispetto alle esigenze di snellezza degli scambi emersa e di fatto codificata per le spa, oltre a forzare il dato testuale posto che l'art. 1393 c.c. attribuisce una facoltà ma non un obbligo in capo al terzo²⁶⁸.

2.4. segue: La tesi dell'irrelevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo dell'amministratore di s.p.a.

Secondo l'orientamento maggioritario in dottrina, la dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo andrebbe invece ricompresa nell'ambito applicativo dell'art. 2384, 2° co., c.c., che, come ormai noto, sancisce l'inopponibilità ai terzi, anche di mala fede, delle limitazioni al potere di rappresentanza, a meno che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società (c.d. *exceptio doli*), e ciò quindi sia ove la limitazione sia espressamente indicata, sia ove debba trarsi indirettamente dalle disposizioni statutarie in tema di amministrazione; in virtù della disposizione in parola quindi la dissociazione sarebbe di regola irrilevante verso l'esterno.

²⁶⁸ ZACCARIA, *La rappresentanza apparente (in generale con alcune annotazioni in materia di enti collettivi)*, in *Studium iuris*, 2007, n. 9, p. 795 ss. e p. 965 ss. e p. 795 ss.; nonché in AA.VV., *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, a cura di Trimarchi, Milano, 2007, p. 47 ss.; TOMASETTI, *La rappresentanza*, Torino, 2005, p. 559; In giurisprudenza: Cass. civ., 13.08.2004, n. 15743 in *CED, Cassazione*, 2004. Sulla migliore interpretazione della portata dell'art. 1393 c.c. nell'ambito della rappresentanza organica, v. *infra* capitolo quinto, paragrafo 3.

La tesi *de quo* trova fondamento e sostegno nella *ratio* dell'evoluzione normativa che ha interessato l'art. 2384 c.c. ed, in generale, nell'*iter* che ha condotto alla riforma (prima e seconda) del diritto societario, sviluppi questi che hanno interessato specificatamente le società per azioni e che, come chiarito, valgono quindi a determinare la diversità di disciplina rispetto agli altri enti organizzati.

Come già enunciato, si ricorda qui che nella sua formulazione originaria, la norma in esame, attraverso il richiamo all'art. 2298, 1° co., c.c., condizionava l'opponibilità delle limitazioni del potere rappresentativo alla circostanza che queste fossero iscritte nel registro delle imprese o, in mancanza di iscrizione, fossero comunque conosciute dai terzi. La disciplina dei limiti al potere rappresentativo e della rilevanza esterna di eventuali vizi nell'*iter* formativo della volontà, poi manifestata dal rappresentante, era identica, si è visto, per tutte le organizzazioni metaindividuali²⁶⁹. Si è altresì detto che, con la prima modifica introdotta dal D.P.R. n. 1127/1969, veniva invece sancita la innovativa regola dell'inopponibilità di tali limitazioni, anche se pubblicate, ai terzi anche di mala fede, a meno che non si provasse che questi avevano intenzionalmente agito a danno della società; regola questa poi confermata ed estesa definitivamente dal D.lgs. n. 6/2003.

Com'è evidente, questa più recente formulazione della disposizione trasferisce sulla società il rischio delle violazioni commesse dagli

²⁶⁹ Per un'analisi della disciplina relativa all'originaria formulazione della disposizione in esame, si veda MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 117 ss; DE GREGORIO, *Gli atti di amministrazione nelle società per azioni ed a responsabilità limitata*, in *Foro.it*, 1954, I, p. 1274; FERRI, *Delle Società (Disposizioni generali, società semplici. Società in nome collettivo. Società in accomandita semplice)*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1981; op. cit., GRAZIANI, *Diritto delle società*, 4ª ed., Napoli, 1955.

amministratori mediante la stipulazione di atti compiuti oltre i limiti sugli stessi gravanti, offrendo ai terzi la sicurezza che la società farà comunque fronte agli atti compiuti in suo nome, e incentivandoli in tal modo a contrarre con la medesima²⁷⁰.

Tuttavia, per supportare la tesi dell'irrelevanza esterna della dissociazione del potere rappresentativo da quello gestorio non è sufficiente richiamare i principi desumibili dalla direttiva CEE, la quale, anzi, a ben vedere, non offre argomenti decisivi in favore dell'una o dell'altra tesi, dal momento che non risulta l'intento del legislatore comunitario di dirimere specificatamente la questione²⁷¹.

Pertanto, la tesi favorevole all'inopponibilità ai terzi dei vizi inerenti al momento decisorio non può basarsi esclusivamente sulla generica determinazione del legislatore, comunitario prima e nazionale poi, di garantire la massima sicurezza dei traffici commerciali, poiché a questo argomento sarebbe facile replicare che tale intento non si è comunque tradotto in una tutela incondizionata dei terzi²⁷².

D'altra parte, a contrario, non sarebbe neppure sufficiente sostenere che la rilevanza esterna troverebbe conferma nella piena disponibilità, riconosciuta dal quadro delle direttive comunitarie, delle modalità di esercizio del potere rappresentativo. Le direttive si sono limitate a rendere opponibili ai terzi le clausole statutarie che, in deroga alla regola generale

²⁷⁰ Si esprimono in questi termini, già sotto la vigenza della normativa anteriore alla riforma del 2003, CABRAS, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza nelle società per azioni*, op. cit., p. 359 ss. e CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 168 ss.

²⁷¹ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 161.

²⁷² Così MARTORANO, *Le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali*, op. cit., p. 15 nonché SILVETTI, *Rappresentanza e collegialità dell'organo amministrativo nella società per azioni*, ed. provv. s.d. ma 1984.

di legge in materia, attribuiscono la rappresentanza ad una persona sola o a più persone congiuntamente²⁷³. Tuttavia le stesse non hanno espressamente riconosciuto rilevanza esterna a tutte le regole organizzative cui venga subordinato l'esercizio del potere rappresentativo. E ciò è tanto più vero se si considera che la preventiva conforme delibera, quale presupposto del corretto esercizio del potere rappresentativo, sembrerebbe configurare una limitazione più che una modalità di attribuzione di tale potere.

A sostegno della tesi dell'irrilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e rappresentativo vengono però addotte tre ulteriori e più incisive argomentazioni, le quali necessariamente variano a seconda della veste dogmatica che si intende attribuire al fenomeno in esame.

Non vi è infatti uniformità di opinioni nella qualificazione giuridica del fenomeno della dissociazione (vedremo infatti che taluni la leggono in chiave di limitazione al potere di rappresentanza, altri come limite al solo potere di gestione ed altri ancora non in chiave di limitazione derogatoria ed eccezionale, ma di regola), ma tutte le tesi che ora si analizzeranno giungono a riconoscere che, quale che sia la natura da attribuire al fenomeno in esame, comunque la dissociazione - e gli effetti che essa genera - deve dirsi inopponibile al terzo.

a) Dissociazione = Limite convenzionale al potere di rappresentanza.

Il primo orientamento è quello seguito dalla giurisprudenza prevalente²⁷⁴ e

²⁷³ Sull'esistenza di una regola generale ed un modello "legale" che consente di presumere in linea di massima la concentrazione di poteri e pensare alla dissociazione in termini di eccezione e limitazione al potere di rappresentanza, v., *contra*: RAGUSA, *Vizi del potere decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit.

²⁷⁴ Nel senso dell'irrilevanza nei confronti dei terzi della dissociazione tra potere

trova suffragio in parte della dottrina più autorevole.

Ad onor di precisione l'interpretazione che legge nella dissociazione una limitazione al potere rappresentativo era già stata prospettata ancora sotto la vigenza della formulazione originaria dell'art. 2384 c.c., anteriore alla riforma del 1969²⁷⁵, ma allora l'assunto veniva utilizzato per sostenere,

gestorio e potere rappresentativo v. Cass. Civ., 26.01.2006 n. 1525, in *Obbl. e Contr.* 2007, 2, p. 132; Cass. Civ. 7.2.2000, n. 1325, in *Giur. it.*, 2000, p. 975; Cass. Civ., 28.4.1994, n. 4033, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Società*, n. 616; Cass. Civ., 28.11.1992, n. 12741, *Rep. Foro it.*, 1992, voce *cit.*, n. 500; Cass. Civ., 22.2.1988, n. 1838, *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Appello civile*, n. 65; Cass. Civ., 12.11.1984, n. 5711, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2701, relativa al potere dell'amministratore di rappresentare la società in giudizio. *Contra*, in motivazione, Cass. Civ., 16.9.1986, n. 5623, in *Soc.*, 1986, p.1203, con nota di Mariconda e in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 99, con nota di Perassi, la quale chiarisce altresì che la legittimazione a far valere il difetto di rappresentanza ex art. 2384, 2° co., c.c. spetta solo al falsamente rappresentato e non si estende al terzo; Cass. Civ., 15.3.1984, n. 1762, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2714. Queste ultime due sentenze, di senso contrario rispetto all'orientamento maggioritario, affrontano però il problema della dissociazione tra potere gestorio e rappresentativo solo incidentalmente, risolvendolo senza fornire adeguate argomentazioni ed una compiuta motivazione dei loro assunti.

²⁷⁵ Così FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, op. cit., p. 118 s. il quale fu tra i primi a fondare la rilevanza esterna del difetto di delibera sulla considerazione che la dissociazione della titolarità dei poteri di deliberazione e di rappresentanza costituirebbe una limitazione implicita di quest'ultimo potere ai sensi dell'art. 2298 cc. La tesi fu poi ampiamente approfondita, innanzitutto da MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., il quale rilevava che la posizione del Fiorentino aveva "la consistenza di una petizione di principio bella e buona: poiché il thema probandum è proprio che la dissociazione implichi limitazione del potere di rappresentanza", ma che pure affermava che "se l'argomentazione appare palesemente errata, la tesi (ndr. della rilevanza esterna del limite) a noi sembra accettabile con piena sicurezza". Ancora, già affermavano la natura di limite al potere di rappresentanza (ma, contrariamente alla posizione ora assunta, ne sostenevano la rilevanza esterna e l'opponibilità ai terzi, alla luce del diverso dato normativo); GRAZIANI, *Diritto delle società*, op. cit., p. 87 ss. (e così parimenti nelle varie edizioni successive); BRUNETTI, *Trattato del diritto delle*

sulla scorta dell'allora dato normativo, l'irrilevanza esterna di detta limitazione.

Pur essendovi già allora voci discordanti²⁷⁶, è solo a seguito della riforma che la tesi che dalla configurazione della dissociazione tra poteri quale limitazione al potere di rappresentanza giunge ad affermarne l'irrilevanza esterna e la generale inopponibilità ai terzi (di buona o mala fede), ha acquisito maggiore validità ed autorevolezza.

Secondo la posizione in parola, quindi, alle fattispecie di dissociazione di poteri si applicherebbe comunque il novellato secondo comma dell'art. 2384, c.c., posto che, anche in difetto di apposita clausola limitativa, la non perfetta coincidenza in capo al medesimo soggetto amministratore di ambo i poteri di gestione e rappresentanza si risolverebbe in una limitazione del potere rappresentativo in capo allo stesso. Precisamente, la clausola statutaria che limitasse il potere di gestione spettante astrattamente al singolo amministratore, attribuendolo invece in tutto o in parte ad un consiglio di amministrazione, implicherebbe, pur se indirettamente, anche una restrizione del potere di rappresentanza di questi, nella parte in cui questo secondo verrebbe limitato dal valido esercizio del primo.

Questa dottrina si fonda sul convincimento che la rappresentanza sia diretta derivazione del potere di amministrazione. Ogni contrazione di quest'ultimo non può essere, dunque, che riduzione del potere rappresentativo: *“come nella qualità di amministratore la rappresentanza trova il suo presupposto, così nel contenuto del potere di amministrazione essa trova il suo limite”*²⁷⁷.

società, III ed., Milano, 1950, p. 209 ss.

²⁷⁶ ABBADESSA, *Potere deliberativo e potere di rappresentanza nella società per azioni*, in *Riv. dir. comm.* 1970, II, p. 164 ss.

²⁷⁷ FERRI, *Delle Società*, op. cit., p. 174 s.; sul punto vedi anche disamina di

In altre parole, in caso di dissociazione tra potere gestorio, attribuito per statuto al consiglio d'amministrazione ed esercitato mediante apposite delibere, e potere rappresentativo, conferito invece al singolo amministratore e generale in virtù all'art. 2384, 1° co., c.c., l'assenza della delibera consiliare che decida il compimento di un determinato atto provocherebbe, indirettamente, un agire oltre il limite. E questa limitazione indiretta del potere di rappresentanza dell'amministratore apparirebbe, secondo questo indirizzo, del tutto analoga alle limitazioni direttamente incidenti su tale potere, per cui non vi sarebbe motivo per non assoggettarla al medesimo regime, tanto più se si considera la *ratio* dell'art. 2384, 2° co., di cui abbiamo detto.

Questa posizione, come anzidetto già sostenuta da parte della dottrina ancora sotto la vigenza della precedente normativa²⁷⁸, troverebbe peraltro conforto proprio nella riforma del secondo comma dell'art. 2384 c.c. L'espressa dicitura del novellato articolo, infatti, espressamente parla di limitazioni “*che derivano da una previsione statutaria o da una decisione degli organi competenti*”. Secondo un'autorevole opinione²⁷⁹, si dovrebbe affermare che detto inciso debba riguardare proprio tutte le ipotesi in cui il potere degli amministratori sia in qualche modo limitato da una preventiva attività deliberativa di un qualche organo sociale. In altre parole con tale previsione il legislatore avrebbe voluto chiarire che la dissociazione tra poteri determinata da scelte statutarie rientra a pieno titolo nella disciplina prevista dall'art. 2384 c.c. e come tale deve esser

TRIMARCHI, *Associazioni non riconosciute: Opponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza*, (Nota a sentenza Cass. Civ. 7.06.2000 n. 7724), op. cit., p. 461.

²⁷⁸ *Ex plurimis*, CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e poteri di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 165 ss.; BORGIOI, *La rappresentanza cambiaria nelle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 1982, II, p. 383.

²⁷⁹ MALBERTI, *Potere di rappresentanza*, op. cit., p. 201.

connotata dal rilievo meramente interno dei suoi effetti, salva la prova dell'*exceptio doli* da parte del terzo.

Un tale indirizzo riporta, quindi, gli effetti della dissociazione sempre nell'ambito delle disposizioni relative alle limitazioni del potere rappresentativo. E quindi delle norme specifiche in materia.

Questa, si diceva, è la posizione maggiormente seguita dalla più recente giurisprudenza²⁸⁰. In tale senso la Suprema Corte ha affermato che: “L’art. 2384 c.c. trova applicazione anche nelle ipotesi di dissociazione tra potere gestorio e potere di rappresentanza dell’organo amministrativo di società di capitali posto che la detta dissociazione non priva il rappresentante della legittimazione esterna (n.d.r. evidentemente derivante dall’applicazione del primo comma del medesimo articolo) che gli compete ma si pone unicamente come limitazione convenzionale al potere di rappresentanza, in quanto tale rilevante nei soli rapporti interni ed inopponibile ai terzi di buona fede (n.d.r. ma anche di mala fede, purché non vi sia quel *quid pluris* rappresentato dall’intenzionale agire da parte dei terzi a danno della società)”²⁸¹; e ancora: “Nella disciplina delle società per azioni, tra le limitazioni del potere di rappresentanza rientrano anche quelle derivanti dalla dissociazione tra potere gestorio e potere di rappresentanza, quando esse trovano fondamento in una disposizione statutaria”²⁸²; e ancora: “Le

²⁸⁰ Mentre diversamente si assestava la giurisprudenza più remota, con riferimento all’originaria versione dell’articolo in commento, ove affermava, *nei casi in cui, in forza dell’atto costitutivo o dello statuto di una società, si produca una dissociazione tra il potere deliberativo e quello rappresentativo, preordinata al fine di evitare che u singolo amministratore (sia pure il presidente) prenda da solo iniziative e decisioni atte ad impegnare la società, il potere di rappresentanza sussiste solo se vengono adottate tutte le prescritte deliberazioni da parte del competente organo sociale nei limiti delle deliberazioni medesime* (Cass. Civ. 10.05.1969, n. 1611 in *Riv. dir. comm.* 1970, II, p. 164).

²⁸¹ Consiglio di Stato, 14.02.2012, n. 726 in *Fisco online*.

²⁸² Cass. Civ., 26.01.2006 n. 1525, in *Obbl. e Contr.*, 2007, 2, p. 132 nota di FEDE, *Amministratore di s.p.a.: dissociazione tra potere gestorio e rappresentativo, conflitto di interessi*.

*limitazioni ai poteri di rappresentanza degli organi di società di capitali risultanti dall'atto costitutivo o dallo statuto, anche se pubblicati non sono opponibili ai terzi di buona fede, senza eccezione per quelle limitazioni derivanti da "conflitti interni", ossia al dal difetto, inefficacia o invalidità della pregressa delibera di altro organo a tanto preposto, quando il potere degli amministratori sia subordinato all'avvenuto esercizio del potere deliberativo da parte di detto organo"*²⁸³.

b) Dissociazione = Limite al potere gestorio.

Altra autorevole dottrina²⁸⁴ giunge invece a sostenere l'applicabilità dell'art. 2384, 2° co., c.c. alla dissociazione seguendo un ragionamento affatto differente ed affermando non tanto che le prescrizioni imposte per la formazione della volontà sociale costituirebbero una restrizione, anche se indiretta, del potere di rappresentanza, quanto piuttosto ravvisando in esse un limite esclusivamente al potere di gestione, ed attribuendo, allo stesso tempo, alla norma una portata più ampia di quella generalmente assegnatale, tale da comprendere appunto anche limiti di questo genere.

Precisamente la tesi in questione ritiene non possa spingersi sino a definire quale limitazione al potere rappresentativo il rispetto dell'*iter* formativo della volontà dell'ente, ciò nel caso, come quello in esame, di carenza nell'atto costitutivo della persona giuridica di una specifica statuizione che espressamente subordini l'efficacia dell'esercizio del potere rappresentativo al corretto svolgimento del meccanismo

²⁸³ Cass. Civ., 30.05.2000, n. 718 in *Mass. Giur. It.*, 2000.

²⁸⁴ BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 80 ss.; v. anche MOSCO, *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno D'Alcontres, 2ª ed., Napoli, 2004, p. 613; MORANDI, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 702.

deliberativo²⁸⁵.

Ciononostante, l'articolo in questione potrebbe comunque trovare applicazione alla luce della specifica e speciale disciplina prevista per le società per azioni.

A nostro parere, sul punto va infatti rilevato che il novellato art. 2384 c.c., pur rubricato espressamente "*poteri di rappresentanza*", se al primo comma si riferisce esclusivamente a questi, definendo, come noto, "generale" il potere rappresentativo conferito agli amministratori, al secondo comma recita solo "*le limitazioni ai poteri degli amministratori...non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate...*".

Orbene, non può qui non cogliersi l'omessa specificazione di quali siano i poteri la cui limitazione non può essere opposta.

Il fatto che la norma non precisi che si tratti dei soli poteri rappresentativi, consente di poter ritenere estesa la portata della disposizione ad ogni limitazione dei poteri degli amministratori, e quindi, anche dei poteri gestori.

Deve quindi ammettersi che anche sostenendo questa diversa impostazione (della quale oltre comunque si dirà in modo più approfondito), anche i limiti inerenti alla fase deliberativa di cui gli amministratori sono attori protagonisti, ricadrebbero nell'ambito applicativo della disposizione *de qua*.

Per avvalorare questa impostazione, si può altresì valorizzare il fatto che la mancata specificazione non pare essere casuale o risultato di una svista. Un tanto emerge dal raffronto tra la versione dell'articolo successiva alla riforma ed il testo anteriore. Nella versione precedente, infatti, il legislatore si era premurato di precisare, anche al secondo comma, che l'ambito applicativo della disposizione era riservato alle limitazioni del

²⁸⁵ Così anche TRIMARCHI, *Associazioni non riconosciute: Opponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza*, op. cit., p. 465.

“potere di rappresentanza”. La versione attuale invece, non si è limitata a ritrascrivere la versione precedente (aggiungendovi che le limitazioni possono derivare non solo dallo statuto ma anche da una diversa decisione degli organi competenti), ma ha eliminato la specificazione *“di rappresentanza”*, riferendosi in via generale ai *“poteri degli amministratori”*.

Un siffatto cambiamento, quindi, non pare potersi dire irrilevante e privo di conseguenze: il primo ed il secondo comma si completerebbero quindi a vicenda perfezionando il quadro della totale irrilevanza esterna di qualsivoglia limite al potere degli amministratori e garantendo l'attribuzione di una rappresentanza “generale” che in nulla può subire gli effetti di una scorretta gestione sociale, prodromica all'esercizio del potere rappresentativo.

La tesi, quindi, che legge la dissociazione nei termini di un limite al potere gestorio e non rappresentativo ma, comunque inopponibile, sulla base del generico riferimento alla disciplina delle limitazioni dei poteri di cui all'art. 2384 c.c., nell'ambito delle s.p.a. deve dirsi dunque comunque condivisibile.

c) Dissociazione = Regola generale e normale atteggiarsi del rapporto tra i due poteri.

V'è infine una terza tesi, radicalmente differente, che sostiene l'irrilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo senza invocare - e anzi avversando decisamente - l'applicazione dell'art. 2384, 2° co., c.c., e ricavando piuttosto da questa norma l'esistenza di un principio generale di autonomia del potere rappresentativo rispetto al potere di gestione, per cui il primo sarebbe del tutto indifferente alle vicende (ivi compresa la mancanza di deliberazione dell'organo

competente) che riguardano il secondo²⁸⁶.

Secondo questa impostazione (sorta persino sotto la vigenza della formulazione originaria delle disposizioni che ci occupano ma in nulla offesa dalle riforme successive ed anzi, avvalorata nei risultati finali), la dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo costituirebbe il normale ed ordinario atteggiarsi dell'organizzazione interna delle società; e per l'effetto il potere di rappresentanza dovrebbe dirsi sempre autonomo ed efficacemente esercitabile a prescindere dal processo decisionale adottato per formare la volontà dell'ente.

Si è così affermato che la dissociazione tra potere deliberativo e potere rappresentativo non è effetto di una deroga statutaria al diritto dispositivo, ma è espressione del riparto di competenze²⁸⁷.

²⁸⁶ ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nelle società per azioni*, Milano, 1975, p. 109 ss.; CABRAS, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza nella società per azioni*, op. cit., p. 365, il quale parla in proposito di «una specie di astrattezza» del potere rappresentativo rispetto al potere di gestione, da cui il primo si distaccherebbe; RAGUSA, *Vizi del processo decisionale nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., p. 143 ss., il quale afferma che sia la dissociazione tra potere di rappresentanza e potere di deliberazione, sia l'irrilevanza esterna di tale dissociazione, sono due regole generali valide non solo per le società di capitali, ma anche per le società di persone e per gli enti disciplinati nel libro I. Nel senso dell'autonomia tra i due poteri sembrerebbero esprimersi anche BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società non quotate*, op. cit., p. 405; BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, p. 83; nonché ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 395 ss.

²⁸⁷ ABBADESSA, *Potere deliberativo e potere di rappresentanza nelle società per azioni*, op. cit., p. 166. A tale soluzione peraltro, sulla base della previgente normativa, l'Autore giungeva anche alla luce di una riflessione storico-comparativa. L'esigenza di distaccare l'efficacia esterna di singoli atti dal presupposto del regolare esercizio del potere gestori, preferendo la sicurezza del commercio alla sicurezza della proprietà, a dire dell'autore, era ovunque presente in sede europea, con riguardo alle società di capitali. Abbadessa ricorda allora non solo l'esempio tedesco con la distinzione e tra *Vertretung*

Costituendo la regola, della predetta scissione di poteri non potrebbe giammai parlarsi in termini di limitazione di potere degli amministratori, quando semmai sarebbe proprio la posizione inversa, ovvero una prescrizione statutaria in termini di concentrazione tra i due poteri e di opponibilità esterna di vizi o mancanze attinenti alla fase deliberativa a costituire una reale limitazione e, quindi, a dover eventualmente essere oggetto di iscrizione).

Pertanto, la soluzione della totale ininfluenza di eventuali difetti nel processo formativo della volontà della società, trova, secondo questa impostazione, fondamento non nell'applicazione dell'art. 2384 c.c., quanto piuttosto nella negazione che la dissociazione rappresenti una limitazione al potere degli amministratori²⁸⁸.

Come si vedrà a breve, è esclusivamente abbracciando questa tesi che potrebbe giungersi all'estensione dei principi dell'irrilevanza esterna dei

e Geschäftsführung e l'esperienza inglese, in cui il principio di inopponibilità ai terzi dei vizi afferenti al rapporto gestorio (*indoor management*) è affermato già dalla metà del 1800, ma anche l'esperienza francese ove si è assistito ad una spontanea correzione della disciplina legale ad opera della prassi statutaria. La regola originariamente vigente era infatti che *“la société n'est pas engagée que par les actes régulièrement passés par le conseil agissant dans la limite de ses pouvoirs”*, sicché il rischio dei difetti giuridici dell'attività era originariamente addossato ai terzi al di là di ogni loro potere di controllo. La prassi reagì presto a questa situazione introducendo negli statuti una clausola per la quale la firma di due amministratori costituiva prova di una regolare deliberazione conforme del consiglio, dando così l'avvio al riconoscimento dell'autonomia del potere di rappresentanza rispetto a quello di gestione. Peraltro, l'art. 113 n. 4 della *Loi sur les sociétés commerciales* (come attualmente modificato) sancisce l'inopponibilità ai terzi delle disposizioni statutarie e delle decisioni del consiglio di amministrazione: cfr. BADINTER, *Les pouvoirs du président – directeur général de la société anonyme e de type classique après la réforme du droit des sociétés commerciales*, Parigi, 1969; HAMEL, LAGARDE, JAUFFRET, *Droit commercial*, II. ed., Parigi, p. 1980.

²⁸⁸ RAGUSA, *Vizi del potere decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit.

vizi interni alla fase deliberativa anche per gli enti del Libro Primo, in considerazione del fatto che solo questa dottrina desume il principio de quo non in virtù delle disposizioni sui limiti al potere degli amministratori e non si deve pertanto confrontare (e scontrare, a mio parere) con la diversità ontologica delle rispettive norme.

Conclusivamente, tutte e tre le tesi di cui si è detto, seppur con argomentazioni diverse, pervengono alla medesima risoluzione, vale a dire quella dell'inopponibilità, in caso di scissione tra potere gestorio e rappresentativo, della mancanza o dell'invalidità della previa deliberazione consiliare ai terzi, a meno che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

2.5. segue: Le conseguenze pratiche delle due tesi.

A parere di chi scrive le tesi per prime prospettate a favore della rilevanza esterna della dissociazione tra poteri potevano ben avere pregio e forza solo alla luce della previgente normativa in materia di società per azioni, dovendosi invece oggi arrendere innanzi alla mutata lettera della legge siccome risultante dall'evoluzione legislativa ed alla *ratio* sottesa alle riforme stesse: le modifiche così apportate, innanzitutto, all'art. 2384 c.c. ed all'intero sistema gestorio e rappresentativo delle società per azioni non possono che condurre a ritenere priva di ogni rilevanza esterna la dissociazione tra poteri e quindi inopponibili ai terzi i limiti al potere di rappresentanza derivanti della dissociazione stessa.

Si ritiene pertanto di dover aderire alla teoria che vede nella dissociazione tra i due poteri un limite al potere rappresentativo, seppur direttamente connesso e derivante dalle modalità di esercizio disposte per il potere gestorio. Senza ripetere ancora le argomentazioni già svolte, muovendo

dall'assunto in questione, non può che farsi applicazione rigorosa dell'art. 2384, 2° co., c.c. e in questo senso ammettersi, per le società di capitali, l'irrilevanza esterna di qualsivoglia limite (al potere rappresentativo, ma comunque, anche al potere gestorio giusta l'eliminazione dell'inciso limitante di cui già si è detto), salva *l'exceptio doli*.

L'estensione generalizzata dell'inopponibilità a tutte le ipotesi di limitazione, anche derivante da scissione del potere rappresentativo da quello gestorio, consente in questa sede anche di soprassedere su un secondo problema che invece occorrerebbe porsi (e verrà posto con riguardo alle persone del Libro Primo), ovvero quello relativo alla valutazione di eventuali conseguenze diverse a seconda che si parli di delibera inesistente o di delibera viziata.

Ma al di là di dette valutazioni, l'alternativa tra le due tesi che si sono sin qui prospettate, al di là dell'interesse dogmatico che può suscitare, riveste una decisiva importanza agli effetti pratici. Assai diversi risultano, infatti, nei due casi gli oneri di allegazione e quelli probatori che incombono sulla società e sui terzi che contraggono con essa²⁸⁹.

a) Così se si opta, come fa la giurisprudenza maggioritaria, per l'irrilevanza esterna, la dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo risulta inopponibile, si è detto, ai terzi sia di buona che di mala fede, a meno che la società non provi che essi abbiano intenzionalmente agito a suo danno.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo-psicologico, in questa sede si basti segnalare come si discuta parecchio in merito a quale sia il grado di conoscenza che consente di opporre la carenza di deliberazione, ovvero in cosa debba consistere l'intenzione di recare danno alla società.

²⁸⁹ FEDE, *Amministratore di s.p.a.: dissociazione tra potere gestorio e rappresentativo, conflitto di interessi*, op. cit., p. 132 ss.

In un *climax* ascendente per intensità (e quindi, corrispondentemente, per grado di protezione del terzo contraente), una parte della giurisprudenza e della dottrina sembrano mitigare i risultati raggiunti sul piano teorico in merito all'inopponibilità sostanziale ai terzi dei limiti ai poteri degli amministratori ritenendo sufficiente la mera consapevolezza della carenza della deliberazione dell'atto e della sua potenzialità dannosa²⁹⁰.

Per un diverso orientamento, cui sembrerebbe aderire altra giurisprudenza, sarebbe invece necessaria l'intenzione chiara di arrecare un danno alla società, e quindi un effettivo dolo specifico²⁹¹.

Un terzo orientamento poi richiede che il terzo abbia indotto l'amministratore rappresentante a contravvenire ai propri obblighi nei confronti della società contraendo in assenza di deliberazione²⁹².

Altri, infine, pretendono la dimostrazione di una vera e propria collusione, cioè di un accordo fraudolento intercorso tra il terzo e l'amministratore²⁹³.

Come si vede, quindi, sul punto, grande è l'incertezza.

È pacifico, invece, che graverà sulla società che voglia sottrarsi

²⁹⁰ Cass. Civ., 8.11.2000, n. 14509, in *Soc.*, 2001, 418; in *Giur. it.*, 2001, 522; in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 80; e in *Riv. notariato*, 2001, p. 900; Cass. Civ., 10.8.1988, n. 4914, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 365; in dottrina RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., 192 s.

²⁹¹ FERRI, *Le società*, op. cit., p. 700; CABRAS, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza nelle società per azioni*, op. cit., p. 375 ss., il quale, osservando che la formula della legge si rifà all'identica disposizione dell'art. 1993 c.c., che consente di opporre al possessore di un titolo di credito le eccezioni personali a precedenti possessori se egli ha acquistato il titolo agendo intenzionalmente a danno del debitore, afferma che occorrerebbe tenere conto, nell'interpretazione dell'art. 2384, 2° co., c.c. dei risultati cui è approdata l'esegesi dottrinale di questa norma.

²⁹² ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nelle società per azioni*, op. cit., p. 139.

²⁹³ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 237; nello stesso senso si esprime, in un *obiter*, Cass. Civ., 26.2.1987, n. 2042, in *Le Soc.*, 1987, p. 589.

all'esecuzione del contratto sia l'onere di allegare e dimostrare la dissociazione - prova che sarà agevolmente fornita con la produzione dello statuto -, sia l'onere di allegare e dimostrare il dolo del terzo.

b) Se all'opposto si accoglie la tesi della rilevanza, la dissociazione risulta comunque opponibile ai terzi (questo, qualora si individui l'effetto della dissociazione nell'invalidità o l'inefficacia dell'atto compiuto dal rappresentante).

Ma qui i problemi che si affacciano sono ancora maggiori.

Si apre infatti sul punto la questione relativa all'applicabilità analogica degli art. 2377, 3 co., cc e 2391 c.c. e, in tal caso, dei limiti dell'estensione analogica stessa.

Da un lato²⁹⁴ infatti vi è chi afferma che in forza delle citate disposizioni la rilevanza esterna della dissociazione dovrà sempre arrestarsi innanzi alla buona fede del terzo, che vedrà fatti salvi comunque i propri diritti. Altri²⁹⁵, invece, asseriscono che l'applicazione analogica degli artt. 2377 e 2391 c.c. vale per le sole ipotesi di annullamento della delibera consiliare, e non per la nullità o inesistenza (nel qual caso nemmeno la buona fede del terzo varrà a far salvi di diritti dallo stesso acquistati).

²⁹⁴ Così MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 139; GRAZIANI, *Diritto delle società*, op. cit., 251 s.; BENETTINI, *Invalidità di deliberazioni assembleari e diritti dei terzi*, in *Foro pad.*, 1955, III, p. 19 ss.; MIGNOLI, *Invalidità di deliberazioni assembleari di società operazioni e diritti dei terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 303 ss., e *ivi* p. 509 ss. Già sotto il vigore del codice del commercio JEMOLO, *Opposizione di socio alla delibera di stipulazione di un contratto e suoi effetti sul contratto già adempiuto*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 486.

²⁹⁵ Per i sostenitori della presente opinione vedi MIGNOLI, *Invalidità di deliberazioni assembleari di società operazioni e diritti dei terzi*, op., cit., p. 510, nota 5 e 6. Si veda altresì ASCARELLI, *Vizi delle deliberazioni assembleari e tutela dei terzi*, in *Banca borsa, titoli di credito*, 1954, I, p. 103 ss.

Nella prima delle ipotesi prospettate, se è pacifico che spetti alla società che voglia sottrarsi all'esecuzione del contratto allegare e dimostrare l'assenza o l'invalidità della necessaria deliberazione a monte di esso, non è affatto chiaro né quale sia esattamente lo stato soggettivo di buona fede del terzo che esclude l'opponibilità della carenza di deliberazione, né chi debba accollarsi la prova della sussistenza o insussistenza di esso.

Per impostare la soluzione del problema è indispensabile prendere preliminarmente posizione sulla seguente questione: le regole enunciate dall'art. 1147, 2° e 3° co., c.c., cioè quelle per cui la colpa grave esclude la buona fede e la buona fede si presume (con presunzione *iuris tantum*), trovano applicazione soltanto in materia di possesso, o al contrario rivestono una portata generale e pertanto sono applicabili anche nella materia *de qua*? La questione, annosa e controversa, non può essere affrontata in questa sede²⁹⁶. Basti notare qui come la risposta che ad essa

²⁹⁶ In dottrina, per l'applicazione delle norme *de quibus* alla sola materia possessoria v. SACCO E CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2000, p. 456; nonché SACCO, *La buona fede*, Torino, 1949, p. 121 e p. 164, nota 74, 167 ss.; Id., *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 29, che addirittura ne restringono la portata ai soli artt. 1148-1152 c.c.; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 315 ss. e p. 325, testo e nota 31, 360 ss. Per quanto riguarda in particolare la presunzione di cui all'art. 1147, 3° co. c.c., quest'ultimo autore, se da un lato nega che essa possa avere una portata generale, dall'altro afferma che non può nemmeno sostenersi che la buona fede sia sempre un fatto costitutivo e che pertanto debba essere provata in ogni caso dal soggetto che la invoca a proprio favore. È corretto piuttosto valutare caso per caso se essa sia un fatto costitutivo ovvero impeditivo, e distribuire di conseguenza l'onere della prova secondo le regole generali dell'art. 2697 c.c. Così nella fattispecie di cui all'art. 2391, 3° co. c.c., che rileva in questa sede, la buona fede assurgerebbe, secondo l'autore, a fatto costitutivo dell'acquisto del terzo, per cui dovrebbe essere quest'ultimo a provarla. In senso opposto BIGIAMI, *nota a Cass. Civ.*, 10.8.1949, n. 2267, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, p. 112, sostiene che le disposizioni di cui al 2° e 3° co. dell'art. 1147 c.c. avrebbero una

si sceglie di offrire incide in maniera determinante sulla soluzione del problema che stiamo affrontando.

Per quanto riguarda la buona fede, è fuori di dubbio che essa sia incompatibile con il dolo, anche nella forma meno intensa della mera consapevolezza del mancato o irregolare svolgimento del procedimento deliberativo. Il problema è se valgano o meno ad escluderla anche la colpa grave, come prevede l'art. 1147, 2° co., c.c., e la colpa *tout court*. Se si risponde negativamente²⁹⁷, l'opponibilità della dissociazione finisce in pratica con l'avere, a dispetto delle petizioni di principio, la medesima estensione che ha per la teoria dell'irrilevanza, cioè un'estensione limitata alle ipotesi di un agire intenzionale a danno della società da parte del terzo. Se invece si risponde affermativamente²⁹⁸, l'opponibilità della dissociazione risulta essere effettivamente maggiore di quanto sia per i sostenitori dell'irrilevanza²⁹⁹.

forza espansiva che le condurrebbe ad estendersi al di fuori della materia possessoria.

²⁹⁷ Come fa MINERVINI, *Gi amministratori di società per azioni*, op. cit., 136 ss.

²⁹⁸ Così ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, p. 412 ss.; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 281 s.; CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, Padova, 1970, p. 114 ss., i primi due per la sola colpa grave, applicando la regola dell'art. 1147, 2° co., c.c., il terzo anche per la colpa lieve.

²⁹⁹ Quanto alla c.d. *exceptio doli*, merita di essere segnalata l'opinione di BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 90 ss. Questo autore prende in considerazione le norme relative ad alcune circostanze patologiche dell'amministrazione delle s.p.a. e constata che, stando al tenore letterale delle clausole di salvezza in esse contenute, lo stato soggettivo del terzo rilevante ai fini dell'opponibilità appare assai diverso: negli artt. 2388, 5° co. e 2391, 3° co., c.c., si parla di buona fede, nell'art. 1394 c.c. di conoscenza o conoscibilità, nell'art. 2383, 5° co., c.c., di conoscenza (e non anche di conoscibilità), nell'art. 2384, 2° co. c.c., di intenzione di arrecare un danno alla società. Nonostante la lettera degli articoli testé elencati faccia pensare a una escalation di difficoltà probatoria, l'autore ritiene che di essi debba darsi un'interpretazione uniforme, per cui in ogni caso la prova dovrebbe

Per quanto riguarda il soggetto su cui incombe l'onere di provare lo stato soggettivo del terzo, se vale la presunzione di cui all'art. 1147, 3° co., c.c., sarà la società a dover provare la mala fede di questi; viceversa, se la presunzione non opera, sarà il terzo a dover dimostrare la sua buona fede.

2.6. La rilevanza esterna della dissociazione con riguardo agli enti del Libro Primo.

Nei paragrafi precedenti abbiamo brevemente analizzato la natura e gli effetti della dissociazione nel contesto delle società di capitali.

In quell'ambito quindi si sono prospettate le tesi a favore o meno dell'incidenza sui rapporti esterni della fase interna di formazione della volontà sociale, nelle ipotesi (generalmente abituali) in cui lo statuto preveda determinate procedure deliberative.

Si è altresì sostenuto che, con riguardo alle società di capitali, la teoria della rilevanza esterna della dissociazione non sembra supportata da argomentazioni sufficientemente convincenti, posto che l'attuale formulazione dell'art. 2384 c.c. pare non lasciar spazio ad interpretazioni diverse dall'inopponibilità al terzo di qualsivoglia vizio nell'*iter* formativo, con la sola eccezione dell'intenzionalità dell'azione dannosa in capo al terzo contraente.

Tuttavia, se, a parere di chi scrive, nell'ambito delle società di capitali deve concludersi per l'irrilevanza esterna della dissociazione, e quindi dell'irrilevanza di eventuali vizi nel processo formativo della volontà

avere ad oggetto la conoscenza o comunque la conoscibilità, da parte del terzo, rispettivamente dell'invalidità della delibera, del conflitto di interessi, dell'invalidità della nomina e della carenza di potere rappresentativo dell'amministratore; la prova dovrebbe essere sempre fornita dalla società, che per lo più si avvarrà di presunzioni.

dell'ente, a soluzioni affatto diverse deve giungersi nell'ambito delle persone giuridiche del Libro Primo del Codice Civile.

A tale conclusioni si ritiene di dover pervenire proprio sulla base delle considerazioni sopra svolte in merito alla qualificazione della scissione (sia che la si intenda in termini di limite del potere rappresentativo sia che la si qualifichi come limite al potere di gestione) e sulla base del raffronto tra l'art. 19 c.c. e l'art. 2384 c.c.

Come già ampiamente argomentato, la disciplina inerente all'opponibilità dei limiti del potere di rappresentanza nelle persone giuridiche del Libro Primo è, quanto meno sulla base del dato normativo, per certi versi opposta rispetto a quella prevista per le società di capitali. Se con riguardo alle seconde in nulla l'iscrizione di limiti sul registro delle imprese può rendere questi opponibili ai terzi contraenti con il rappresentante sociale, diversamente l'art. 19 c.c. attribuisce decisivo e dirimente rilievo all'adempimento dell'onere pubblicitario.

E per quanto sia dato opporre le considerazioni critiche già rilevate sulla legittimità costituzionale e sull'opportunità di una tale discrepanza, la lettera della legge difficilmente può essere forzata fino al punto di negare un'effettiva disparità di disciplina.

L'art. 19 c.c., infatti, non estende ai massimi confini la tutela del principio di affidamento del terzo, ma sposta il perno della questione sul piano del rispetto degli oneri pubblicitari, da un lato, e di quelli di diligenza informativa, dall'altro.

Le limitazioni al potere rappresentativo degli amministratori, che risultino dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, possono essere opposte ai terzi con la conseguenza di rendere inefficace nei confronti dell'ente l'atto compiuto dal rappresentante in violazione dei limiti *de quibus*.

Tanto premesso, come per le società di capitali, occorre allora anche qui domandarsi se il limite in questione debba essere trattato alla stregua di altri limiti statuari al potere rappresentativo ai sensi dell'art. 19 c.c. o se per esso valgono principi differenti, derivanti, a titolo esemplificativo, dall'applicazione di principi generali in materia di diritto societario, che progressivamente sarebbero giunti ad impennare l'intera disciplina delle persone giuridiche tutte³⁰⁰, o piuttosto dalle disposizioni sulla rappresentanza volontaria in generale.

La domanda correttamente da porsi è, dunque, se nelle persone giuridiche del Libro Primo il valido esercizio del potere di rappresentanza sia subordinato al previo conforme esercizio del potere di deliberazione³⁰¹ o se invece il difetto di delibera incida solo sul rapporto interno, rendendo l'esercizio del potere di rappresentanza illecito verso l'ente ma non invalido nei confronti del terzo contraente.

Tra i pochi autori che hanno affrontato la questione, prendiamo qui le mosse da un'autorevole dottrina la quale, sul presupposto che il difetto di delibera determinerebbe non l'inefficacia ma l'invalidità dell'atto concluso dal rappresentante³⁰², cionondimeno ritiene che il tendenziale principio di tutela dell'affidamento, tanto enfatizzato dalla riforma societaria, dovrebbe trovare spazio anche con riguardo agli enti del Libro Primo, giungendo così a riconoscere una tendenziale inopponibilità - quantomeno ai terzi di buona fede - di ogni difetto e vizio di delibera.

La tesi in parola è sostenuta da Galgano³⁰³, il quale, pur prendendo

³⁰⁰ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 312.

³⁰¹ Utilizzando la formulazione del quesito siccome posta già da MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 122.

³⁰² Evidente il richiamo a MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 131 s.

³⁰³ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 312 ss.

coscienza della diversità effettiva esistente tra l'art. 19 c.c. e l'art. 2984 c.c., ritiene che i principi desunti in ambito di società di capitali debbano trovare applicazione anche con riguardo a tutte le organizzazioni collettive.

L'Autore trae detta conclusione sul rilievo che nel progetto preliminare al codice civile, l'art. 19 c.c. proseguiva con un successivo art. 20 secondo il quale *“a chi contrae in buona fede con il rappresentante della persona giuridica non possono essere opposti (...) il difetto o l'irregolarità della deliberazione del consiglio di amministrazione in base alla quale il rappresentante abbia dichiarato di contrarre”*.

Orbene, come noto una tale specificazione non ha trovato poi spazio nel testo definitivo della legge, posto che l'articolo 19 c.c. si limita a definire l'inopponibilità a terzi di quanto non iscritto nel registro delle persone giuridiche. E nessuna ulteriore specificazione viene data in merito agli atti compiuti in difetto di valida delibera consiliare. La tesi che Galgano propone afferma che, ciononostante, la soluzione prospettata dal progetto preliminare, seppur non ripetuta nel testo poi approvato, dovrebbe dirsi comunque vigente.

L'Autore muove dalla premessa che l'atto compiuto dal rappresentante senza previa deliberazione del consiglio, o con previa delibera ma irregolare, sia invalido, giacché il difetto o l'irregolarità delle deliberazioni non sarebbero altrimenti opponibili al terzo di mala fede; enuncia quindi il principio secondo il quale l'invalidità dell'atto non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi di buona fede.

Peraltro, il principio avrebbe, a dire di Galgano, trovato espressione legislativa riguardo agli atti compiuti dal rappresentante in esecuzione di deliberazioni assembleari invalide (art. 23 cpv. c.c.) e nelle fondazioni, di deliberazioni consiliari invalide a seguito di intervento dell'autorità di controllo (art. 25 cpv. c.c.), come ha poi trovato espressione in materia societaria, nei citati artt. 2377, 7° co., e 2391, 3° co. c.c.

Ciò rivelerebbe l'esistenza di un principio generale in tale senso, destinato a trovare applicazione ogni qualvolta il rappresentante abbia agito non solo in presenza di una delibera assembleare viziata, ma anche senza previa deliberazione del consiglio o in esecuzione di una deliberazione invalida. L'invalidità dell'atto, prosegue l'Autore, potrebbe essere fatta valere soltanto dall'ente e potrebbe con successiva deliberazione essere sanata³⁰⁴. Il terzo contraente non sarebbe d'altra parte tenuto sempre e comunque ad effettuare preliminari indagini dirette ad accertare se il contratto che sta per concludere con il rappresentante dell'ente sia stato preventivamente e regolarmente deliberato dall'organo amministrativo, salvo che egli non sia in colpa grave tale da escludere la buona fede a norma dell'art. 1147, 2° co., c.c.³⁰⁵

A parere di chi scrive, la tesi persuade solo in parte e le soluzioni che si è ritenuto di accogliere con riguardo alle società di capitali non sembrano avere eguali possibilità di applicazione con riguardo alle persone giuridiche non lucrative.

La prima contestazione alla tesi assunta dal Galgano si ritiene di doverla trarre proprio muovendo dal progetto preliminare citato al codice civile e dal tenore letterale delle norme dall'autore invocate.

Secondo la nostra opinione, infatti, è proprio la circostanza che nel progetto preliminare fosse stata prevista un'espressa disciplina volta a regolare la rilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo e che poi, in fase di stesura del testo definitivo, il legislatore abbia volontariamente deciso di estromettere una siffatta norma, a dimostrare la *voluntas legis* di non gestire il limite *de quo* in

³⁰⁴ Anche sul punto la tesi di Galgano mostra di recepire le posizioni sostenute da MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 142.

³⁰⁵ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 312 s.

maniera difforme dalle altre limitazioni del potere rappresentativo disciplinate dall'art. 19 c.c. Omettendo una precisazione che, invece era stata prospettata (e quindi non può pensarsi ad una mera dimenticanza legislativa), si ritiene doversi cogliere un intento preciso, diretto a rendere opponibile la mancanza della delibera consiliare a monte, nell'ipotesi in cui della necessità della delibera sia stata data pubblicità – anche indiretta - nel Registro delle Persone Giuridiche.

In secondo luogo, si ritiene di dover parzialmente dissentire rispetto alle conclusioni che l'Autore trae dagli artt. 23 e 25 c.c.

Non si concorda con Galgano, e con chi l'ha preceduto³⁰⁶, nella parte in cui dalle citate disposizioni ricava il principio per cui l'atto compiuto dal rappresentante senza previa delibera o con delibera viziata dovrebbe dirsi invalido (ritenendo invece di aderire alle diverse tesi che invece ne individuano l'inefficacia), e nemmeno nella parte in cui da quelle stesse disposizioni intende trarre principi generali circa la totale inopponibilità ai terzi di buona fede di qualsivoglia vizio/difetto di delibere collegiali.

A parere di chi scrive delle predette disposizione può farsi un utilizzo analogico solo con riguardo a fattispecie che siano sovrapponibili tra loro (così riterremo di estendere analogicamente la disciplina prevista per le delibere assembleari annullabili alle delibere consiliari inficiate dal medesimo vizio), ma non può trarsi l'esistenza di principi generali che conducano all'irrilevanza esterna nei confronti dei terzi di buona fede di imprecisati vizi deliberativi. Anzi, deve valere l'esatto contrario. Laddove il legislatore ha voluto derogare al principio della generale opponibilità dei vizi relativi al processo decisorio, l'ha fatto formulando una norma specifica, la quale, per i casi di sola annullabilità di delibere assembleari, fa salvi i contraenti terzi ignari del vizio.

³⁰⁶ MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 124 ss.; AURICCHIO, voce, *Associazioni riconosciute*, n. 16 in *Enc. del dir.*, Milano, 1958, p. 889.

Voler trarre da tali disposizioni un assioma circa la totale irrilevanza della fase gestoria sino a ricomprendere ipotesi di totale omissione deliberativa, a parere di chi scrive, supera i limiti di un'applicazione analogica della disposizione, finendo per travalicare i confini tra interpretazione analogica estensiva e nomopoiesi vera e propria, come cercheremo di dimostrare nel prosieguo.

2.7 segue: Prima prospettazione: difetto di delibera quale motivo di invalidità dell'atto compiuto dall'amministratore.

Così, a suffragio della tesi per cui, diversamente da quanto avviene per le società di capitali, la dissociazione tra poteri si risolverebbe - nella disciplina delle persone giuridiche del Libro Primo - in un vizio tendenzialmente opponibile ai terzi (salvo al più l'applicazione analogica dell'art. 23 c.c.), possono essere invocati tre diversi tipi di argomentazione, e ciò sia che si intenda seguire il presupposto sostenuto da Minervini e accolto da Galgano per cui l'atto compiuto in difetto di delibera sarebbe invalido, sia che si ritenga di seguire una delle configurazioni sopra analizzate, ovvero la qualificazione della dissociazione in termini di limite al potere di rappresentanza, ovvero quale limite al potere di gestione.

Si è infatti detto che, nell'ambito la dottrina occupatosi della questione in esame con riguardo alle società per azioni, la dissociazione tra potere di deliberativo e potere rappresentativo è stata interpretata sotto profili differenti, ovvero ora quale limite al potere di rappresentanza, ora quale limite al potere gestorio ora quale normale atteggiarsi dei rapporti tra organi diversi. Si è altresì rilevato che, quale che sia la configurazione prescelta, i risultati restano lì sostanzialmente immutati, ciò in ragione

della nuova versione dell'art. 2384 c.c.

Nell'ambito delle persone giuridiche del Libro Primo si ritiene di potere seguire lo stesso itinerario: i tre percorsi argomentativi che possono esser intrapresi, pur nelle loro profonde diversità, si ritiene debbano comunque giungere all'analogo risultato della potenziale rilevanza esterna della scissioni dei poteri.

Ma veniamo con ordine: la prima impostazione è quella che comporta meno sforzi, posto che ci consente di richiamare quanto sopra affermato già per le società per azioni.

Come anzi detto infatti parte della dottrina legge nella sequenza atto deliberativo – atto rappresentativo un atto procedimentale a formazione composita³⁰⁷: il difetto nella formazione del procedimento, ovvero il compimento dell'atto da parte del rappresentante senza la previa delibera costituirebbe un'irregolarità nella fase procedimentale tale da risolversi nella invalidità/annullabilità, rilevabile solo dall'ente, dell'atto stesso (e dalli stesso anche sanabile mediante convalida).

Come appena detto, quindi il principio dell'invalidità dell'atto troverebbe il solo contemperamento negli art. 23 e 25 c.c., che fanno salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede, si ritiene, nelle sole ipotesi di delibere annullate o annullabili³⁰⁸.

2.8. segue: La dissociazione come limite al potere di rappresentanza. L'art. 19 c.c. e la possibile rilevanza esterna dei vizi nel procedimento formativo della volontà dell'ente.

³⁰⁷ MINERVINI *Gli amministratori di società per azioni*, p. 126 ss., SILVETTI, *Rappresentanza e collegialità dell'organo amministrativo nella società per azioni*, op. cit. e MARTORANO, *Le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali*, op. cit., p. 15.

³⁰⁸ Sul punto si rinvia ad un più attento approfondimento nel paragrafo successivo.

All'opposto della tesi sopra prospettata, altra – maggioritaria dottrina – non ritiene che la mancanza (o invalidità) della delibera comporti di per sé come “effetto riflesso” l'invalidità dell'atto esterno, discutendo piuttosto in termini di inefficacia dello stesso; ciò sia che si intenda il rispetto delle procedure organizzative interne per la formazione della volontà collettiva quale limite al potere di rappresentanza, sia che lo si concepisca come limite al potere gestorio.

Proseguiamo dunque la nostra indagine con la prima di queste correnti interpretative³⁰⁹, che configurando la dissociazione in termini di limiti al

³⁰⁹ Sul punto cfr. TRIMARCHI, *Associazioni non riconosciute: opponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza*, op. cit., p. 461 s. L'Autore richiama qui l'art. 1388 c.c., il quale stabilisce che se il rappresentante agisce nei limiti delle facoltà conferitegli il contratto impegna il rappresentato. Atteso quanto sopra occorre riesaminare con attenzione il significato dell'espressione "nei limiti delle facoltà conferitegli". La locuzione fa riferimento sia al potere definito di amministrazione che a quello di rappresentanza nell'accezione cui s'è fatto riferimento: in altri termini poiché il rappresentante (ordinario) vede di norma coincidere nella sua figura tanto il potere di deliberare di gestire (amministrazione), quanto quello di emettere ai terzi le relative dichiarazioni impegnative (rappresentanza) - sommatoria che risulta con ogni evidenza dal negozio di attribuzione del potere di sostituzione - è conseguente che ogni qual volta egli agisca nei limiti di tale facoltà impegni, senz'uopo di ulteriori implicazioni, il *dominus*. Dunque le limitazioni originarie della rappresentanza traducendosi (di norma) in altrettante limitazioni dell'amministrazione (e viceversa) sono sempre opponibili al terzo contraente ai sensi degli artt. 19 e 1398 c.c. L'attività del terzo è discriminante in ordine alla sua "colpevolezza" per avere confidato nella fondatezza dei poteri del rappresentante che invece ne risultò sprovvisto. Il terzo che contatta con un organo si trova, invero, in una situazione completamente diversa: egli, *in abstracto*, dovrebbe prima essere certo che l'atto *in itinere* sia stato correttamente "amministrato", ossia che si siano rispettate le regole che presiedono *ex lege* o per il contratto costitutivo dell'ente, alla sua genetica iniziativa e gestione (per così dire) interna, e poi, che chi agisce abbia il potere di impegnare l'ente. Non v'è chi non veda che ascrivere al terzo

potere rappresentativo lo considerano soggetto ai limiti, qui non più del 2384 c.c., ma dell'art. 19 c.c.

La chiave interpretativa che legge la dissociazione tra potere rappresentativo e potere gestorio in termini di limitazione del primo deriva dal ritenuto presupposto di fondo per il quale nel nostro ordinamento vigerebbe, nell'ipotesi di rapporto organico, il "modello legale" della concentrazione dei poteri³¹⁰. In altri termini, in assenza di apposite (ben legittime) clausole statutarie che dispongono diversamente, si ritiene debba presumersi che, in capo al medesimo amministratore, coincidano tanto poteri decisorio quanto poteri rappresentativi. Non per nulla, nel silenzio della norma, generalmente si concorda nell'affermare che tutti gli amministratori (con poteri decisorio) abbiano altresì la rappresentanza³¹¹.

Sulla base di queste premesse, ecco che, ogni qualvolta dallo statuto risulti una scissione tra i due poteri (desumibile, come già rilevato, dal semplice fatto che il numero di amministratori designati è maggiore del numero degli amministratori dotati di potere rappresentativo), ne deriva *sic et*

queste indagini, come pure le conseguenze di eventuali errori di valutazione ed interpretativi avrebbe, di fatto, gravemente ostacolato ogni attività degli enti e probabilmente il traffico giuridico. In materia di associazioni (riconosciute) il Legislatore, quindi, adotta l'articolo 19 c.c. secondo cui ogni limitazione (letteralmente riferita alla rappresentanza) se risulta dal Registro (delle persone giuridiche) è senz'altro opponibile al terzo, in base al principio della presunzione di conoscenza che consegue a sistemi di pubblicità legale. Il contratto concluso dal rappresentante in violazione della limitazione è dunque inefficace. Se invece la limitazione non risulta iscritta, essa non è opponibile, ed il contratto conseguentemente impegna, a meno che l'ente non dimostri che il terzo ne fosse a conoscenza.

³¹⁰ Così RAGUSA, *Vizi del processo decisionale nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., p. 196; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 123.

³¹¹ V. *infra*, capitolo terzo, paragrafo 3.

simpliciter una limitazione del potere di rappresentanza, il quale, non è più sussistente in capo al rappresentante nella sua omnicomprensività, ma viene contenuto nei limiti di una delibera consiliare che di volta in volta legittimi l'atto che il rappresentante è chiamato a sottoscrivere.

Per essere legittimamente esercitato, dunque, quel potere di rappresentanza necessita del rispetto di un determinato processo deliberativo che lo viene così a "limitare". Altrimenti detto, tutte le volte in cui il rappresentante deve trovare la giustificazione del proprio agire in un atto deliberativo del consiglio d'amministrazione (perché di questa particolare ipotesi ci stiamo occupando), si ha per ciò stesso una limitazione del potere di rappresentanza medesimo.

In linea di principio allora, tutte le volte in cui il terzo si trovi a contrattare con l'ente, deve dirsi investito dell'onere diligenziale di accertare se vi è la coincidenza/concentrazione dei poteri in capo a chi si dichiara organo rappresentativo della persona giuridica (accertamento, si ripeta, facilmente individuabile in termini pratici per la semplice coincidenza, nello statuto pubblicato, tra numero di amministratori meri e amministratori-rappresentanti); in presenza di discrepanza numerica (o di altra indicazione esplicita dalla quale emerga la necessità del rispetto di un processo deliberativo a fondamento dell'agire del rappresentante), il terzo sarà altresì onerato dal verificare l'adempimento dell'*iter* previsto e quindi l'esistenza della delibera autorizzativa a monte (sulla necessità poi che gravi sul terzo anche la verifica della validità o meno della delibera esistente, v. oltre).

Ciò perché, in tutte le ipotesi in cui lo statuto, o un apposita successiva delibera consiliare o assembleare, individua determinati meccanismi per la formazione della volontà della persona giuridica, il rispetto degli stessi diviene parametro per valutare altresì la validità e/o l'efficacia dell'esercizio del potere rappresentativo.

Ancora, perché risulti effettivamente opponibile al terzo è quindi necessario che dalle iscrizioni effettuate nel registro delle persone giuridiche emerga la limitazione in questione, ovvero, nel caso di specie, la circostanza che il potere rappresentativo spetta ad un numero diverso di amministratori rispetto ai quali compete il potere deliberativo e che quindi, non vi sia coincidenza tra attribuzione della rappresentanza e sottostante competenza decisoria. Già in passato anche la giurisprudenza aveva rilevato che *“qualora il presidente di un’associazione munita di personalità giuridica abbia per statuto la funzione rappresentativa dell’ente, senza espresse eccezioni o delimitazioni, ma disgiunta dalla funzione gestionale assegnata ad altri organi, la validità e opponibilità del singolo contratto posto in essere da detto presidente possono essere contestate dall’associazione sotto il profilo dell’insussistenza del potere rappresentativo, ove si dimostri che l’altro contraente sia stato a conoscenza dell’esorbitanza dell’atto stesso o comunque in grado di conoscerla con l’uso della normale diligenza (la quale non potrebbe dirsi presente nel terzo che ometta di compiere le necessarie verifiche presso il registro delle imprese o che, una volta presa coscienza dello statuto, non accerti la correttezza dell’iter deliberativo)”*³¹².

Il terzo che volesse evitare di vedersi opporre l’inefficacia del contratto da lui concluso non potrebbe limitarsi ad accertare la qualità di rappresentante statutario nella persona o nelle persone con le quali contratta, ma dovrebbe altresì assicurarsi che a costui o a costoro facciano capo non solo i poteri rappresentativi, ma anche quelli decisori, e che questi poteri si presentino concentrati e non dissociati (ovvero che la regola presuntiva sia nei termini di una sovrapposizione tra poteri di rappresentanza e poteri di gestione, diversamente da quanto oggi accade

³¹² Cass. Civ., 09.04.1990, n. 2965, in *Giust. Civ.*, 1990, I, p. 2359 ss.

nelle società di capitali)³¹³.

Se così non fosse, il terzo allora dovrà pretendere una delibera di autorizzazione dell'organo competente.

In difetto di tale onere di diligenza, la carenza deliberativa in questione gli sarà opponibile.

Va segnalato che una tale impostazione appare esser stata abbracciata anche dalla giurisprudenza.

La Suprema Corte ha così ritenuto, seppur con riguardo ad un'università, ma con principi vevoli anche per le persone giuridiche private, che *“il rettore, in qualità di presidente del consiglio di amministrazione dell'università, è l'organo al quale spetta l'esercizio del potere di rappresentanza, previa delibera del consiglio di amministrazione, la mancanza della quale è opponibile anche ai terzi”*³¹⁴.

Sulla base della tendenziale rilevanza esterna della dissociazione dei poteri, quindi, occorre qui riproporre l'ulteriore problema risultato invece assorbito con riguardo alle società per azioni (data la generale inopponibilità di qualsiasi vizio attinente alla fase gestoria), ovvero il chiedersi se debba esser trattata alla stessa maniera l'inesistenza della delibera consiliare rispetto all'invalidità della stessa: diversi sono, infatti, i difetti che possono potenzialmente inserirsi patologicamente a interrompere il legame tra potere gestorio e potere rappresentativo: in primo luogo, l'inesistenza materiale della deliberazione del consiglio di

³¹³ Fino al 1969 la sostanziale identità di formulazione degli artt. 19, 2266, 2298 e 2384 c.c. consentiva di operare considerazioni assolutamente comuni per tutte le tipologie di formazioni organizzate. Dal 1960 in avanti, per effetto delle innovazioni introdotte con il D.P.R. 29 dicembre 1969 n. 1127, sino ad oggi, con le ulteriori modifiche di cui si è detto operate dal D. Lgs. n. 06/2003, la dottrina e la giurisprudenza hanno ricostruito la disciplina delle società di capitali in termini nuovi, separando così i destini di queste rispetto a quelli delle altre formazioni organizzate.

³¹⁴ Cass. Civ., 04.11.2009, n. 23419 in *Mass. Giur. It.*, 2009.

amministrazione sulla cui base il rappresentante è chiamato ad operare; in secondo luogo, la presenza di un vizio che la renda invalida.

Come anzidetto, autorevole dottrina³¹⁵ tende ad equiparare le ipotesi in cui l'amministratore-rappresentante agisca in difetto assoluto di una delibera del consiglio di amministrazione, a quelle in cui, invece, agisca sulla base di una delibera invalida, per concludere, come si è detto, in ambo i casi per la soluzione dell'inopponibilità a terzi di buona fede.

In realtà, a nostro avviso, le due situazioni sono profondamente diverse ed in modo diverso dovrebbero essere trattate.

a) Ipotesi di inesistenza della delibera consiliare

In ordine al primo caso deve valere quanto sin qui sostenuto.

Se il terzo che tratta con l'ente conosce o ha l'onere di conoscere, perché pubblicata, la clausola statutaria che pone (anche in via indiretta) la limitazione al potere di rappresentanza, (perché appunto conferisce il potere a uno o più soggetti, richiedendo che invece sia una delibera collegiale ad autorizzare il compimento degli atti), ciò è allora sufficiente a rendere senz'altro inefficace nei confronti dell'ente l'atto compiuto dal rappresentante in spregio alle norme gestorie e senza la deliberazione necessaria.

Sotto questo profilo già si ritiene di dover prendere le distanze dalla teoria che abbiamo assunto come punto di partenza³¹⁶: in ipotesi di mancanza della delibera consiliare, ove pubblicizzato l'*iter* che rende necessaria la delibera a monte, l'atto compiuto (e quindi deliberato autonomamente) dal rappresentante organico deve dirsi inefficace e tale inefficacia è

³¹⁵ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 312; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 124 ss.

³¹⁶ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 312 s.

opponibile al terzo (salvo vedremo l'applicabilità al caso concreto dei principi sulla rappresentanza apparente).

Ricapitolando, quindi: se si considera il vizio *de quo* come limite al potere di rappresentanza, deve allora *sic et simpliciter* operare l'art. 19 c.c. e quindi, a differenza di quanto avviene nelle società di capitali, la pubblicità resa per il tramite del deposito dello statuto al meccanismo deliberativo necessario perché possa dirsi formata la volontà dell'ente consente di opporre al terzo l'esistenza del vincolo ed il contratto concluso dal rappresentante in difetto della delibera in questione deve dirsi inefficace per l'ente e per il terzo.

b) Invalidità della delibera consiliare

Diversa è la soluzione se la deliberazione del consiglio di amministrazione posta alla base dell'atto concluso dall'amministratore rappresentante, pur esistendo materialmente, è tuttavia invalida.

Anche all'interno di questa ipotesi occorre compiere una sottodistinzione, tra il caso in cui i vizi siano tali da determinare a loro volta una sostanziale inesistenza o nullità radicale della stessa, da quelli per cui la delibera sarebbe solo annullabile, ed in caso effettivamente impugnata ed annullata.

Nel caso in cui da delibera sia affetta da vizi di tale gravità da determinarne sostanzialmente l'inesistenza sostanziale o la nullità radicale, allora, dovrebbe concludersi in modo analogo a quanto visto per la totale mancanza di delibera, e quindi per l'opponibilità del vizio anche al terzo di buona fede negligente.

Un tanto peraltro è stato dichiarato dalla Suprema Corte con riguardo a gravissimi vizi di una delibera assembleare regolate dall'art. 23 c.c., statuendo lì che *“le disposizioni dell'art. 23 non riguardano le delibere che, per*

vizi talmente gravi da privare l'atto dei requisiti minimi essenziali siano affette da radicale nullità od inesistenza denunciabile, in ogni tempo, da qualunque interessato"³¹⁷.

Ecco quindi che in caso di atto compiuto dal rappresentante in esecuzione di una delibera nulla, l'ente potrà disconoscere l'operato del rappresentante e il terzo, seppur in buona fede, non potrà fare salvi i suoi diritto o acquisti.

Quid iuris invece per le deliberazioni solo annullabili?

In primo luogo va rilevato che, come noto, il mero vizio dell'annullabilità non ha di per sé diretto rilievo in merito all'efficacia dell'atto. La delibera annullabile quindi sarà invalida ma efficace in difetto di impugnazione conclusa con esito favorevole. In assenza di impugnativa tempestiva quindi senza dubbio l'atto concluso dall'organo produrrà effetti ed il vizio non sarà opponibile al terzo.

Diverso il caso in ipotesi di impugnazione e successivo annullamento della deliberazione.

Precisamente, se anziché parlarsi di inesistenza della delibera autorizzativa o decisoria si dovesse parlare di annullamento della stessa, allora l'applicazione dell'art. 19 c.c. resterebbe inibita dal prevalere degli artt. 23 e 25 c.c.³¹⁸, o più precisamente dai principi che da essi si ricavano e dalla loro applicazione per via analogica, per cui, l'annullamento delle delibere non può pregiudicare i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione delle medesime.

Si è così giunta all'ultima, la più arretrata, linea di difesa dei terzi.

Se dalle stesse disposizioni si è detto non potersi trarre principi generali volti a rendere irrilevante ogni vizio relativo alla fase gestoria, , le stesse possono però essere esser utilizzate per trarre il principio della salvezza

³¹⁷ Cass. Civ., 4.02.1993, n. 1408 in *Riv. not.* 1993, p. 1221.

³¹⁸ Cui corrispondono gli artt. 2377 e 2391 c.c. in ambito societario.

dei diritti dei terzi derivanti da atti esecutivi di delibera tempestivamente impugnata.

Si può concordare con l'indirizzo dottrinale secondo cui le disposizioni in esame rappresentano l'espressione particolare di un principio sì generale nei definiti termini in cui è formulato, come tale applicabile anche alla società di persone e enti di fatto, e, in definitiva, a tutti gli enti metaindividuali.

Molto semplicemente questo principio si può sintetizzare nell'idea per cui, anche quando esista e sia opponibile ai terzi una clausola statutaria che, ai fini dell'efficacia dell'atto stipulato con l'ente, richieda una delibera dell'organo competente, purché questa delibera sia stata materialmente presa, l'annullamento non è opponibile ai terzi di buona fede, ovvero quei terzi che non conoscevano e non potevano conoscere e non avevano onere di conoscere l'esistenza dei vizi invalidanti.

Le norme citate, quindi, a contrario di quanto asserito da ultimo da Galgano, dimostrerebbero proprio l'esistenza di un principio generale di subordinazione dell'efficace esercizio del potere rappresentativo ad un valido esercizio di quello gestorio da parte dell'organo amministrativo, ma mitigano gli effetti di tale subordinazione facendo salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede sulla base di una delibera viziata ed impugnata.

Salva la buona fede, rimane quindi che l'invalidità della delibera che precede il compimento dell'atto sarebbe ora opponibile ai terzi³¹⁹.

In conclusione, sul presupposto che la dissociazione tra potere rappresentativo e potere gestorio costituisca un limite convenzionale al potere di rappresentanza, dovrà così concludersi:

- se la delibera necessaria per autorizzare un determinato atto – alla luce delle norme sull'amministrazione contenute nello statuto o in apposita

³¹⁹ CACCAVALLE, *L'amministrazione, la rappresentanza ed i controlli*, in *La riforma delle società a responsabilità limitata* a cura di Laurini, II ed., Milano, 2007, p. 516.

disposizione iscritta nel registro delle persone giuridiche – è mancante, inesistente o radicalmente nulla, l'atto compiuto dall'organo dotato di potere di rappresentanza deve dirsi compiuto eccedendo i limiti del suo potere e sarà per l'effetto inefficace nei confronti dell'ente che ha assolto correttamente i suoi oneri pubblicitari;

- se la delibera invece è stata assunta ma viene annullata allora, fermo il principio per cui ai sensi dell'art. 19 c.c. per cui l'atto sarebbe pur sempre inefficace, deve farsi applicazione analogica degli artt. 23 e 25 c.c. e concludersi per l'inopponibilità, ai soli terzi in buona fede, dell'invalidità della delibera viziata.

Rimane solo da segnalare, per onor di precisione, che quest'ultima interpretazione offerta, desta una sola perplessità laddove si intenda dar maggior rilievo alla circostanza sopra accennata per la quale il Progetto Preliminare al Codice conteneva espressamente con riguardo alle associazioni una disposizione volta a far salvi gli effetti del contratto concluso a seguito di una delibera non assembleare, ma consiliare, viziata. La circostanza, non considerata rilevante per i commentatori di cui sopra, impone tuttavia di riflettere circa la volontarietà o meno di una tale omissione.

Se il legislatore avesse volutamente eliminato la disposizione per far valere un diverso regime in tema di vizi della delibera consiliare? Se, in considerazione della diversa funzione attribuita all'assemblea, si fosse voluto che eventuali vizi deliberativi colà presenti fossero assoggettati ad un regime diverso rispetto a quelli precipuamente attinenti alle delibere dell'organo amministrativo?³²⁰

³²⁰ Potrebbe ritenersi che la diversa disciplina scelta dal legislatore possa attenere alla diversa natura delle delibere assembleari rispetto a quelle consiliari dall'altro, in seno alle associazioni; e con riguardo all'art. 25 c.c. andrebbe invece posto l'accento sulla

In questo caso, potrebbe concludersi che la precisa esclusione della disposizione “parallela” agli artt. 23 e 25 c.c. in materia di delibere del consiglio di amministrazione prevista nel progetto e non trasposta nel codice, unita alla diversità delle fattispecie in realtà contemplate escluda l’applicazione analogica di queste norme, e per l’effetto, anche il caso di delibera viziata dovrebbe esser disciplinato al pari dell’art. 19 c.c. e quindi,

particolare forma di invalidità riguardante la delibera consiliare, ovvero quella nascente dal controllo effettuato dall’organo di controllo terzo ed estraneo all’ente. Sotto questo profilo, le situazioni descritte dalle due norme di cui trattasi dovrebbero dirsi quindi sostanzialmente diverse da quella originariamente pensata dai redattori del progetto preliminare al Codice e poi abbandonata. Ed è tale diversità che aveva imposto la necessità di pensare ad un articolo specifico per regolare quella situazione. Vediamo di argomentare questo convincimento. Con riguardo a quanto disposto dall’art. 23 c.c., occorre richiamare quanto si è detto nel paragrafo relativo alle funzioni dell’assemblea negli enti di natura associativa. Si è là chiarito che la teoria oggi maggiormente seguita da dottrina e giurisprudenza è per il riconoscimento agli amministratori di una autonoma e suprema potestà a governare, non potendosi più accogliere l’impostazione che li vede come organi soggetti alle direttive dell’assemblea. In virtù di questa diversa concezione, deve ritenersi che quando l’atto dell’amministratore costituisce l’esecuzione di una delibera assembleare, in virtù del ruolo appunto autonomo dell’amministratore rispetto all’assemblea, è corretto che la tutela concessa al terzo consenta di non imporre a questi indagini anche in merito alla validità di delibere compiute da organo terzo rispetto a quello con il quale contratta e rispetto all’amministratore deve dirsi appunto, quanto meno tendenzialmente, svincolato. Diverso invece quando la delibera viziata concerne proprio meccanismi inerenti a quello stesso organo governativo che è il consiglio di amministrazione, per cui nessuna autonomia gestionale deve ritenersi attribuita all’amministratore rappresentante rispetto all’organo deliberante. Sotto questa diversa luce una diversità di disciplina sarebbe quantomeno giustificabile. Ugualmente, neppure l’art. 25 c.c. dovrebbe allora potersi applicare in virtù di un’identità di situazione. Anche qui, il caso contemplato dalla norma è un’ipotesi particolare, data dal fatto che ancora ad interferire con l’atto dell’amministratore agente è un organo terzo, ossia quello di controllo.

l'atto compiuto in esecuzione di una delibera consiliare invalida, rappresentando la violazione di un limite convenzionale ed iscritto al potere di rappresentanza, dovrebbe sempre dirsi opponibile al terzo che anche in buona fede l'abbia ignorato, avendo egli dovuto verificare non solo l'esistenza della delibera, ma altresì la sua validità, salva solo la possibilità per il terzo di avvalersi della disciplina della rappresentanza apparente e della tutela del suo affidamento incolpevole.

In realtà tuttavia a questa prospettazione deve obiettarsi che la bozza di norma non trasposta nel codice in realtà non era del tutto analoga ai rimasti artt. 23 e 25 c.c.: la norma disponeva che “il difetto o l'irregolarità” della delibera consiliare non sarebbe stata opponibile ai terzi: Non trasfusa la norma rimane, effettivamente che il difetto (la mancanza) o l'irregolarità (può ritenersi la nullità) della delibera non più disciplinate da disposizione ad hoc rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 19 c.c., ma non uguale discorso deve farsi necessariamente per il caso di annullabilità, non espressamente pensata nemmeno prima, e quindi non volontariamente sottratta alla previsione dell'inopponibilità ai terzi. Per l'effetto può continuare a pensarsi che per le ipotesi di annullamento della delibera consiliare possa farsi applicazione dei principi invece desumibili dagli art. 23 e 25, uniche norme previste, anche nel progetto al codice, per le ipotesi appunto non di difetto o nullità della delibera ma di mera annullabilità.

2.9. segue: La diversa teoria che interpreta la dissociazione in termini di limite al potere gestorio e l'inefficacia dell'atto ex art. 1398 c.c.

D'altra parte, la tesi della rilevanza esterna con riguardo alle persone giuridiche del Libro Primo sembra potersi abbracciare anche nell'ipotesi

in cui si ritenesse di aderire a quella diversa linea interpretativa, già proposta con riguardo alle società di capitali (la quale, lì tuttavia portava a risultati inversi, in forza dell'opposto contenuto del secondo comma dell'art. 2384 c.c.) per la quale l'osservanza di particolari processi per la formazione della volontà costituirebbe un limite non al potere rappresentativo ma direttamente ed esclusivamente al potere gestorio, con effetti solo di riflesso sulla rappresentanza³²¹.

Ed in effetti la prescrizione statutaria di processi decisori, l'imposizione di prefissati *quorum* e, in generale, la necessità di adozione di particolari delibere per la conclusione di determinati atti (e, ancora, la previsione di un *agere coniunctum* di più soggetti, di deliberazioni preventive, di rilascio di permessi autorizzazioni etc.), innegabilmente da un punto di vista strettamente formale vengono ad incidere sulla fase deliberativa di formazione della volontà sociale più che su quella di manifestazione della volontà stessa.

A rigor di logica, quindi, non è del tutto fuorviante affermare che le prescrizioni in questione costituiscano un esclusivo limite al potere gestorio dell'amministratore.

Occorre qui interrogarsi, allora, sotto questo diverso profilo, su quali siano le conseguenze sul potere rappresentativo non tanto in ipotesi di mancato rispetto di una norma statutaria, quanto in ipotesi in cui, per effetto di ciò, risulti mancante o viziata la stessa volontà del soggetto sul quale devono ricadere gli effetti dell'atto che il rappresentante verrà a compiere.

³²¹ Già si sono citati, con riferimento allo studio della medesima prospettiva nelle società per azioni, BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 80 ss.; v. anche MOSCO, *Società di capitali*, op. cit., p. 613; MORANDI, *Il nuovo diritto delle società*, op. cit., p. 702.

E una tale indagine richiede il recupero dei concetti di rappresentanza organica formulati all'inizio di questo lavoro.

Si è là detto che la persona giuridica incontra un limite empirico e logico ancor prima che giuridico, necessitando di uno strumento per elaborare psicologicamente una volontà giuridicamente rilevante e parimenti per esternarla ai terzi e che, per rispondere a detta esigenza, si è sviluppata la teoria dell'organo, inteso come la persona fisica che agisce formando la volontà dell'ente (organo deliberante) e manifestandola, poi, all'esterno (organo rappresentante). La figura dell'organo, si è detto, è dunque coesenziale alla partecipazione dell'ente collettivo alla dinamica giuridica³²².

Si è altresì detto che il modello legale presupporrebbe una coincidenza tra l'organo dotato di potere deliberativo/gestorio e l'organo dotato di potere rappresentativo, nel senso che in capo al medesimo amministratore, in assenza di diversa prescrizione, dovrebbero coesistere tanto il pieno potere decisorio quanto il pieno potere di rappresentanza, in modo che ciò che egli manifesta, in quanto organo dell'ente, coincide con ciò che l'ente vuole, perché dal medesimo organo deliberato³²³.

Ora, se anche viene legittimamente ammesso che lo statuto possa derogare liberamente a detta regola e prevedere una dissociazione tra potere deliberativo e potere rappresentativo (nel senso che chi manifesta la volontà non coincida pienamente con chi ha il potere di elaborarla)³²⁴, comunque tale possibilità non può scalfire il principio per cui, in forza

³²² SCALISI, *Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione*, op. cit., p. 19 ss. e *ivi* p. 39; VISINTINI, *Della rappresentanza*, op. cit., p. 265 ss., ZACCARIA, *Rappresentanza*, op. cit., p. 351 ss.

³²³ RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit.,

³²⁴ FEDE, *Amministratore di S.p.A.: dissociazione tra potere gestorio e rappresentativo, conflitto di interessi*, op. cit., p. 132 ss.

della funzione cui è chiamato, il rappresentante organico si deve fare portavoce del volere sociale, quale che sia la modalità statutaria con cui questo viene a formarsi. Queste erano state, peraltro, le ragioni che avevano portato parte della dottrina a vedere nel rappresentante organico una sorta di *nuncius*³²⁵. Se pur si è visto come in realtà la figura del rappresentante organico non possa esser ridotta a quella di un mero nuncio dell'ente, posto che in realtà continuano a rilevare sia gli stati di buona fede, ignoranza e conoscenza dello stesso, e ancora al primo sono attribuite facoltà che invece al secondo sarebbero precluse (quali quelle di esser parte formale dei contratti, sottoscrivere atti, stare in giudizio in luogo dell'ente), parimenti deve riconoscersi natura diversa al potere rappresentativo che gli compete.

Sul presupposto che il rapporto organico consente l'imputazione all'ente non solo degli effetti giuridici dell'atto concluso in sua vece, ma dell'atto stesso³²⁶, l'organo ha la funzione di esprimere sì una propria volontà, ma che sia necessariamente conformata alla volontà dell'ente siccome deliberata dal consiglio preposto; se dunque gli è chiamato ad esternare immediatamente la propria volontà, ma mediatamente la volontà dell'ente e se il potere di cui è investito è una rappresentanza quindi esclusivamente "funzionale", ciò significa che la volontà dell'organo deve essere quella dell'ente, perché l'organo non può volere (e manifestare) atti dallo stesso

³²⁵ Così GRAZIANI, *Diritto delle società*, op. cit., p. 87; nonché sotto il vigore del codice del commercio FRE', *L'organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 181 ss.; nonché RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, p. 132 il quale più che altro parla di "rappresentante nella mera dichiarazione". Sul punto si rinvia alla disamina svolta nel capitolo secondo.

³²⁶ Si ricordi peraltro la recente posizione di DELLE MONACHE, *La contemplatio domini. Contributo alla teoria della rappresentanza*, op. cit., p. 230 ss. per il quale tale prerogativa in realtà non sarebbe tipica della rappresentanza organica ma di ogni tipo di rappresentanza (CONTRO??)

ente non voluti³²⁷.

In tale senso, se anche si pensasse all'obbligo del rispetto di un determinato *iter* formativo della volontà in termini di limite solo al potere gestorio, la conseguenza della sua violazione si ripercuoterebbe sull'esercizio del potere rappresentativo, nel senso che verrebbe sostanzialmente a mancare la volontà dell'ente stesso legittimante il potere di rappresentanza dell'organo, ovvero lo stesso conferimento, per quell'atto, del potere di rappresentanza. Come a dire che nell'ambito della rappresentanza organica, è la volontà dell'ente a integrare e delimitare la fonte attributiva o comunque giustificativa e legittimante del potere di rappresentanza. E con riguardo agli atti che l'ente non ha voluto, con riguardo a quelli deve ritenersi non attribuito il potere di rappresentanza.

In altri termini la funzione organica fa sì che la persona fisica del rappresentante abbia il potere di manifestare all'esterno solo quella volontà dell'ente che si sia validamente formata. La volontà dell'organo rappresentante, seppur necessaria, non può dirsi di per sé sufficiente.

La persona fisica-organo è l'ente ed è il suo volere che è chiamato ad esternare. Va da sé che se per la formazione di detta volontà si impone il rispetto di un determinato processo, in difetto di questo, difetta la volontà dell'ente. E laddove l'ente non vuole, il rappresentante organico non ha potere di rappresentare.

Altrimenti detto, in forza dell'istituto della rappresentanza organica (e solo in siffatto contesto), il rappresentante è funzionalmente chiamato ad esprimere la volontà dell'ente di cui è parte, il suo potere rappresentativo può dirsi subordinato nel suo esistere dalla valida deliberazione a monte, laddove statutariamente prevista. Di talché se agisce senza una delibera o sulla base di una delibera viziata è come se agisse senza avere i poteri

³²⁷ BOERI, *Sull'opponibilità a terzi dello statuto di un'associazione non riconosciuta* op. cit., p. 544 ss.

previsti per quell'atto (perché non deliberato).

Non si tratterebbe allora solo di un limite imposto al potere di rappresentanza, da riportare nell'ambito dell'eccesso del potere rappresentativo, ma di un vizio più radicale, un vero e proprio difetto di potere³²⁸.

Ora, se ai sensi dell'art. 1398 c.c. eccesso e difetto di potere rappresentativo vengono sottoposti alla stessa disciplina (e precisamente inefficacia dell'atto e diritto del terzo ad esser tenuto indenne dai danni subiti per aver confidato sulla validità/efficacia del contratto), non analogamente deve dirsi per l'applicazione dell'art. 19 c.c. che riguarda i soli limiti al potere di rappresentanza, limitando l'opponibilità a quelli iscritti.

Ecco perché si può concludere che il difetto di delibera, pur osservato nella sua sola fase decisoria, riverbera i suoi effetti sul piano della rappresentanza, determinando di fatto un difetto di potere rappresentativo. Così interpretate, non parleremmo più di eccesso di limiti da parte del rappresentante, ma di sostanziale mancanza di potere dello stesso.

³²⁸ E' evidente come sostenere che debba presumersi l'efficace esercizio del potere rappresentativo, del tutto svincolato da quella che è la volontà dell'ente stesso, incrina lo stesso concetto di immedesimazione. La volontà di cui l'amministratore dotato di potere rappresentativo deve farsi portatore è quella che si forma sulla base dell'*iter* disciplinato dalle norme statutarie sulla gestione. E quindi di regola, la volontà dell'ente nasce con la delibera. Fino a che manca la delibera, manca la volontà e il rappresentante che compie un atto non deliberato, di fatto, opera eccedendo i poteri di rappresentanza. Di fatto deve quindi ritenersi che sì il rispetto della delibera valida costituisca limite (semmai sarà da discutersi se negoziale o legale) all'esercizio del potere rappresentativo. Peraltro, ricorrendo ai principi generali dell'art. 1398 c.c., il contratto concluso dal rappresentante al di fuori dei poteri conferitegli non è efficace nei confronti del terzo.

Principi analoghi sono stati espressi anche dalla Suprema Corte³²⁹ laddove ha chiarito che l'essere una persona fisica "organo" di un ente, non le consente di agire in nome di questo, producendo immediatamente effetti nella sua sfera giuridica, se non entro i confini del potere che le è stato attribuito, e che in mancanza di quei presupposti il potere di rappresentanza non può essere efficacemente esercitato, mancandone il fondamento stesso: mentre la rappresentanza volontaria "comune" può avere carattere generale, dovendone restare esclusi solo gli atti relativi ai cd. rapporti personalissimi, quella "organica" ha natura necessariamente funzionale, sicché il suo ambito di possibile esplicazione resta necessariamente contenuto nei limiti dei poteri che la fondano e in cui si esaurisce (salvo espressa diversa previsione come nel 2384 c.c.).

Quindi il disposto dell'art. 1388 c.c., che attribuisce "*direttamente effetto nei confronti del rappresentato*" al contratto concluso in suo nome dal rappresentante, ma soltanto se costui si è mantenuto "*nei limiti delle facoltà conferitegli*", non può non valere anche nel caso della rappresentanza "organica", poiché è nell'essenza dell'uno come dell'altro istituto che un soggetto debba risentire nella propria sfera giuridica le conseguenze dall'operato altrui, esclusivamente nei limiti in cui lo abbia consentito.

Qualora dunque si aderisse all'impostazione che vede il limite in questione come limite al potere gestorio, la mancata previa delibera comunque rileverebbe ai fini che ci interessano ai sensi dell'art. 1398 c.c., posto che "l'atto posto in essere dall'organo della persona giuridica è imputabile a quest'ultima solo se ed in quanto rientri nell'ambito dei poteri e delle competenze spettanti all'organo medesimo"³³⁰.

La carenza di delibera si tradurrebbe in difetto di potere gestorio:

³²⁹ Cass. Civ. 7.06.2000 n. 7724, cit., p. 462 con commento di TRIMARCHI, i cui contenuti si riprendono nella trattazione.

³³⁰ *Ibidem*, nonché Cass. Civ., 23.01.1978, n. 292 in *CED Cassazione*, 1978.

mancherebbe per la precisione la volontà dell'ente, che solo in questo ambito, si tradurrebbe in un difetto di attribuzione di potere, e il rappresentante che agisse ugualmente lo farebbe senza averne il potere, che come si è detto non può prescindere dalla funzione cui l'organo è sotteso.

In tal caso, quindi, si ripete, dovrebbe farsi applicazione dell'art. 1398 c.c. e concludere per l'inefficacia esterna dell'atto a prescindere dall'applicazione dell'art. 19 c.c. che individua limitazioni proprie del potere rappresentativo.

Peraltro, oltre alle sentenze sopra richiamate, merita attenzione anche un'ulteriore pronuncia³³¹ la quale ha applicato il principio ora espresso in materia, però, di società di capitali. La sentenza di cui trattasi è senz'altro da censurare (e per questo è rimasta pressoché isolata) nella parte in cui fa applicazione del ragionamento ora svolto nei confronti di un amministratore di società per azioni, dimenticando evidentemente il principio di cui al primo comma dell'art. 2384 c.c.; rimane tuttavia interessante e condivisibile il principio che essa esprime e che, proprio in casi in cui non debba valere l'assunto della "generalità" del potere di rappresentanza nei termini in cui invece vale per le s.p.a., può essere applicato agli enti del Libro Primo. Precisamente, la Suprema Corte, con pronuncia 6468/2005 ha affermato che *"quando l'attività di gestione di una società dotata di personalità giuridica è affidata ad un consiglio di amministrazione si verifica (a differenza del caso di amministratore unico) una separazione del potere deliberativo, diretto a formare la volontà dell'ente, da quello di rappresentanza esterna, in quanto il primo appartiene al consiglio di amministrazione mentre il secondo spetta al presidente o all'amministratore cui esso sia stato espressamente conferito. Pertanto il contratto concluso dal presidente senza la ratifica del consiglio di*

³³¹ Ci si riferisce alla sentenza Cass. Civ. 25.03.2005, n. 6468, in *Pluris*.

amministrazione, essendo stipulato da un rappresentante senza poteri, è inefficace per la società". La stessa ha altresì ritenuto che il contratto stipulato dal rappresentante in difetto dell'atto deliberativo dell'organo competente è inefficace e il terzo contraente non ha titolo per esercitare nei confronti di quest'ultimo l'azione di inadempimento, che presuppone l'esistenza di un contratto valido ed efficace tra le parti – ne può chiedere il pagamento di una penale, che si ricollega ad una responsabilità prettamente contrattuale, ma può solo invocare responsabilità del *falsus procurator per culpa in contraendo* ex art. 1398 c.c.³³².

Riportando quindi il principio nell'ambito che gli è più congeniale, ovvero quello degli enti del Libro Primo, ed intendendosi la problematica in esame come limitazione al potere gestorio, ne consegue, secondo questa impostazione, che non deve giammai farsi applicazione dell'art. 19 c.c.

Da ciò, peraltro, dovrebbe potersi trarre un'ulteriore conseguenza, ovvero quella per cui una tale prospettazione consentirebbe di ritenerne opponibile il vizio *de quo* a prescindere dall'iscrizione. La buona fede del terzo (*rectius*, la mancanza di colpa), ai sensi dell'art. 1398 c.c., infatti, non rileva al fine di rendere efficace o meno il contratto allo stesso, ma è determinante solo per determinare il suo diritto ad esser tenuto indenne dal rappresentante senza poteri. Il contratto quindi sarebbe sempre e comunque inefficace verso il terzo anche incolpevole e in buona fede, e quindi anche in difetto di iscrizione del limite.

Alla rigidità del sistema così prospettato, già si rileva, dovrà trovarsi contemperamento nei principi di tutela dell'affidamento propri dell'istituto della rappresentanza apparente³³³.

2.10 segue: La teoria dell'irrilevanza esterna sul presupposto del

³³² Cfr. Cass. Civ., 29.08.1995, n. 9061, in *Mass. Giur. It.*, 1995.

³³³ Cfr. sul punto successivo, *infra*, capitolo quinto.

modello legale della dissociazione. Critica.

A conclusione totalmente difformi, e a parere di chi scrive non del tutto condivisibili, giunge una diversa dottrina, la quale capovolge completamente le premesse generalmente accolte per poter concludere per la totale inopponibilità ai terzi dei vizi nel procedimento formativo della volontà sociale.

Il principale sostenitore di questa teoria, pur presa coscienza del fatto che le norme vevoli per le società di capitali costituiscono una disciplina affatto diversa rispetto a quanto previsto per le società di persone e per gli enti di cui al Libro Primo, afferma che la questione della irrilevanza esterna del limite derivante dalla dissociazione dei poteri debba esser risolta allo stesso modo per tutte le organizzazioni metaindividuali. Per dimostrare l'irrilevanza esterna della dissociazione tra potere rappresentativo e potere gestorio, l'Autore si avvale di un'impostazione che muove con lo scardinare l'assunto di base, ovvero la qualificazione della scissione dei poteri in termini di limitazione al potere degli amministratori.

Ci si riferisce qui all'originale studio svolto da Ragusa³³⁴, il quale muove dall'assunto che la "regola" valevole per tutte le persone giuridiche (e comunque organizzazioni collettive, anche prive di personalità) sia non la concentrazione del potere gestorio e del potere rappresentativo in capo agli amministratori, ma al contrario, la dissociazione dei poteri medesimi. Il normale atteggiarsi della struttura organizzativa degli enti collettivi si sostanzierebbe per l'appunto in una scissione tra la titolarità del potere deliberativo e le modalità di esercizio della fase gestoria e la titolarità del diverso potere rappresentativo e le modalità di esercizio di quella di

³³⁴ RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit.

esternazione della volontà collettiva.

Una tale dissociazione, pertanto, costituendo la regola, non potrebbe giammai definirsi in termini di limitazione al potere di rappresentanza (né statutario né legale), ma finirebbe per rappresentare lo schema presuntivo del rapporto tra i relativi poteri. In forza di tale presunzione il rappresentante statutario sarebbe legittimato ad impegnare l'organizzazione collettiva in via autonoma, anche in assenza di alcun provvedimento cui sia ascrivibile il ruolo di manifestazione di volontà dell'ente³³⁵, e specularmente il terzo che contrae con un rappresentante sarebbe tenuto a presumere come regola, e non come limite, la dissociazione.

Se così fosse, dalla mera discrepanza tra il numero di soci amministratori e quello degli amministratori dotati di potere di rappresentanza, egli non sarebbe tenuto a trarre alcuna considerazione in ordine ai limiti del potere dei secondi, posto che già dovrebbe poter presumere che il potere di rappresentare è autonomo rispetto ad ogni potere decisorio. Il terzo contraente non dovrebbe, quindi, più ritenersi gravato dall'onere di accertare l'esistenza di un *quid* che legittimi il potere di rappresentare e pertanto dovrebbe dirsi esautorato dal verificare non solo la annullabilità ma anche la nullità radicale e soprattutto l'esistenza di una delibera consiliare: insistenza ed invalidità di deliberazioni attinenti al momento gestorio non gli sarebbero mai opponibili.

Muovendo da un siffatto assunto, l'autore giunge ad affermare che, se la dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo non è limite della rappresentanza (soggetto alla disciplina dell'art. 19 c.c.), *a contrario* lo è la situazione inversa della concentrazione: è questa che, in mancanza di apposita iscrizione (o, dovrebbe dirsi, anche in mancanza di espressa

³³⁵ RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., p. 14.

previsione normativa, quale quella che potrebbe ravvedersi nell' art. 2420 ter c.c.), non può essere opposta al terzo. In altri termini è l' assunto per il quale le regole che disciplinino la fase deliberativa debbano ripercuotersi sulla fase rappresentativa a costituire la limitazione: in conseguenza di ciò al terzo mai potrà opporsi la carenza di una delibera o l' invalidità della stessa, quale presupposto per il valido esercizio del potere rappresentativo, a meno che non sia espressamente indicata nell'atto costitutivo una clausola di tal genere.

Non sarà quindi possibile affermare che nel silenzio dell'atto costitutivo (in assenza di apposita clausola) il regime organizzativo legale è costituito dalla concentrazione dei poteri (e la clausola che attribuisce la rappresentanza a tutti gli amministratori, senza specificare nulla sulla modalità di esercizio di questo potere, non sarebbe ancora una clausola di concentrazione). La semplice attribuzione della rappresentanza ad un numero di amministratori inferiore a quello complessivo, o per converso la semplice previsione della coincidenza numerica, non incidono sulla individuazione dei limiti alla rappresentanza. Da ciò l' autore trae la conclusione che, in mancanza di clausola statutaria espressa che sancisca la concentrazione e che imponga per l' esercizio della rappresentanza modalità identiche a quelle dell' amministrazione, avremo solo una previsione destinata a spiegare i suoi effetti sul piano organizzatorio interno³³⁶: sarà il terzo che potrà opporre a proprio vantaggio la dissociazione, ovvero sostenere il legittimo ed efficace esercizio del potere rappresentativo da parte dell' amministratore-rappresentante e l' efficacia/validità dell'atto dallo stesso compiuto a prescindere dalla valida esistenza di una delibera a monte, per quanto richiesta per la fase deliberativa. Se non c'è alcuna indicazione scritta in merito al contenuto e

³³⁶ RAGUSA, *Vizi del processo decisionario nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., p. 185.

alle modalità del potere rappresentativo, ma solo in merito all'esercizio del potere gestorio, il terzo è autorizzato, sulla base nel principio della dissociazione presunta, a contrattare con l'ente senza preoccuparsi di verificare il corretto svolgersi della fase deliberativa.

La mera indicazione nello statuto delle regole volte a disciplinare le modalità di amministrazione non avrebbe alcun rilievo ai fini in esame, perché non costituirebbe clausola volta a invertire la presunzione di dissociazione e di irrilevanza della medesima all'esterno.

Riassumendo: ritenendo che il vero limite al potere rappresentativo sia dato dalla concentrazione dei poteri in capo agli amministratori (intendendosi, si ripeta, per concentrazione il caso in cui la rappresentanza sia attribuita a tutti gli amministratori, i quali sarebbero tenuti a esercitarla nelle medesime forme previste per la fase deliberativa), questa potrà spiegare i suoi effetti nei rapporti con i terzi soltanto se originata da una clausola espressa: entrambi i presupposti indicati nell'art. 19 c.c. per l'opponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza (e quindi, in alternativa, l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, o la prova della conoscenza in capo a terzi) sono concepibili solo in relazione a limitazioni risultanti da clausole espresse.

Per le persone giuridiche del Libro Primo, nel silenzio dell'atto costitutivo, il nostro ordinamento presupporrebbe quindi la dissociazione, e, di più, l'irrilevanza esterna della stessa. Come solo una previsione statutaria potrebbe dar vita alla concentrazione, parallelamente, essendone un riflesso, solo la volontà statutaria potrebbe attribuire rilievo reale esterno al processo decisorio³³⁷. Conseguentemente, l'invalidità o la stessa mancanza materiale di delibera non pregiudicherebbero in alcun modo i diritti acquistati dai terzi: i vizi del processo decisorio potrebbero arrecare

³³⁷ RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., p. 161.

loro un pregiudizio solo in presenza di una clausola statutaria che, ai fini dell'efficacia dell'atto, richiedesse espressamente una delibera assembleare o consiliare.

Al di fuori di questa circoscritta ipotesi, la legge escluderebbe il pregiudizio.

A questa tesi è stato attentamente contestato di non esser in grado di dare compiuta spiegazione alle due norme che in materia di persone giuridiche del Libro Primo si occupano della rilevanza esterna dei vizi del processo decisorio (gli ormai noti artt. 23 e 25 c.c.). Ed infatti, se sempre si deve negare come regola generale rilevanza esterna ai vizi formativi la volontà dell'ente, le norme in questione resterebbero svuotate di significato ed utilità pratica³³⁸.

La risposta che il Ragusa offre a tale contestazione sfrutta un'interpretazione diversa dei menzionati artt. 23 e 25 c.c.

Lungi dall'utilizzare queste due norme come disposizioni da estendere in via analogica a tutte le ipotesi di dissociazione, al contrario, l'Autore le ritiene norme particolari da applicarsi proprio nei casi in cui vi sia una previsione statutaria della rilevanza esterna della dissociazione. In tali casi, il terzo che si vedrebbe travolto dalle azioni volte a far valere l'invalidità (ancor prima che l'inefficacia dell'atto compiuto dall'amministratore), potrà opporre le tutele derivanti dagli articoli in commento, i quali diverrebbero per l'effetto uno strumento aggiuntivo nelle ipotesi in cui la regola generale dell'irrilevanza esterna fosse derogata dalla previsione statutaria opposta.

Riprendendo le parole di Ragusa, egli sostiene, che è certamente vero che queste disposizioni tutelano i terzi di buona fede che abbiano acquistato diritti in base ad atti compiuti da amministratori aventi la rappresentanza

³³⁸ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., 164 s.

sociale in casi in cui il potere di deliberazione apparteneva però all'assemblea o al consiglio, e cioè in casi di dissociazione. Ma non sarebbe vero che le norme in esame si riferiscono generalmente a tutte le ipotesi dissociazioni: esse svolgerebbero il ruolo di evitare che i terzi di buona fede siano pregiudicati dall'annullamento della delibera, ma è chiaro che questa esigenza si porrebbe in quanto un pregiudizio fosse possibile, e cioè solo in quanto una clausola statutaria - o un'apposita norma - attribuisse rilevanza esterna alla dissociazione.

La stessa esigenza non si porrebbe invece naturalmente in tutte le ipotesi (che poi sono la normalità dei casi) in cui il processo decisorio fosse irrilevante esternamente, e dunque nel silenzio degli statuti: in questi casi l'esistenza della deliberazione sarebbe indifferente per i terzi, così come potrebbe essere invalida o mancare senza conseguenze per il loro acquisto. In questi casi quindi non troverebbe applicazione gli artt. 23 e 25 c.c.

Ora, a prescindere dal ruolo che verrebbe riservato agli artt. 23 e 25 c.c., non si ritiene di poter concordare con l'interpretazione offerta dal Ragusa, per quanto poi correttamente e logicamente sviluppata, posto che non convince l'inversione di prospettiva sulla quale si fonda.

Aderendo, come già enunciato, alla posizione della dottrina maggioritaria³³⁹, la dissociazione che si crea con l'attribuzione della rappresentanza ad uno o ad alcuni soltanto dei membri del consiglio non deriva dalla legge, ma costituisce una scelta organizzativa che, seppur comune e la più utilizzata nella prassi, rimane espressione del potere organizzativo degli associati e come tale deve farsi rientrare "tra le limitazioni che risultano dall'atto costitutivo o dallo statuto" e per

³³⁹ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit, p. 165.

l'effetto del quale non può negarsi l'applicazione dell'art. 19 c.c. o delle corrispondenti norme relative alle società.

La presunzione di legge deve quindi riposare nella concentrazione tra i poteri, e per l'effetto di ciò, ogni forma di dissociazione derivante in maniera diretta, o indiretta, dallo statuto o da altro atto pattizio deve esser qualificata in termini di limitazione al potere dell'amministratore.

In tale senso si esprimono altresì altri autori per cui la circostanza che il modello legale (il "tipo" afferente alla generale disciplina degli enti) prevede una generica coincidenza tra amministrazione e rappresentanza nel senso che il potere di rappresentanza si concentra, nel silenzio di disposizioni pattizie, in chi ha l'amministrazione, e posto che l'amministrazione si estende quanto l'oggetto sociale, è sillogistico sostenere (a ragione) che di norma la rappresentanza abbia riguardo ad ogni atto che concerna l'oggetto sociale³⁴⁰ ed ogni vincolo imposto ai rappresentanti di rispetto di procedure interne va qualificato in termini di limite.

2.11. Conclusioni

Respinte le teorie che negano la natura di limite alla dissociazione tra poteri e rendono per loro natura sempre inopponibili ai terzi la carenza di delibere consiliari, ove previste dallo statuto; rifiutate altresì le tesi che ritengono assolutamente applicabili agli enti del Libro Primo le regole ed i principi oggi applicati con riguardo alla medesima fattispecie alle società di capitali; rivendicata la piena autonomia della specifica disciplina degli artt. 11 e ss. c.c. e semmai la facoltà di integrazione ove necessaria per il

³⁴⁰ Cfr. per tutti DI SABATO, *La società semplice*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Rescigno vol. XVI, Torino, 1985, p. 86 ed ampia rassegna bibliografica ivi riportata; FERRI, *Delle Società*, op. cit., p. 174.

tramite delle norme relative alla rappresentanza volontaria e non altre; si ritiene che, ad oggi, il terzo che entra in contatto con una formazione organizzata non lucrativa, diversa dalle società di capitali, qualora non sia particolarmente accorto, si debba trovare esposto al rischio di vedersi opporre, vittoriosamente, l'inefficacia³⁴¹ del suo acquisto a ragione di qualche vizio nel processo di formazione della volontà dell'ente (inteso quale sostanziale carenza di delibera).

Il terzo che volesse evitare di correre rischi non potrà limitarsi ad accertare la qualità di rappresentante statutario nella persona o nelle persone con le quali contratta, ma dovrà altresì assicurarsi che a costui o a costoro facciano capo non solo i poteri rappresentativi, ma anche quelli decisori, e che questi poteri si presentino concentrati e non dissociati (ovvero che la regola presuntiva sia nei termini di una sovrapposizione tra poteri di rappresentanza e poteri di gestione, diversamente da quanto oggi accade nelle società di capitali)³⁴².

Se così non fosse, il terzo allora dovrà pretendere una delibera di autorizzazione dell'organo competente. Se non lo facesse e comunque contrattasse con il rappresentante, si esporrebbe a sue spese - salvo

³⁴¹ Ovvero addirittura secondo la prospettazione originaria del MINERVINI, *Gi amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 120 ss., l'invalidità.

³⁴² Fino al 1969 la sostanziale identità di formulazione degli artt. 19, 2266, 2298 e 2384 c.c. consentiva di operare considerazioni assolutamente comuni per tutte le tipologie di formazioni organizzate. Dal 1960 in avanti, per effetto delle innovazioni introdotte con il d.p.r. 29 dicembre 1969 n. 1127, sino ad oggi, con le ulteriori modifiche di cui si è detto operate dal D. Lgs. 06/2003, la dottrina e la giurisprudenza hanno ricostruito la disciplina delle società di capitali in termini nuovi, separando così o destini di queste rispetto a quelli delle altre formazioni organizzate. Per le formazioni diverse per lungo tempo si è continuata a dire prevalente l'idea della presunzione legale di concentrazione dei poteri di rappresentanza e di deliberazione e della rilevanza esterna della dissociazione.

quanto si dirà al capitolo quinto - al rischio suddetto di vedersi opporre il difetto del potere rappresentativo in capo al rappresentante per difetto della previa delibera, con conseguenza inefficacia nei confronti della persona giuridica dell'atto compiuto³⁴³.

Se il difetto di delibera, laddove pubblicizzato, dovrà quindi pacificamente condurre all'opponibilità dell'atto al terzo contraente (salvi gli effetti dell'applicazione dei principi di cui alla rappresentanza apparente), non uguale conclusione dovrebbe trarsi con riguardo all'ipotesi di annullabilità della delibera, avendo sul punto il legislatore introdotto norme volte a mitigare le conseguenze di tale vizio, in ossequio ad un principio di maggiore tutela per il terzo rispetto a situazioni per le quali gli oneri dirigenziali sarebbero eccessivi.

Alla luce di quanto sopra argomentato, peraltro, rimane degna di considerazione, anche in seno alla scienza che si occupa degli enti del Libro Primo (non potendosi dire risolta in dottrina la relativa questione), quella possibile configurazione della fattispecie che consiste nel vedere limitato non il potere di rappresentanza ma solo quello di amministrazione, con effetti che quindi dovrebbero dirsi ricadere direttamente (senza la mediazione dell'art. 19 c.c.) nell'istituto del *falsus procurator*, ogni volta in cui il rappresentante agisca senza una delibera autorizzativa, non sussistendo con riguardo agli enti non lucrativi una disposizione di legge che definisce "generale" ed autonomo il potere dell'organo agente, e non discutendosi più di eccesso di potere ma di vero difetto di potere con riguardo a quell'atto esulante dalle funzioni per cui il generico potere è concesso.

Al terzo, se si volesse seguire questa diversa chiave di lettura, resterà la

³⁴³ RAGUSA, *Vizi del processo decisionale nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., p. 1.

possibilità di agire in via risarcitoria nei confronti del *falsus procurator* per esser stato indotto a confidare senza sua colpa nell'efficacia del contratto, ovvero invocare, laddove ve ne siano i presupposti, i principi di cui alla rappresentanza apparente.

3. I limiti legali al potere di rappresentanza.

Altra ipotesi su cui si sono a lungo confrontate dottrina e giurisprudenza attiene alla rilevanza esterna dei limiti legali al potere di rappresentanza.

Si è detto che con riguardo alla questione sopra affrontata, parte della giurisprudenza e dottrina³⁴⁴ ha ritenuto di escludere il limite derivante dalla dissociazione dei poteri dall'ambito di applicazione dell'art. 2384 c.c. in materia di società (ovvero dell'art. 19 c.c. in materia di enti non lucrativi) invocando la circostanza che il limite in questione sarebbe un limite legale e non statutario.

Occorre a questo punto spendere alcune parole sulla questione: deve davvero dirsi pacifico il fatto che la disciplina riguardante i limiti del potere rappresentativo riguardi i soli limiti convenzionali dello stesso o piuttosto deve ritenersi che essa concerna anche i limiti cd. legali?

Muoviamo, come da linea conduttrice di questo lavoro, dalle considerazioni che la dottrina ha svolto in materia di società di capitali³⁴⁵.

Sul punto, rilievo determinante ha avuto senza dubbio la riforma societaria. Ed infatti il novellato art. 2384 c.c. ha ommesso il richiamo

³⁴⁴ Cfr. a titolo esemplificativo, Cass. Civ. 16.09.1986 n. 5623 in *Giur. Comm.* 1988, II, p. 99 con nota di PERASSI.

³⁴⁵ Tra i più recenti autori che si son occupati della questioni, cfr. MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 191 ss; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 82; MOSCO, *Commento sub art. 1384*, in *Comentario Niccolini - Stagno d'Alcontres*, op. cit., p. 612.

contenuto nella versione originaria “*alle limitazioni al potere di rappresentanza che derivano dalla legge*”.

Mentre infatti l'abrogato primo comma dell'articolo in parola prevedeva che gli amministratori avessero il potere di compiere tutti gli atti che fossero rientrati nell'oggetto sociale fatte salve le limitazioni indicate dalla legge e dall'atto costitutivo, il primo comma dell'attuale art. 2384 c.c., invece, si limita - come detto - a definire come “generale” il potere degli amministratori, senza aggiungere null'altro. Peraltro, mentre le limitazione derivanti dall'atto costitutivo sono trasmigrate dal primo comma al secondo (ma ancora sono menzionate, ed anzi estese a quelle derivanti dall'atto di delega), quelle derivanti dalla legge non sono invece assolutamente più considerate³⁴⁶.

Il mancato riferimento limiti legali della rappresentanza ha indotto taluni autori³⁴⁷ a ritenere che tutti i limiti legali siano venuti meno e che, a seguito della riforma, le società non possano più opporre ai terzi le limitazioni ai poteri di rappresentanza degli amministratori che derivano direttamente dalla legge.

Ma per chiarire la questione, appare preliminarmente utile delineare quali siano stati i diversi limiti individuati dalla dottrina nel periodo che ha preceduto la riforma.

A mero titolo esemplificativo, e con riferimento alle società per azioni, si possono richiamare i limiti previsti dall'art. 2343 bis c.c. relativo agli acquisti dei promotori, fondatori, soci e amministratori, quelli di cui all'art. 2357 c.c. circa l'acquisto di azioni proprie, i limiti di cui all'art. 2358 c.c. in relazione alle garanzie ed ai prestiti concessi per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie, quelli dell'art. 2360 c.c. sulla

³⁴⁶ Cfr. sul punto MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 191 ss.

³⁴⁷ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 82; MOSCO, *Commento sub art. 1384*, op. cit., p. 612.

sottoscrizione di azioni reciproche, le limitazioni degli art. 2391 comma 3 e 1394 e 1395 c.c. sul conflitto di interessi degli amministratori (disposizioni, almeno queste, valevoli per tutti gli enti collettivi e per questo oggetto del paragrafo successivo, anche se sulla stessa configurabilità degli stessi quali limiti del potere di rappresentanza è dato dissentire), l'art. 2393 c.c. in merito alla necessaria delibera dell'assemblea per la rinuncia e la transazione dell'azione di responsabilità³⁴⁸, nonché, con riguardo agli enti del Libro Primo, l'art. 29 c.c., sul divieto di nuove operazioni dopo la delibera o il provvedimento di scioglimento ovvero dopo la comunicazione di quello di estinzione.

E' evidente, innanzi a tale breve lista, come i predetti limiti non siano sussumibili sotto un'unica categoria e schema ma abbiano fondamento e funzioni estremamente variegate tra loro; in ragione di tale considerazione dovrebbe ritenersi difficile che il mancato richiamo da parte del legislatore ai limiti derivanti dalla legge possa comportare automaticamente l'irrilevanza di ogni caso di questi stessi.

Ciononostante la tesi della sopravvenuta irrilevanza esterna dei limiti legali è stata sostenuta da illustre dottrina la quale individua essenzialmente tre ragioni che dovrebbero condurre a tale risultato³⁴⁹.

In principalità l'autore sostiene che le limitazioni legali costituirebbero, piuttosto che limiti al potere di rappresentanza, limiti al potere di gestione, i quali, si è detto, in virtù del novellato art. 2384 c.c., non arriverebbero ad incidere sul potere di rappresentanza che invece resterebbe nelle società per azioni generale. Peraltro come si è già rilevato, la disposizione in commento oggi esclude l'opponibilità di qualunque

³⁴⁸ In generale sul tema dei limiti legali al potere di rappresentanza si veda anche CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 170 ss.

³⁴⁹ BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 118 ss.

limite a qualunque potere degli amministratori, quindi la tesi in parola troverebbe in tal senso maggior conforto (ciò però limitatamente alle società per azioni e non invece agli altri enti organizzati, per le ragioni già dedotte).

Altra ragione viene individuata nella esistenza di talune norme, come quella dell'art. 2486, 2° co., c.c.³⁵⁰ che, pur prevedendo dei limiti al potere di rappresentanza degli amministratori, dispongono comunque che gli atti compiuti in violazione degli stessi siano fatti salvi. Da ciò dovrebbe trarsene un principio generale.

Terzo e ultimo motivo viene individuato nella circostanza che l'attuale secondo comma dell'art. 2384 c.c. dovrebbe comunque trovare applicazione massima anche in ipotesi di limitazioni legali, sia per la genericità ed onnicomprensività dell'espressione normativa utilizzata (già si è evidenziato che il novellato art. 2384, 2° co., c.c. non precisa di riferirsi a soli limiti pattizi al potere rappresentativo, ma a qualsivoglia limite, sancendo per tutti l'inopponibilità ai terzi), sia perché permarrebbe, esattamente come nel caso di limiti statutari, quella esigenza di tutelare i terzi e quindi dovrebbe trovare applicazione la stessa disciplina.

Tali tre giustificazioni non sembrano però idonee, secondo altra dottrina³⁵¹ (e anche a parere di chi scrive), a far ritenere che l'art. 2384 c.c. necessariamente escluda che altre disposizioni di legge possano limitare, con rilevanza esterna, il potere di rappresentanza.

³⁵⁰ Sancisce l'articolo che “[1] Al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'articolo 2487-bis, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. [2] Gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma”.

³⁵¹ Ci si riferisce a quanto sostenuto da MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 192.

Ed infatti, i sostenitori della tesi di cui sopra non riescono a dare compiuta spiegazione sul perché le limitazioni al potere di rappresentare le società dovrebbero necessariamente trovare un'ulteriore conferma nel 2384 c.c., ovvero, nell'art. 19 c.c.

Con riguardo al primo punto si è infatti rilevato che non vi è una disposizione di legge che impedisca al legislatore di prevedere dei limiti che incidano oltre che sul potere di gestione, anche direttamente sul potere generale di rappresentanza³⁵². Peraltro, con riguardo agli enti del Libro Primo l'avversa prospettazione non avrebbe pregio posto che, si è detto, il configurare un limite quale limitazione al potere gestorio avrebbe negli enti del Libro Primo sì effetti in tema di rappresentanza, ritenendo che la violazione dell'*iter* deliberativo possa giungere a determinare un vizio stesso nel conferimento del potere rappresentativo, non riscontrandosi qui alcuna disposizione che attribuisca un potere assolutamente generale, ma rimanendo lo stesso funzionale e connesso alla natura organica del rapporto³⁵³.

Per quanto attiene al secondo punto, invece, si è osservato che per quanto possa ammettersi una tendenza, in determinate ipotesi, volta a fare salvi gli atti compiuti dagli amministratori in violazione dei propri doveri, non è specularmente escluso che in altre ipotesi si sia ritenuto preferibile sancire un'opponibilità incondizionata ai terzi dei limiti legalmente individuabili.

Terza e ultima critica, riferita appunto all'ultimo argomento sopra proposto, concerne il fatto che se è indiscutibile il principio per cui nella maggior parte dei casi il legislatore ha inteso tutelare i terzi in maniera globale, altrettanto indiscutibile deve dirsi la circostanza che in altri casi lo stesso legislatore ha ritenuto più opportuno salvaguardare non tanto gli

³⁵² BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 83.

³⁵³ Si richiama sul punto quanto dedotto in questo stesso capitolo, paragrafo 2.9.

interessi di detti terzi quanto, al contrario, l'interesse della società a non vedersi vincolata da atti compiuti dai propri amministratori in violazione di un disposto legislativo.

In altri termini non appare sufficientemente giustificato il convincimento per cui il legislatore avrebbe, in maniera implicita, inteso eliminare in un colpo solo tutte le limitazioni legali al potere di rappresentanza degli amministratori.

Il profilo più problematico sotteso al mancato riferimento alle limitazioni imposte dalla legge “non è quindi costituito dal fatto che le limitazioni al potere di gestione non hanno ripercussioni sul potere generale di rappresentanza di cui sono titolari gli amministratori”³⁵⁴, ma è invece rappresentato dalla necessità di procedere all'individuazione di quali siano le ipotesi in cui il legislatore ha inteso porre un limite non solo al potere di gestione ma direttamente a quello di rappresentanza.

Non sarebbe allora corretto cercare di individuare un unico regime per tutti i casi in cui la legge impone agli amministratori un divieto per il compimento di un determinato atto, ma, al contrario, si renderebbe necessario procedere caso per caso ad individuare quelle ipotesi per cui i limiti imposti ai poteri degli amministratori dalla legge possono avere effettive ripercussioni sul potere rappresentativo³⁵⁵. E secondo questa dottrina quindi, in alcuni casi è lo stesso legislatore a dare un'indicazione utile per risolvere la questione (si pensi, a titolo esemplificativo, alla Relazione al D. Lgs. 6/2003, la quale espressamente sostiene che l'art. 1394 c.c. debba trovare applicazione), in altri casi sarà invece più difficile dare una soluzione certa e si dovrà procedere esaminando ogni singola ipotesi valutando di volta in volta gli interessi in gioco.

³⁵⁴ Così MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 193.

³⁵⁵ Già in epoca anteriore alla riforma: ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, Milano, 1975, p. 117, nota 14.

Questa sarebbe, quindi, l'unica conseguenza derivante dall'abrogazione da parte del legislatore del riferimento espresso ai limiti derivanti dalla legge al potere di rappresentanza, non rendendosi invece necessario uno specifico riconoscimento nel testo dell'art. 2384 c.c. perché essi possano operare.

Se un tanto dunque vale con riguardo alle società per azioni e se dunque deve ritenersi che il limite legale eventualmente riconosciuto può talvolta esser opposto ai terzi perché non rientrante nella disciplina dell'art. 2384 c.c., ugualmente deve concludersi con riferimento alle persone giuridiche del Libro Primo: la violazione da parte dell'amministratore di un limite legale al suo potere esula dall'ambito di operatività dello specifico art. 19 c.c., per esser regolato o dalla stessa norma che impone il limite (come fa l'art. 29 c.c. che dichiara inefficace l'atto nei confronti dell'ente ma attribuisce una "responsabilità" personale in capo all'amministratore)³⁵⁶ o

³⁵⁶ Precisamente, con riferimento all'art. 29 c.c., GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 420 s., rileva che non si palerebbe qui di limite al potere rappresentativo: il verificarsi di una causa di estinzione non agirebbe sui poteri di rappresentanza degli amministratori, facendo di costoro, rispetto alle nuove operazioni, dei *falsi procuratores*. In altri termini, autorevole dottrina ritiene che il divieto degli amministratori di nuove operazioni sia la proiezione di una preclusione propria della persona giuridica di cui essi son organi; non configurerebbe un difetto di rappresentanza, operante nella sfera dell'art. 1398 c.c., ma un difetto di legittimazione dell'ente. Gli atti compiuti in violazione del divieto, quindi, non vincolano l'ente nemmeno se il terzo avesse ignorato senza sua colpa l'avvenuto verificarsi della causa estintiva, né sarebbe possibile alcuna forma di ratifica. La responsabilità personale e solidale grava esclusivamente sugli amministratori nei confronti dei terzi, mentre nessuna responsabilità verso i medesimi ha la persona giuridica, che difetta di legittimazione al riguardo. Così, anche , TAMBURRINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, op. cit., p. 392; GE GIORGI, *Persone giuridiche e enti no profit*, in *Le fonti e i soggetti*, GE GIORGI, *Persone giuridiche e enti no profit*, in *Le fonti e i soggetti*, Vol.1, Tomo. 1, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, Milano, 2009, p. 451.

dalle norme generali sulla rappresentanza, imponendo l'applicazione dell'art. 1398 c.c.

4. Il conflitto di interessi.

4.1. Premesse.

Tralasciando le varie ipotesi sopra velocemente enunciate di limitazioni legali al potere di rappresentanza imposte dalla legge nell'ambito delle società per azioni, in questa sede vale invece la pena interrogarsi sulla problematica relativa al conflitto d'interessi, posto che la stessa viene in rilievo sia nell'ambito societario, ma altresì può riscontrarsi con riguardo all'agire degli amministratori delle persone giuridiche non a scopo di lucro.

Innanzitutto, per definire quando concretamente ci si trovi innanzi ad un conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, suscettibile di invalidare, secondo le regole generali, il contratto concluso dal primo, la giurisprudenza ha più volte affermato come non sia sufficiente che il rappresentante persegua interessi propri o di terzi, ma è necessario che detti interessi siano sostanzialmente incompatibili con quelli del rappresentato. Detta incompatibilità poi va dimostrata non in modo astratto o ipotetico, ma con riferimento al singolo atto o negozio che, per le sue intrinseche caratteristiche, consenta la creazione dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro, di talché all'utilità conseguita o conseguibile dal rappresentante per se medesimo o per un terzo, segua o possa seguire il danno del rappresentato³⁵⁷.

³⁵⁷ Cass. Civ., 08.11.2007 n. 23300 in Mass. Giur. It., 2007, e 30.05.2008 n. 14481, in Mass. Giur. It., 2008, la quale ultima non aveva ravvisato l'esistenza, in concreto, di

Come consueto muoviamo dall'analisi della fattispecie con riferimento alle società.

Nel codice civile il primo richiamo che si rinviene al conflitto di interessi è costituito dall'art. 1394 c.c., il quale, inserito nel libro IV, Titolo II, Capi IV, *Delle rappresentanza*, statuisce che *“Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo”*.

Nelle società per azioni la principale problematica, assai dibattuta, attiene essenzialmente alla coesistenza di una norma speciale (l'art. 2391 c.c.), la quale potenzialmente apparirebbe idonea ad assorbire l'intera disciplina, rendendo di fatto inoperante l'art. 1394 c.c. ed imponendo interrogativi circa la disciplina per le altre collettività prive di una norma specifica.

L'art. 2391 c.c. sancisce essenzialmente, nella parte che più qui ci interessa, l'annullabilità della deliberazione del consiglio presa con il voto determinante dell'amministratore che doveva astenersi perché portatore di un interesse personale³⁵⁸.

un conflitto d'interessi in un caso di fideiussione semplicemente concessa da una società di capitali a un imprenditore privato, socio della società e coniuge dell'amministratore unico e legale rappresentante. Va tuttavia rilevato che si sono trovate anche pronunce difformi, volte a individuare il conflitto nella mera circostanza che l'amministratore fosse portatore di interessi potenzialmente configgenti a prescindere dall'effettivo danno arrecato alla società: così Cass. Civ., 26.11.2002, n. 16708, in Mass. Giur. It., 2002.

³⁵⁸ I testo attuale dell'art. 2391 c.c. è così formulato: Interessi degli amministratori. [1] L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia

Ad onor di precisione, la comparazione tra le due norme (e la delimitazione dei diversi ambiti applicativi) è stata oggetto di più attenta considerazione sotto la vigenza della formulazione precedente alla riforma del 2003, pur non esaurendosi la discussione anche successivamente ad essa.

L'originario art. 2391 c.c. era rubricato “*Conflitto d'interessi*”, allo stesso modo dell'art. 1394 c.c., e disciplinava le sole ipotesi di amministrazione societaria collegiale, regolando la sorte della delibera assunta con il voto determinante di un amministratore in conflitto d'interessi.

Si poneva però il problema di individuare se vi fosse un effettivo rapporto di *lex specialis* a *lex generalis* tra le due disposizioni, e quale fosse la disciplina applicabile al conflitto di interessi concretamente rinvenuto nell'ambito di una società; in particolare si discuteva se venisse in rilievo la norma apparentemente particolare dettata per gli amministratori di società per azioni dall'art. 2391 c.c., oppure la norma generale sul

anche alla prima assemblea utile. [2] Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. [3] Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione. [4] L'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione. [5] L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico.

conflitto di interessi del rappresentante contenuta nell'art. 1394 c.c.

4.2. Le tre ipotesi classiche di conflitto d'interessi nell'ambito delle società per azioni. Il rapporto tra l'art. 1394 c.c. e l'art. 2391 c.c.

L'orientamento giurisprudenziale consolidato³⁵⁹ e condiviso dalla dottrina maggioritaria³⁶⁰ distingueva tre ipotesi (dimenticandosene, vedremo, una quarta essenziale):

1) il caso in cui l'atto esterno, prima di essere stipulato dall'amministratore rappresentante con il terzo, sia deliberato dal consiglio d'amministrazione, ma la deliberazione risulti annullabile perché uno o più amministratori sono interessati all'operazione e non sono state rispettate le prescrizioni contenute nell'art. 2391 c.c.;

³⁵⁹ Cass. Civ., 10.04.2000, n. 4505, in *Giur. it.*, 2001, p. 477; Cass. Civ., 24.02.1998, n. 1998, in *Corriere giur.*, 1998, p. 665, con nota di Fici; Cass. Civ., 01.02.1992, n. 1089, in *Foro it.*, 1992, I, p. 2139, con nota di Lenoci; Cass. Civ., 29.03.1991, n. 3435, in *Dir. fall.*, 1991, II, p. 757; Cass. Civ., 05.07.1984, n. 3945, in *Riv. notariato*, 1984, p. 958, con note di Baralis e Boero.

³⁶⁰ ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 104 ss.; BLANDINI, *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 405, in particolare p. 419 s.; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 84 ss.; CAGNASSO, *Obbligo di rendiconto e responsabilità dell'amministratore investito di potere delegato*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 660 ss., in particolare p. 671 ss.; ENRIQUES e POMELLI, *Sub art. 2391 c.c. in Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei e Alberti, I, Padova, 2005, p. 774 ss.; GUIZZI, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno D'Alcontres, II, Napoli, 2004, p. 663 ss.; NAZZICONE E PROVIDENTI, *Società per azioni: amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, V, Milano, 2003, p. 175 ss.; TASSI, *Conflitto di interessi dell'amministratore: rapporto tra art. 1394 e art. 2391 c.c.*, in *Le Società*, 1992, p. 787.

- 2) il caso in cui l'atto rientri nell'ambito della delega conferita all'amministratore delegato e sia deliberato e stipulato da questi in conflitto di interessi;
- 3) il caso in cui l'atto sia deliberato e stipulato dall'amministratore unico in conflitto di interessi.

Sotto la vigenza della prima formulazione dell'art. 2391 c.c., la dottrina e la giurisprudenza avevano tracciato un discrimine tra le ipotesi sub 1) e quelle sub 2) e 3), individuando elementi differenziatori tra le fattispecie tali da consentire l'applicazione di norme diverse.

Nella prima ipotesi, precisamente, si riteneva operante l'art. 2391 c.c., in considerazione del fatto che il conflitto di interessi emerge lì nel corso dell'adozione della deliberazione consiliare che determina il contenuto dell'atto e non nella fase successiva della sua stipulazione da parte del singolo amministratore rappresentante, che si limita così a manifestare la volontà della società quale si è formata nel procedimento deliberativo. Si riteneva, benché la norma non fosse (e tuttora non sia) esplicita sul punto, che l'annullamento dell'atto potesse essere ottenuto soltanto passando per l'annullamento della deliberazione consiliare che ne aveva autorizzato il compimento, salvi sempre gli acquisti effettuati dai terzi in buona fede.

Nella seconda e nella terza ipotesi, invece, si affermava si dovesse fare applicazione dell'art. 1394 c.c. perché mancava il presupposto fondamentale per invocare la disciplina dell'art. 2391 c.c., cioè una deliberazione del consiglio³⁶¹. In altri termini, posto che la norma speciale prendeva in considerazione esclusivamente l'esistenza di una pluralità di amministratori e, quindi, di un consiglio di amministrazione, per conforme dottrina e giurisprudenza, essa non poteva esser ritenuta

³⁶¹ Così FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, op. cit., p. 236 e p. 264.

applicabile in caso di amministratore unico oppure in ipotesi di amministratore delegato che avesse agito senza previa delibera autorizzativa del consiglio di amministrazione, nel caso, per l'appunto, non contemplata e richiesta.

In questi casi, la disciplina doveva rinvenirsi nell'art. 1394 c.c. che, essendo norma generale in materia di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, era stata ritenuta applicabile agli atti pregiudizievoli per la società che l'amministratore (unico o delegato) avesse compiuto per tornaconto personale³⁶².

Questa, dunque, la soluzione che si era imposta sullo scenario dottrinario e giurisprudenziale *ante* riforma.

Tuttavia tale tesi, allora abbracciata comunemente, rischiava di essere messa in discussione, perché con il D.lgs. n. 6/2003 e con il D.lgs. n. 310/2004 si è introdotta nella norma un'esplicita previsione del conflitto di interessi (*rectius*, del coinvolgimento di un interesse) dell'amministratore delegato e dell'amministratore unico, oltre a risultare rinnovato l'intero contesto in cui detta disposizione si inserisce.

La versione attuale dell'art. 2391 c.c. ha infatti mutato rubrica (divenuta "*interessi degli amministratori*") e, parzialmente, *ratio*: a differenza della precedente disciplina, che regolava la sola ipotesi del conflitto d'interessi in una determinata operazione tra amministratori e soci, imponendo al primo di darne notizia agli altri amministratori ed al collegio sindacale e di astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti tale operazione, la nuova disciplina si applica ad ogni ipotesi in cui l'amministratore abbia un generale interesse in una data operazione, indipendentemente dal fatto che tale interesse sia configgente con quello della società³⁶³.

³⁶² Cass. Civ., 10.04.2000 n. 4505, in Giur. It., 2001, p. 477.

³⁶³ Alcuni tra i principali contributi sul tema occupati della questione in esame dopo l'entrata in vigore della riforma, si veda AA.VV. *Il conflitto di interessi nei rapporti di*

La nuova disciplina, quindi, non affida all'amministratore interessato il compito di valutare la portata e la posizione del proprio coinvolgimento (se configgente o meno rispetto a quello sociale), liberandolo così dall'onere dell'auto-valutazione del rapporto fra l'interesse proprio e quello della società³⁶⁴; egli è obbligato a fornire in ogni caso le informazioni di cui al primo comma, indipendentemente dal fatto che ritenga o meno il proprio orientamento in merito all'operazione inquinabile dall'interesse extra sociale, a meno che quest'ultimo non sia obiettivamente insignificante e sostanzialmente non apprezzabile. Il nuovo testo, inoltre, fa espressa menzione delle diverse ipotesi di amministratore unico - il quale deve dare notizia del proprio interesse alla prima assemblea utile - e di amministratore delegato - che deve investire della operazione l'organo collegiale.

Ci si è dunque posti due generi di interrogativi: da un lato, se ad oggi la nuova versione dell'art. 2391c.c. non miri a presentarsi quale norma esclusiva e non debba dirsi del tutto esclusa in ambito societario l'applicazione dell'art. 1394 c.c.; dall'altro quale sia, oggi, il rapporto tra l'art. 2391 e l'art. 2384 c.c.

Al primo quesito pare doversi rispondere in senso negativo.

Anzi, i confini di applicazione dell'una norma rispetto a quelli dell'altra paiono rimasti inalterati nella sostanza rispetto all'impostazione precedente. La stessa Relazione di accompagnamento al D.lgs. n. 6/2003 aveva precisato, infatti, che, in caso di attività dell'amministratore non

gestione e rappresentanza, a cura di Granelli e Stella. Milano, 2007; nonché MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.* in *Giur. Commerciale* 2006, I, p. 147 ss; MAFFEIS, *Il conflitto di interessi nel contratto dell'amministratore di società per azioni* in *Contratti*, 2006, n. 5, p. 437; ID. *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali* in *Riv. dir. comm.*, 2004, n. 1, p. 1053.

³⁶⁴ MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., p. 153.

preceduta da una deliberazione collegiale, come può avvenire in caso di amministratore unico o di amministratore delegato con poteri di rappresentanza, rimane applicabile la disciplina generale dell'articolo 1394 c.c.

Riprendendo le ipotesi già esaminate in precedenza quindi, deve continuare a dirsi che in presenza di una delibera consiliare che ha deciso la stipulazione dell'atto con il terzo, l'annullamento di quest'ultimo potrebbe essere disposto solo qualora fosse annullata la delibera ai sensi dell'art. 2391 c.c. (che viene a costituire quindi un'eccezione rispetto al 2388, 5° comma c.c.); in assenza di una siffatta delibera, invece, l'art. 2391 c.c. non potrà essere invocato.

Peraltro una tale posizione deve dirsi condivisibile sia alla luce della passata formulazione dell'articolo 2391 c.c., sia sulla base dell'attuale testo.

La riforma dell'art. 2391 c.c., infatti, si è visto, è intervenuta sul procedimento di deliberazione, cioè di formazione della volontà dell'ente, al fine di far emergere, prima che venga decisa una data operazione, eventuali interessi degli amministratori che vi siano coinvolti (cioè, dopo la riforma, anche interessi non propriamente confliggenti con quelli della società), e di evitare che essi possano influenzare la deliberazione.

Nella vecchia formulazione si prescriveva che l'amministratore desse notizia del proprio interesse agli altri amministratori e al collegio sindacale e che si astenesse dal partecipare alla deliberazione. Nel nuovo testo invece si prevede, al fine di garantire una maggiore trasparenza, che l'amministratore debba specificare la natura, i termini, l'origine e la portata del proprio interesse, e si elimina l'obbligo di astensione dalla deliberazione collegiale³⁶⁵, imponendo però al consiglio di

³⁶⁵ Così *ex plurimis*, MAFFEIS, *Il conflitto di interessi nel contratto dell'amministratore di società per azioni*, op. cit., p. 1064; SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle*

amministrazione, che decida di adottare la deliberazione nonostante il coinvolgimento dell'interesse di un suo componente, di motivare adeguatamente «*le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione*»: all'autovalutazione del singolo si sostituisce la valutazione del collegio³⁶⁶.

La sanzione posta dal terzo comma., consistente nell'impugnabilità della deliberazione, nel termine stringente di novanta giorni e secondo il regime *ivi* indicato, riguarda il caso in cui nel procedimento deliberativo non si siano rispettate le suddette prescrizioni, nonché, dopo la riforma del 2003, il caso in cui tale procedimento, pur essendosi svolto correttamente, sia stato determinato nel suo esito dal voto dell'amministratore interessato.

La norma di cui al 3° co., dunque, presupponeva e presuppone tuttora che la deliberazione sia adottata attraverso un procedimento, cioè attraverso un insieme di atti e fatti cronologicamente susseguitisi e logicamente

società di capitali, in *Riv. soc.*, 2003, p. 51; SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Le Società*, 2002, p. 1468. *Contra* invece, CANDELLERO, *Ad art. 2391*, in *Il nuovo diritto societario, artt. 2325 – 2409 cc. Commentario* dir. Cottino e altri, Bologna, 2004, che afferma che “*l'amministratore interessato può votare: a condizione che il suo voto non sia determinante per la delibera a pena di invalidità della stessa*” e aggiunge “*il che equivarrebbe a dire che deve astenersi dalla votazione*”. Così anche BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, op. cit.: posizione criticate da MINERVINI, *Il conflitto di interessi nel contratto dell'amministratore di società per azioni*, op. cit., p. 1060 per il quale l'equivalenza asserita non sussiste affatto.

³⁶⁶ MINERVINI, *Il conflitto di interessi nel contratto dell'amministratore di società per azioni*, op. cit., p. 1053, il quale rileva altresì come il nuovo testo dell'art. 2391 c.c. abbia mirato a realizzare l'anzidetto obiettivo della trasparenza attraverso l'estensione, quantitativa e qualitativa, dell'obbligo di informazione degli amministratori: quantitativa, per il predetto dovere di riferire “ogni interesse” e non solo quello autogiudicato conflittuale con l'interesse sociale, qualitativa perché impone all'amministratore di precisare “natura, termini, origine e portata” dell'interesse, al fine di permettere all'organo amministrativo di valutarlo adeguatamente.

dipendenti gli uni dagli altri. Ciò avviene soltanto quando la deliberazione è adottata da un organo pluripersonale, giacché in tal caso la necessità di seguire un certo *iter* procedimentale è imposta dall'esigenza di rispettare il c.d. metodo collegiale, che garantisce un *minimum* di partecipazione e di trasparenza alla minoranza.

Lo stesso non accade, invece, quando la deliberazione è presa da un singolo amministratore, che non la matura a seguito di una serie di atti, fatti, attività, ma attraverso un'elaborazione che rimane “interna” e che emerge esternamente soltanto al momento in cui ad essa viene data esecuzione³⁶⁷.

Che l'art. 2391, 3° co., sia una norma dettata con riguardo alle deliberazioni collegiali si evince, tra l'altro, anche dal fatto che la sua ultima parte ha una formulazione di tenore analogo a quella degli artt. 23, 2° co. e 2377, 7° co., c.c., relativi all'annullamento delle deliberazioni assembleari - e dunque collegiali - rispettivamente delle associazioni e delle società per azioni³⁶⁸.

È evidente pertanto che questa norma non potrà essere applicata in tutti i casi in cui manchi un procedimento di deliberazione, cioè in tutti i casi in cui la deliberazione non sia presa dall'organo collegiale ma dal singolo amministratore.

Tale considerazione ci riporta alle altre due fattispecie sopra prospettate.

Va sul punto rilevato che, come si è accennato, il nuovo testo dell'art.

³⁶⁷ ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ.*, op. cit., p. 129, per cui in questo caso si verificherebbe un “assorbimento” del potere deliberativo in quello rappresentativo. Occorre osservare però che in realtà i due poteri restano ben distinti, e del pari distinte rimangono, sia dal punto di vista logico che da quello cronologico (v. supra par. 1), le fasi in cui sono esercitati: lo iato non viene meno per il solo fatto che non è possibile apprezzarlo dall'esterno.

³⁶⁸ BELLACOSA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore unico di società per azioni e l'art. 2391 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1997, 1, p. 143 ss. e *ivi* p. 145.

2391, al 1° co., in realtà ben contempla anche i casi di conflitto di interessi (*rectius*, di coinvolgimento di un interesse) dell'amministratore delegato e dell'amministratore unico, imponendo al primo di investire della deliberazione il consiglio, al secondo di dare notizia del proprio interesse alla prima assemblea utile. Sicché il 3° co., riferendosi testualmente ai «*casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo*», *prima facie* sembrerebbe estendersi anche alle deliberazioni assunte dall'amministratore delegato e dall'amministratore unico in violazione delle suddette prescrizioni.

Tuttavia, a ben vedere, la norma parla di impugnazione delle «*deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo*», escludendo dunque le deliberazioni individuali di singoli amministratori. Per questo motivo, oltre che per le ragioni che si sono espone sopra, ci sembra doversi ritenere che il regime per il caso di violazione delle disposizioni di cui al 1° co. relative all'amministratore delegato e all'amministratore unico non sia quello del terzo comma, ma piuttosto, ancora, quello posto dall'art. 1394 c.c.

Pertanto può confermarsi l'orientamento per cui, come nel regime precedente, l'art. 1394 c.c. deve trovare applicazione ancora nell'ipotesi in cui il singolo amministratore ponga in essere un atto per cui non è tenuto ad investire della relativa decisione il consiglio competente.

In definitiva, detta norma opera ogni qualvolta il contratto sia stato posto in essere dall'amministratore unico o dal consigliere delegato munito del potere di rappresentanza che agisca senza una preventiva delibera consigliare, o ancora nei casi in cui ai medesimi soggetti competano poteri deliberativi e rappresentativi (poteri concentrati, tornando alla terminologia già vista, e non dissociati); per converso, l'art. 2391 c.c. si applicherebbe in tutte le ipotesi in cui la coesistenza di interessi abbia avuto rilievo già in fase deliberativa consiliare anche se l'attuazione del

contratto sia poi stata affidata al singolo all'amministratore in conflitto³⁶⁹. In conclusione l'art. 2391, 3° co., non può trovare applicazione in tutte quelle fattispecie (che potremmo qui definire fisiologiche) in cui manca una deliberazione dell'organo collegiale.

Perlato, per onor di completezza, va menzionato anche diverso orientamento, opposto a questi ora richiamati, che ritiene che l'art. 1394 c.c. costituisca la regola generale *in subiecta materia*, nel senso che la presenza di una previa delibera consiliare non varrebbe ad escluderne l'applicabilità³⁷⁰.

Secondo l'autore che ha sostenuto tale teoria, l'applicazione generalizzata dell'art. 1394 c.c. sarebbe fondata sul fatto che, anche in presenza di una delibera consiliare, permarrrebbe in capo all'amministratore rappresentante una certa discrezionalità di valutazione sulla stipulazione dell'atto esterno, che sarebbe presupposto necessario e sufficiente per la configurabilità di un conflitto di interessi. In particolare l'amministratore avrebbe il potere-dovere di valutare la legittimità della deliberazione, e di non stipulare l'atto esterno in esecuzione di essa se risulta invalida³⁷¹.

³⁶⁹ Sul punto si veda anche FERRO LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori; profili di sistema*, in *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, op. cit., p. 179 ss. e *ivi* p. 186.

³⁷⁰ ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 444 ss.

³⁷¹ Secondo ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit., p.446, tale soluzione sarebbe più coerente con la regola dell'irrilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo di cui abbiamo detto *supra* nel testo. Questa coerenza discenderebbe a suo giudizio dal fatto che, nel vigore del regime dell'irrilevanza, sarebbe incongruo riconoscere al terzo la possibilità di eccepire nei confronti della società la sanatoria (per inutile decorso del termine di decadenza per l'impugnazione) di un atto meramente interno come la deliberazione

Il principio applicato implicitamente da questa dottrina è quello per cui l'art. 1394 c.c. dovrebbe trovare comunque spazio allorché al rappresentante residui un ambito di discrezionalità nella determinazione del contenuto dell'atto da compiere, mentre non potrebbe operare solo quando l'ente rappresentato ha già deciso in ordine a tutti gli elementi, essenziali e accessori, dell'atto e il rappresentante si limita semplicemente a manifestare esternamente la volontà del *dominus*.

L'assunto appare senz'altro corretto in linea di principio (e come tale applicabile laddove ve ne siano i presupposti), ma non nella indistinta sua applicazione pratica a tutte le fattispecie di conflitto di interessi dell'amministratore.

Erroneo sarebbe ritenere che l'amministratore di società conservi sempre e comunque un proprio spazio di autonoma determinazione in merito alla stipulazione di un atto in nome della società.

È facile replicare, infatti, che la discrezionalità che residua in capo all'amministratore-rappresentante al momento della stipulazione dell'atto in esecuzione di una deliberazione del consiglio talvolta si riduce soltanto all'*an* del compimento dell'atto, e non riguarda anche il *quomodo*, cioè il contenuto di esso³⁷². In tal caso non potrebbe trovare spazio l'art. 1394 c.c.

Ricapitolando: atteso che l'art. 2391, 3° co., postula l'esistenza di una

consigliare, del quale, al limite, egli poteva essere stato all'oscuro al tempo in cui concluse il contratto con la società.

³⁷² Anzi, in senso contrario, in dottrina v'è addirittura chi afferma che l'amministratore con rappresentanza non avrebbe alcuna discrezionalità nemmeno sull'*an* dell'esecuzione della deliberazione, e ritiene che egli sia sempre obbligato a darvi attuazione: ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ.*, op. cit., p. 160 ss. Ma si vedano sul punto le considerazioni già svolte sui rischi di una sovrapposizione tra la figura del rappresentante organico ed il *nuncius*, sovrapposizioni si è detto inammissibile: cfr. capitolo secondo, paragrafo 1.

deliberazione collegiale, esso non potrà avere applicazione se manca siffatta deliberazione.

Nel caso in cui vi sia una deliberazione collegiale, invece, occorrerebbe distinguere a seconda che quest'ultima lasci o meno un certo ambito di discrezionalità all'amministratore con rappresentanza chiamato a darvi esecuzione. Se la deliberazione determina ogni singolo aspetto dell'atto esterno da compiere, tanto che il rappresentante non deve far altro che darvi pedissequa esecuzione limitandosi a manifestare all'esterno la volontà della società quale risulta dalla deliberazione stessa, allora troverà senz'altro applicazione l'art. 2391 c.c. Se invece, la deliberazione non copre tutti gli aspetti dell'atto di cui dispone il compimento, ma ne lascia alcuni alla determinazione dell'amministratore rappresentante, per cui la deliberazione risulta sostanzialmente adottata in parte dal consiglio d'amministrazione, in parte dal singolo amministratore⁴ si deve procedere ad un'ulteriore distinzione: quando il conflitto di interessi riguarda quegli elementi dell'atto decisi dal consiglio di amministrazione, si applicherà pur sempre l'art. 2391; quando invece il conflitto di interessi concerne gli elementi determinati individualmente dall'amministratore rappresentante, allora si dovrà invocare la disciplina generale dell'art. 1394³⁷³.

³⁷³ Ciò spiega perché non costituisce un assurdo logico, come invece ritengono FRÈ E SBISÀ, *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 835 s., il fatto che la deliberazione consiliare non sia impugnabile e sia invece annullabile l'atto esterno compiuto in esecuzione di essa. La ricostruzione da noi proposta, che impone una valutazione sulle condizioni del contratto stipulato dall'amministratore in nome e per conto della società, individuando quali tra esse facciano sì che il contratto in concreto si presenti come sfavorevole per la società rappresentata e contrastante con i suoi interessi, appare rispondente alla più moderna e attenta visione dell'istituto del conflitto di interessi, che deve essere concepito non già come una mera situazione fonte di un pericolo astratto o presunto di pregiudizio per il rappresentato, né come un'azione che si dirige in senso contrario agli interessi del

Risulta evidente, dunque, che le due norme potrebbero risultare entrambe applicabili alla medesima fattispecie concreta solo se si verificasse un conflitto di interessi con riguardo tanto a elementi decisi dal consiglio, quanto a elementi decisi dall'amministratore rappresentante. Ma in tal caso, a ben vedere, non vi sarebbe un solo conflitto di interessi, ma ve ne sarebbero due, uno dei quali seguirebbe la disciplina dell'art. 1394 c.c., l'altro quella dell'art. 2391 c.c. Da ciò si deduce che con riferimento a un dato conflitto di interessi non può mai aversi il concorso tra le due norme, e ne risulterà applicabile soltanto una, con relativa esclusione dell'altra³⁷⁴. Il conclusione, il rapporto sistematico tra l'art. 2391 c.c. e l'art. 1394 c.c. non va interpretato nel senso che il primo costituisce una deroga o una limitazione alla regola generale espressa dal secondo, né che ne costituisce, all'opposto, un'estensione³⁷⁵, ma piuttosto nel senso che le due

rappresentato, bensì piuttosto come il risultato sfavorevole per il rappresentato di un'azione del rappresentante rivolta contro i suoi interessi, risultato sfavorevole che consiste nella stipulazione del contratto a condizioni svantaggiose (MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, op. cit., p. 75 ss.).

³⁷⁴ Si noti una opposta dottrina per la quale tutte le volte in cui l'amministratore in conflitto di interessi in un primo momento voti la delibera in sede consiliare, e successivamente stipuli, in nome e per conto della società, l'atto esterno in esecuzione della delibera viziata, andrebbero applicati congiuntamente sia l'art. 1394 che l'art. 2391, il primo per disciplinare l'annullabilità dell'atto esterno, il secondo quella della deliberazione interna (MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 173 ss.; BARTALINI, *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Torino, 2000, p. 201 ss.; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, 2002, p. 188; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 286).

³⁷⁵ Così, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 174, il quale afferma che «il legislatore ha voluto estendere, non restringere per la società per azioni la tutela normalmente apprestata al rappresentato: e, in aggiunta alla normale rilevanza del conflitto di interessi riconoscibile in cui sia incorso il rappresentante sociale (art.

norme sono tra loro incompatibili in quanto regolano fattispecie affatto diverse³⁷⁶.

La corretta individuazione dei rapporti sistematici intercorrenti tra le due disposizioni in esame e del rispettivo ambito di applicazione non è soltanto una questione dogmatica, ma risulta decisiva sul piano pratico in considerazione del fatto che esse presentano una significativa differenza di disciplina, di talché dall'applicazione dell'una o dell'altra discendono conseguenze alquanto diverse³⁷⁷.

In primo luogo, secondo l'interpretazione che si dà dell'art. 2391 c.c., per ottenere la caducazione dell'atto esterno compiuto in conflitto di interessi occorre previamente impugnare la deliberazione a monte che ne ha deciso il compimento, entro il breve termine decadenziale di novanta giorni decorrenti dalla data della deliberazione medesima. Nel regime dell'art. 1394, invece, un analogo passaggio preliminare non è richiesto per

1394), ha statuito la rilevanza del conflitto di interessi affettante il voto marginale di qualsivoglia amministratore, purché in fatto noto al terzo contraente (art. 2391, 3° co., c.c.)».

³⁷⁶ Il problema si configura in termini del tutto analoghi se, in luogo di una deliberazione del consiglio d'amministrazione, si considera una deliberazione dell'assemblea (relativa ovviamente a un'operazione di gestione): si deve cioè distinguere a seconda che il conflitto di interessi riguardi elementi del contratto decisi dall'assemblea ovvero dall'amministratore, applicandosi nel primo caso l'art. 2373 c.c., nel secondo l'art. 1394.

³⁷⁷ Cfr. circa le differenze tra il regime dell'art. 1394 e quello dell'art. 2391 ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ.*, op. cit., p. 105 ss., BELLACOSA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore unico di società per azioni e l'art. 2391 c.c.*, op. cit., p. 146 ss.; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società.*, op. cit., p. 86; ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, p. 440 ss.

ottenere l'annullamento dell'atto esterno, che può oltretutto essere domandato nel termine, assai più ampio e di natura prescrizioneale, di cinque anni decorrenti dalla stipulazione, come dispone l'art. 1442 c.c. Inoltre secondo il regime dell'art. 1394 c.c. sussiste la possibilità di far valere l'annullamento in via di eccezione senza limiti di tempo, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 1442 c.c. (*quae temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*)³⁷⁸.

Si sottolinea che se si ritenesse, come fa una parte della dottrina, di applicare l'art. 2391 c.c. anche in assenza di deliberazione consiliare, si porrebbero delicati problemi di adattamento del regime imposto da tale norma, in realtà dettata presupponendo l'esistenza di una previa delibera

³⁷⁸ Merita attenzione poi la circostanza che i termini di esercizio dell'azione di annullamento variano a seconda che ci inserisca nell'ambito dell'art. 2391 c.c. ovvero del 1394 c.c. (argomento del quale si era già occupata la sentenza Cass. Civ., 90/6278 - in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2265, con nota di SANTARSIERE, *Sulla devianza della gestione di società capitalistiche*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 381, con nota di BRUNO, *Questioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società*). Ed infatti nel primo caso la delibera del CdA viziata perché assunta col voto determinante dell'amministratore in conflitto d'interessi, è annullabile, ma a condizione che venga impugnata, a pena di decadenza, entro 90 giorni dalla sua adozione; decorso tale termine, il vizio di annullabilità è ormai sanato, mentre se interviene l'annullamento della delibera ne conseguirà, in via derivata, anche l'invalidità e l'annullamento dell'atto posto in essere in esecuzione della delibera medesima; nella secondo caso (art. 1394 del c.c. e quindi nel caso che ci occupa in caso di amministratore delegato che abbia agito senza previa delibera del consiglio, oppure se vi è un amministratore unico), l'atto di *mala gestio* posto in essere in conflitto di interessi è direttamente annullabile «se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo», purché l'azione venga esercitata nel termine ordinario di prescrizione di cinque anni, decorrente dal compimento dell'atto ai sensi dell'art. 1442 c.c. (ovvero potrà essere eccepita in giudizio in via di eccezione paralizzante la pretesa avversa, senza alcun limite prescrizioneale, laddove la società fosse convenuta per l'esecuzione del contratto).

del consiglio d'amministrazione. Fermo restando che, in assenza della delibera, non avrebbe senso subordinare al suo previo annullamento la possibilità di ottenere la caducazione dell'atto esterno, rimarrebbe il problema di stabilire se il termine per l'impugnazione di quest'ultimo sia comunque quello decadenziale di novanta giorni oppure quello prescrizione di cinque anni, e se sussista o meno la possibilità di invocare l'annullamento *in perpetuum* in via di eccezione. Una qualche incertezza si porrebbe altresì per stabilire da quando decorra il termine per proporre l'impugnativa, dovendosi verosimilmente ritenere che il *dies a quo* sia quello della stipulazione dell'atto e non quello, impossibile da determinare, della sua deliberazione da parte dell'amministratore singolo. Le difficoltà interpretative che si sono testé illustrate confermano che la tesi che esclude l'applicabilità dell'art. 2391 c.c. in assenza di deliberazione consiliare, ed invece la impone ove una delibera vi sia, appare senza dubbio preferibile.

In secondo luogo, diversa è la legittimazione a chiedere l'annullamento dell'atto per conflitto di interessi. L'art. 2391, al 3° co., non si cura di disciplinare espressamente tale legittimazione (quella si ripete ad impugnare l'atto successivamente concluso dal rappresentante), ma si occupa piuttosto di regolare quella che riguarda l'impugnazione della prodromica delibera consiliare, che viene attribuita al collegio sindacale e agli amministratori assenti o dissenzienti nonché, se non sono rispettati gli obblighi di trasparenza imposti dai primi due commi, a quelli presenti e consenzienti; si ritiene però che i soggetti legittimati a impugnare l'atto esterno compiuto in esecuzione della delibera viziata siano i medesimi³⁷⁹. Nel regime dell'art. 1394 c.c., invece, la legittimazione a impugnare spetta

³⁷⁹ ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ.*, op. cit., p. 106 ss.; *contra* ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 442 s.

alla società, il che significa che il promovimento dell'azione deve essere deliberato dai suoi organi di gestione (cioè il consiglio d'amministrazione o l'amministratore unico) ed eseguito dal suo legale rappresentante.

Anche per questo profilo di disciplina, applicare l'art. 2391 c.c. in assenza di delibera consiliare genererebbe qualche incertezza interpretativa: nel caso di amministratore unico, non sarebbe automatico attribuire la legittimazione ad impugnare anche al nuovo organo amministrativo che sostituisca il precedente, ma si potrebbe anche ritenere che essa competa esclusivamente al collegio sindacale; nel caso di amministratore delegato o di amministratore che illegittimamente abbia agito in assenza di deliberazione consiliare, invece, sembrerebbe doversi attribuire la legittimazione a tutti gli altri amministratori, oltre che naturalmente al collegio sindacale.

Una parte della dottrina poi ravvisa una terza differenza tra il regime dell'art. 2391 e quello dell'art. 1394, che consisterebbe nel fatto che per ottenere l'annullamento della delibera consiliare (e quindi dell'atto esterno) *ex* art. 2391 occorre, com'è pacifico, dimostrarne la potenzialità dannosa nei confronti della società, mentre ciò non sarebbe richiesto dall'art. 1394 c.c.

Va tuttavia rilevato che, con riguardo alla fattispecie in esame, la dottrina maggioritaria ritiene che il requisito della potenzialità dannosa debba sussistere anche nel regime dell'art. 1394 c.c., pur se non è espressamente contemplato dalla norma³⁸⁰.

³⁸⁰ MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 176, che riprende l'opinione espressa in precedenza da Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1955, p. 231 s. e p. 260 s.; ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ.*, op. cit., p. 148 ss. In questo senso si esprime anche MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, op. cit., p. 135 ss., secondo il quale affinché il contratto sia annullabile per conflitto di interessi a sensi dell'art. 1394 c.c. occorre che tale conflitto

4.3. segue: Il secondo quesito imposto dalla riforma: il rapporto tra l'art. 2391 c.c. e l'art. 2384 c.c.

Si è dunque accertato che l'ambito di applicazione dell'art. 2391 c.c. rimane limitato alle sole ipotesi in cui è prevista una deliberazione consiliare quale limite al potere di rappresentanza dell'ente, residuando per le diverse ipotesi l'applicazione dell'art. 2384 c.c.

Rispetto a tale primo risultato, tuttavia, parte della dottrina³⁸¹ ha ritenuto necessario fare un passo oltre e domandarsi come debbano essere conciliati l'art. 2391 c.c. e l'art. 2384 c.c., laddove si è visto come già con la versione anteriore alla riforma del 2003 (ma successiva a quella del 1969) in ambito societario fosse da escludere la rilevanza esterna della dissociazione dei poteri.

Tra coloro quindi che sostengono (e, si è detto, correttamente) la tesi della generale irrilevanza esterna del processo decisorio in ambito di società per azioni, si rinvengono in realtà due opinioni di senso opposto circa la portata dell'art. 2391 c.c.: secondo alcuni l'ultima parte del terzo comma di detto articolo (o meglio la regola che se ne desume a contrario dell'opponibilità del vizio della deliberazione ai terzi che abbiano acquistato in mala fede diritti in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione) costituirebbe un'eccezione alla regola generale

si sia estrinsecato nella statuizione di condizioni contrattuali che, secondo una valutazione da farsi *ex ante*, si rivelino potenzialmente pregiudizievoli per il *dominus* non sarebbe necessario, invece, riscontrare *ex post* il verificarsi di un concreto pregiudizio per il rappresentato. Concordano sul fatto che debba sussistere un danno potenziale per il rappresentato Cass. Civ., 10.04.2000, n. 4505, cit. nella nota 22; e Cass. Civ., 17.04.1996, n. 3630, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Rappresentanza nei contratti*, n. 14.

³⁸¹ ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 400 ss.

dell'irrilevanza esterna della dissociazione dei poteri ³⁸².

Secondo altri, invece, questa regola generale non subirebbe alcuna deroga ad opera dell'art. 2391, 3° co., c.c. ultimo periodo, al quale residuerebbe un ambito di applicazione del tutto marginale: sarebbe dunque operante nelle sole ipotesi in cui la rilevanza esterna della dissociazione sia già essa prevista dalla legge³⁸³. In altri termini, la disposizione che essa detta in positivo (e quindi la salvezza dei diritti acquistati dai terzi in buona fede) sarebbe infatti resa inutile dalla più ampia tutela offerta dall'art. 2384 secondo comma, c.c. mentre la disposizione da esso ricavabile a contrario sarebbe implicitamente abrogata, in quanto sostituita dalla regola espressa da questo stesso art. 2384 c.c.³⁸⁴

A favore della prima delle due soluzioni dottrinarie si pongono due argomenti: in primo luogo, dal punto di vista letterale, un indizio, seppur labile, si rinviene nell'*incipit* dell'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 2391 c.c. che esordisce appunto con la formula "*in ogni caso*"; questa espressione potrebbe far pensare - almeno in mancanza di altri elementi contrari - all'applicazione della norma in tutte le ipotesi di dissociazione tra i poteri, non solo se prevista dalla legge, quindi, ma anche quando derivi da apposita indicazione statutaria (implicita od esplicita)³⁸⁵.

Non mancherebbero inoltre ragioni sostanziali per tutelare i terzi meno

³⁸² Così BORGIOI, *La delega di attribuzioni amministrative* in *Riv. soc.*, 1981, p. 17 ss; ID, *L'amministrazione delegata*, op. cit., p. 86 s. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 164.

³⁸³ RAGUSA, *Vizi del processo decisionale nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., p. 196 ss.

³⁸⁴ ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 402.

³⁸⁵ Sul punto si veda però l'obiezione avanzata da Calandra Buonaaura nei confronti della rilevanza esterna della dissociazione, per la quale non è dallo stesso art. 2391 c.c. che può desumersi l'area di operatività del medesimo.

intensamente nelle ipotesi in cui una deliberazione potenzialmente dannosa sia eseguita mediante un negozio rappresentativo in conflitto di interessi che in quelle di eccesso di rappresentanza: infatti, il conflitto di interessi implica generalmente che l'atto compiuto in esecuzione della deliberazione viziata avvantaggi il terzo a danno della società: da qui l'opportunità di tenere in minore considerazione le esigenze di tutela del terzo, in specie quando il vizio sia da questo conosciuto o riconoscibile³⁸⁶. E' vero che al terzo non è richiesto alcun controllo circa l'eventuale presenza delle clausole statutarie che prevedono la dissociazione dei poteri che di conseguenza non potrà essere ritenuto in malafede il terzo che abbia ommesso di compiere detto controllo. Ma ciò non esclude che possa essere riconosciuta la malafede del terzo che invece effettivamente conoscesse il regime statutario e che fosse a conoscenza del vizio della deliberazione o potesse conoscerlo usando l'ordinaria diligenza³⁸⁷.

Al contrario, la diversa dottrina che nega la natura di eccezione all'art. 2391 c.c. rileva che la fonte dell'opponibilità ai terzi del vizio della delibera non sarebbe la legge o il disposto dell'art. 2391 c.c. (precisamente la formula "in ogni caso"), bensì sempre e comunque lo statuto, alla cui previsione della conforme previa delibera quale limite alla rappresentanza (per espressa previsione o desumibile indirettamente dalle norme sulla gestione) sarebbe in questo caso subordinata l'operatività della regola che si desume a contrario dall'art. 2391 c.c.

Si ricorda tuttavia che la dottrina ora menzionata si formava sotto la vigenza del precedente art. 2391 c.c., siccome formulato dopo la prima

³⁸⁶ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 166.

³⁸⁷ Sul punto, ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 409 ss.

direttiva comunitaria. La stessa rilevava che nel diritto italiano non si rinveniva alcuna regola che consentisse, in caso di conflitto di interessi, di opporre ai terzi di malafede l'invalidità della delibera nei casi in cui gli statuti avessero attribuito rilevanza esterna alla dissociazione. Secondo tale dottrina a ciò non sarebbe valso l'art. 2391, 3° co., c.c. Questa stessa dottrina rimarcava però, anche, che a diversa conclusione si sarebbe potuto pervenire se anche l'ordinamento italiano, al pari di quelli europei, avesse previsto una regola per la quale le operazioni in conflitto di interessi sarebbero dovute essere oggetto di deliberazione da parte del Consiglio di Amministrazione, ai fini della validità e/o efficacia dell'atto nei confronti della società. Si era visto, invece, che una simile regola non esisteva, posto che una deliberazione consiliare poteva non aver luogo ad esempio nel caso di operazioni nelle quali fosse interessato un amministratore sprovvisto di deleghe in relazione alle quali i poteri di rappresentanza e gestione spettassero all'amministratore delegato. Una volta che il primo avesse dato comunicazione del conflitto, il secondo poteva senz'altro procedere al compimento dell'operazione.

In ogni caso, anche negando la forza derogatoria dell'art. 2391 c.c., non avrebbe comportato l'abrogazione implicita del 2391 c.c. perché esso continuava ad applicarsi, comunque, in ogni caso di rilevanza esterna *ex lege* della dissociazione (artt. 2420-*ter* e 2443 c.c.)³⁸⁸.

Così prospettate entrambe le tesi, non si ritiene oggi di poter concordare con la seconda soluzione che limita l'applicazione dell'art. 2391 c.c. alle sole ipotesi di deliberazione consiliare prevista dalla legge. Ciò, sia perché si ritiene abbia maggior pregio la valutazione del tenore letterale della

³⁸⁸ ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 405.

disposizione che introduce l'ultima parte dell'art. 2391 c.c., sia perché deve rilevarsi come la recente modifica del sistema societario abbia aperte proprio la strada nei termini solo ipotizzati dalla stessa dottrina quali breccia al sistema delineato. L'attuale formulazione dell'art. 2391 c.c., si ritiene, ha la potenzialità di rendere vincolante la previa deliberazione in tutti i casi in cui emerga anche solo un interesse di un amministratore: la delibera appare espressamente richiesta in ogni caso di potenziale conflitto di interessi e tale vizio attinente alla fase deliberativa costituisce sì deroga rispetto alla regola generale dell'irrilevanza esterna della fase gestoria nelle società per azioni.

4.4. segue: La disciplina negli enti del Libro Primo.

Veniamo quindi alle persone giuridiche del Libro Primo e riprendiamo la nostra indagine dalla prima questione relativa a quale disposizione deve trovare applicazione con riferimento a enti non lucrativi in ipotesi di contratto concluso in conflitto di interessi: l'art. 1394 c.c., o in via analogica l'art. 2391 c.c. o ancora il solo art. 19 c.c.³⁸⁹

³⁸⁹ Si interroga GRANELLI, *Spunti in tema di conflitto di interessi negli enti non profit*, op. cit., p. 158, anche con riferimento all'art. 2479-ter c.c. che regola la stessa fattispecie di cui all'art. 2391 c.c. con riferimento alle s.r.l. Rileva l'autore infatti che se nella versione originaria le due disposizioni erano assolutamente identiche, ora che la riforma è intervenuta solo sull'art. 2391 c.c., le due norme non sono più sovrapponibili. Quindi, oltre ai quesiti che già ci poniamo, sarebbe da interrogarsi anche su quali delle due discipline dovrebbe trovare eventuale applicazione analogica in materia di associazioni e fondazioni. Precisamente l'Autore afferma come le due discipline corrispondano a "due modelli diversi" l'uno, quello delle s.p.a. volto a promuovere una *governance* volta alla trasparenza dei processi decisionali, l'altra, quella delle srl, volta ad incidere su un problema di patologia della gestione sociale (così anche MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, op. cit., p. 152 e già

E' stato infatti ben rilevato che la laconicità che caratterizza l'intera disciplina degli enti *non profit* ha sortito l'effetto che il conflitto d'interessi appare ivi disciplinato con esclusivo riferimento alle associazioni e con riguardo ad un singolo particolare caso connesso al rapporto tra associato ed associazione³⁹⁰. Ci si riferisce all'art. 21, 1° co., c.c., che impone un obbligo di astensione nei riguardi degli amministratori "*nelle deliberazioni di approvazione del bilancio e in quelle che riguardano la loro responsabilità*".

Oltre a questa norma, nessuna disposizione consente di dare risposta immediata alle varie ipotesi di conflitto sopra prospettate, le quali dovranno quindi esser nuovamente analizzate nel nuovo contesto degli enti *non profit*.

Muovendo dalle predette ipotesi sub 2) e 3) va rilevato come non vi sia, lì, ragione per discostarsi da quanto dedotto e argomentato in ambito societario.

Nei casi lì prospettati, come in quelli ora in esame, si ritiene che debba venire pacificamente in soccorso l'art. 1394 c.c.

La fattispecie infatti rientra pienamente, in ambo i casi, nei confini di

MARCHETTI, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 1229). Su tali premesse si domanda "*agli interessi degli amministratori di associazioni e fondazioni trovano applicazione le regole dettate con riferimento agli amministratori di "spa" ovvero le regole dettate con riferimento agli amministratori di "srl"? o non piuttosto quelle sole regole che, risultando sostanzialmente applicabili ad entrambi i tipi societari, possono ritenersi costituire il nucleo comune minimo di tutti gli enti di diritto privato sia del libro V che del libro I del codice civile?*" La risposta che l'Autore sembra trarre al termine delle proprie riflessioni sembra essere nella tendenziale applicazione delle regole oggi dettate in materia di spa, volte a realizzare l'obiettivo della trasparenza nei processi decisionali. E' con queste che dunque ci confronteremo in questa parte del lavoro.

³⁹⁰ GRANELLI, *Spunti in tema di conflitto di interessi negli enti non profit*, op. cit., p. 158.

operatività della disposizione in questione, trattandosi di fattispecie in cui il conflitto emerge nella sola fase rappresentativa in capo a chi sarebbe, invece, chiamato ad agire nell'interesse dell'ente che rappresenta.

E' invece da domandarsi come ci si debba comportare nei casi in cui ci si imbatte, anche in seno ad una fondazione o associazione, nella fattispecie di cui al caso sub 1) e quindi nelle ipotesi in cui il conflitto di interessi emerga nella fase dell'assunzione della delibera in forza della quale il rappresentante è chiamato a compiere l'atto deliberato.

Riprendendo il quesito sopra posto, in difetto di una norma specifica, quale è l'art. 2391 c.c., deve ritenersi possa tornare a farsi applicazione del più generale art. 1394 c.c. o è possibile applicare in via analogica l'art. 2391 c.c. e ritenere per l'effetto annullabile la delibera, con le già analizzate nei capitoli precedenti? E in tal caso, rileverebbe qui l'art. 19 c.c.?

In altri termini, la specifica problematica del conflitto di interessi impone una disciplina diversa rispetto a quanto sino a qui dedotto o si deve tornare a fare applicazione dei principi espressi in materia di dissociazione tra poteri (con le diverse soluzioni prospettate), laddove si è ipotizzato il caso di delibera viziata?

Nell'ambito delle s.p.a. si è visto come sia da condividere il principio per cui il generale difetto o il vizio della delibera sottostante l'atto non inficerebbe il contratto concluso dal rappresentante munito di potere generale, in forza del novellato art. 2384 c.c. e del principio dell'inopponibilità ai terzi di qualsivoglia limite al potere dell'amministratore (sia rappresentativo che gestorio).

L'assoluta irrilevanza esterna, quindi, cui sarebbe soggetto in ogni caso il vizio, anche accertato, di delibera (che abbiamo visto, secondo l'indirizzo seguito in questo lavoro, esser tipica delle sole spa) e che porterebbe

anche nel caso in esame a decretare l'inopponibilità al terzo del vizio, soccombe rispetto all'applicazione specifica della norma sul conflitto di interessi che consente invece di ottenere l'annullamento dell'atto compiuto dal rappresentante in attuazione della delibera viziata.

In ambito societario, se non vi fosse la norma dell'art. 2391 c.c., l'atto concluso dall'amministrazione sulla base della delibera viziata (dal conflitto) sarebbe sempre valido ed efficace per i terzi, e la società sarebbe esposta alle conseguenze di non aver alcun mezzo per congelare gli effetti di un atto così concluso³⁹¹: in tal senso abbiamo ritenuto di aderire all'impostazione per cui l'art. 2391, terzo comma, costituisce una deroga rispetto all'art. 2384 c.c.

Nelle persone giuridiche del Libro Primo invece la situazione è diversa.

Innanzitutto, la carenza di una norma specifica quale è quella dell'art. 2391 c.c. non può per ciò stesso rendere semplicemente applicabile ai casi in esame l'altra norma in materia di conflitto di interessi data dall'art. 1394 c.c. Ciò perché, a prescindere dalla presenza o meno di una norma apposita qual è quella del 2391 c.c., come anzidetto, l'art. 1394 c.c. disciplina sostanzialmente un caso diverso, ovvero quello in cui il conflitto è maturato e realizzato da parte di chi, chiamato a manifestare la volontà del rappresentato (ente o persona fisica che sia), agisce invece in considerazione di un interesse (generalmente proprio) in conflitto con quello dell'ente o della persona. L'art. 1394 c.c. sanziona, infatti, il conflitto quale condizione soggettiva del rappresentante, non un conflitto

³⁹¹ Un tanto anche ai sensi dell'art. 2388 c.c. per cui ogni vizio della delibera del consiglio di amministrazione non sarebbe idonea a compromettere i diritti acquistati dai terzi in buona fede. Ciò a meno di non fare un passo indietro e ritenere del caso applicabile comunque l'art. 1394 c.c. che genericamente parla di atti conclusi da rappresentante in conflitto (non ponendosi – né potendolo fare – il problema se il conflitto deve essere del rappresentante o può essere a monte)

“oggettivo” emergente dal contratto concluso, tale da poter esser annullato a prescindere dall'imputazione soggettiva dell'interesse configgente.

Qui, come sopra chiarito, il vizio del conflitto è antecedente, e incidente nella stessa fase formativa della volontà: e quella volontà, seppur “viziata”, il rappresentante organico coerentemente e diligentemente manifesta. Non vi è quindi spazio di applicazione qui per l'art. 1394 c.c.

D'altra parte, in senso contrario, il vizio della delibera nelle persone giuridiche del primo grado, una volta che la stessa sia stata efficacemente impugnata potrebbe (differentemente da quanto avviene nelle spa) essere opposto al terzo di mala fede, senza doversi ricorrere ad una norma specifica come avviene nelle s.p.a. . Ciò alla luce di quanto sopra esposto in tema di effetti dei vizi della fase deliberativa su quella rappresentativa, per il combinato disposto degli artt. 19 c.c. e 23/25 c.c.

Che poi la delibera votata con il voto dell'amministratore avente un interesse confliggente a quello della società possa esser annullata, si trae sia dall'applicazione analogica dell'art. 2391 c.c., ma soprattutto dal citato art. 21 c.c., il quale pur laconico e di limitata portata, in realtà consente di ricavarne un utile principio di portata generale.

Unanime dottrina ha infatti tratto da tale ultima disposizione che il divieto carico dell'amministratore di votare in merito alle delibere di approvazione del bilancio e di responsabilità degli amministratori costituisce in realtà espressione particolare del *“più ampio principio, codificato con riguardo alle società di capitali, che permette di impugnare le delibere assembleari o le decisioni suscettibili di recare danno alla società, prese con il contributo determinante di soggetti che abbiano un interesse in conflitto con quello della società”*, *“principio estensibile anche alle assemblee delle associazioni”*³⁹².

³⁹² Così: BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2003, p. 225; GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 330.

Imboccata questa strada pacificamente si prosegue affermando ulteriormente che il principio dell'impugnabilità delle delibere assunte con il voto determinate di un soggetto in conflitto di interessi varrebbe non solo per le delibere assembleari ma anche, più in generale, per tutte le deliberazioni collegiali degli enti *non profit*: così per le deliberazioni degli organi amministrativi dell'associazione e della fondazione³⁹³.

E' dunque assodato che la delibera assunta con il voto di un amministratore in conflitto di interessi (o solo avente un interesse non reso pubblico alla conclusione dell'atto) è annullabile anche con riferimento agli enti del Libro Primo.

E qualora la stessa venga effettivamente e correttamente impugnata, non occorrerà più nell'ambito delle persone fisiche del Libro Primo fare applicazione della disposizione eccezionale e derogatoria dell'art. 2391 c.c., venendo già in soccorso sul punto l'art. 19 c.c. il quale, applicabile come si è detto all'ipotesi di dissociazione tra poteri, dichiara opponibile al terzo il limite al potere di rappresentanza (limite dato dall'essere il potere rappresentativo subordinato al valido esercizio del potere gestorio), nonché i principi degli artt. 23 e 25 c.c. (o comunque della rappresentanza apparente) che fanno comunque salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede sulla base di un atto esecutivo di una delibera viziata.

Il vizio quindi ha rilevanza esterna autonoma, con il temperamento della tutela della buona fede dei terzi che hanno acquistato diritti in esecuzione della delibera assunta con il voto dell'amministratore mosso da un interesse personale o comunque confliggente con quello collettivo.

4.5. Una quarta ipotesi di conflitto di interessi.

³⁹³ Ancora BASILE, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 242; cfr. GRANELLI, *Spunti in tema di conflitto di interessi negli enti non profit*, op. cit., p. 159.

Va peraltro ben rilevato come le fattispecie esaminate sino ad ora dalla dottrina e dalla giurisprudenza deficino, come anticipato, dell'esame di una ulteriore ipotesi, di sicura rilevanza anche pratica, ravvisabile allorquando l'atto in conflitto di interessi sia compiuto autonomamente dall'amministratore ma in ipotesi in cui lo stesso doveva esser invece deliberato dal consiglio d'amministrazione.

Anche il presente caso ci riporta, quindi, alle ipotesi sopra viste di dissociazione dei poteri, ma aggiunge alla mera eventualità analizzata al precedente paragrafo l'elemento ulteriore del conflitto di interessi relativamente all'atto compiuto dall'amministratore in difetto della necessaria delibera.

Interessante appare quindi, anche sul punto, il confronto con quanto illustrato in tema di dissociazione del potere rappresentativo rispetto a quello gestorio, essendosi riscontrata una necessaria diversità di disciplina tra società per azioni e persone giuridiche del Libro Primo: se con riguardo alle prime si è concluso per l'inopponibilità ai terzi dell'atto concluso dal rappresentante in difetto di previa delibera per affetto dell'art. 12384, 2° co., c.c., con riguardo alle seconde si è invece ritenuto sostanzialmente opponibile il difetto, quando lo statuto, regolarmente iscritto, dà atto dei meccanismi deliberativi necessari per la formazione della volontà collettiva.

Come appare evidente, infatti, la fattispecie ora tratteggiata non rientra in nessuna delle ipotesi che si sono sopra elencate.

Non rientra nelle ipotesi esaminate sub nn. 2) e 3), perché nel caso in esame non si ha un amministratore unico o delegato ma la gestione della società, sia ordinaria che straordinaria, è attribuita al consiglio d'amministrazione e non al singolo amministratore dotato di potere rappresentativo.

Non rientra nemmeno nell'ipotesi n. 1) perché ad esser viziata dal

conflitto di interessi non è la deliberazione dell'organo competente a deliberare, essendo del tutto mancante la delibera *de qua* ed essendo il compimento dell'atto deciso autonomamente - anche se illegittimamente - dall'amministratore rappresentante.

Mentre in tutte e tre le ipotesi che si sono formulate precedentemente il conflitto di interessi riguarda l'organo cui è attribuito il potere deliberativo (ora il consiglio e quindi opera l'art. 2931 c.c., ora l'amministratore unico o delegato e quindi si applica l'art. 1394 c.c.), nel caso in esame riguarda un organo privo di tale potere, che nonostante ciò decide ed esegue l'atto in conflitto di interessi.

A ben vedere, dunque, ci troviamo dinanzi ad un comportamento doppiamente illecito dell'amministratore con rappresentanza: sia perché ha agito al di fuori delle proprie competenze gestorie (e appunto sul punto torna in rilievo quanto dedotto in materia di dissociazione), sia perché ha agito perseguendo un interesse contrastante con quello della società.

Quale disciplina si applica allora in queste ipotesi?

La questione si presenta di particolare interesse, anche perché non constavano precedenti giurisprudenziali in merito, sino all'originale pronuncia della Cassazione del 07.06.2000 n. 7724.

La prima domanda da porsi anche nel caso qui tratteggiato è se alla fattispecie in esame occorra guardare dalla prospettiva della dissociazione (e porre l'attenzione sulla carenza della delibera, che come visto dovrebbe costituire il presupposto sostanziale -ma non formale- dell'agire rappresentativo) o da quella del conflitto di interessi.

Ancora, occorre studiare la questione separatamente per le due tipologie di enti.

Con riguardo alle società per azioni vale il discorso sopra svolto: è vero che ora il difetto nella fase deliberativa attiene non a vizi della deliberazione ma alla sua totale mancanza, ma, come si è già

abbondantemente argomentato, anche tale tipologia di vizio ai sensi dell'art. 2384 c.c. non rivela all'esterno e non ha potenzialità per inficiare l'atto comunque concluso dal rappresentante.

In nulla aiutandoci quindi la disposizione ora citata, è invece da considerare e valutare il diretto comportamento del rappresentante; sotto tale secondo profilo emerge dunque il conflitto di interessi e la *quaestio* circa quale disposizione sia da applicare al caso di specie, se l'art. 2391 c.c. o il 1394 c.c.

Riprendendo allora i tre casi già prospettati, si è detto che in quel contesto la dottrina e la giurisprudenza hanno concluso per l'applicazione del 1394 c.c. nelle ipotesi di fisiologica carenza di delibera (nei casi di non necessità della stessa, come avviene quando vi sia un amministratore unico o l'operazione rientri tra quelle delegate ad un singolo amministratore).

Ma qui, che il difetto è da definirsi patologico e non fisiologico, *quid iuris?*³⁹⁴

Sul presupposto che nell'ipotesi prefigurata dall'art. 2391 c.c. il conflitto non emerge nel momento della stipulazione dell'atto con il terzo, bensì in quello anteriore in cui viene deliberata detta stipulazione e riguarda, quindi, l'esercizio del potere di gestione piuttosto che quello del potere rappresentativo, pare potersi escludere, per le ragioni abbondantemente dedotte, la sua applicabilità. D'altra parte, non avrebbe fondamento e giustificazione negare l'operatività del 1394 c.c. per il fatto che nel caso in esame la mancanza della deliberazione sarebbe non fisiologica, ma patologica. Ai fini dell'applicazione della disposizione *de qua* non importa il motivo per cui una prodromica deliberazione sia mancante, ma rileva la situazione oggettiva della sua carenza.

³⁹⁴ Cfr. FEDE, *Amministratore di S.p.A.: dissociazione tra potere gestorio e rappresentativo, conflitto di interessi*, op. cit., p. 145 ss.

In tal senso si è pronunciata peraltro un'attenta giurisprudenza³⁹⁵. La sentenza cui ci si riferisce ha l'indubbio merito di aver affermato con chiarezza che questa seconda situazione (data dalla "patologica assenza di delibera") in nulla si differenzia dalla prima ("fisiologica assenza di delibera") per quanto riguarda la disciplina del conflitto di interessi. Il fatto che l'assenza della delibera consiliare sia l'effetto di uno scorretto ed illegittimo svolgimento dell'*iter* gestorio, cioè, non priva la società del potere di chiedere l'annullamento per conflitto di interessi dell'atto compiuto dall'amministratore.

Esclusa l'applicazione al caso *de quo* dell'art. 2391 c.c. per mancanza di una deliberazione consiliare, si deve concludere per l'applicazione della norma generale dell'art. 1394 c.c., non ravvisando alcuna ragione per escludere dall'ambito di operatività di quest'ultima la rappresentanza delle società, con ciò ritenendo prive di fondamento sia quelle teorie che insistono nel considerare l' art. 2391 cc. «regola speciale - quindi unica applicabile - dell'ordinamento societario» in materia di conflitto di interessi³⁹⁶, sia il

³⁹⁵ Cass. Civ. 26.01.2006 n. 1525, in *Obbl. Contr.* 2007, 2, p. 132.

³⁹⁶ Non ha proprio senso far operare qui il principio di specialità posto che lo stesso può essere invocato solo quando due norme in conflitto risultano entrambe applicabili a una data fattispecie, e che invece l'art. 2391 non è applicabile quando, come avviene nel caso in esame, manca il presupposto imprescindibile per il suo operare, cioè una deliberazione collegiale, in assenza della quale pertanto non si verifica alcun concorso di norme. Né varrebbe l'ulteriore obiezione, sollevata da BELLACOSA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore unico di società per azioni e l'art. 2391 c.c.*, op. cit., p. 155 s. e 158 s., per cui la disciplina del conflitto di interessi non può essere diversa a seconda del numero degli amministratori, ossia a seconda che l'amministrazione sia unipersonale o pluripersonale. Infatti, quand'anche si ammettesse che la società è tutelata in misura minore dalla regola dell'art. 2391 c.c. di quanto non lo sia da quella dell'art. 1394 c.c. della qual cosa potrebbe dubitarsi, questo inferiore grado di tutela sarebbe «*da metter in relazione con le maggiori garanzie di oculatezza e ponderazione che sono offerte dal metodo collegiale e che dovrebbero ridurre i rischi di comportamenti conflittuali con quello*

orientamento per cui l'art. 1394 c.c. non sarebbe in sé mai applicabile alla rappresentanza organica³⁹⁷, di cui a breve si dirà.

della società» (CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 173). Sicché lo stesso principio di uguaglianza, richiamato implicitamente da questa dottrina per invocare un trattamento eguale di tutte le situazioni di conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a., può essere invocato per sostenere, al contrario, l'opportunità di un trattamento differenziato delle situazioni in cui manca una deliberazione collegiale rispetto a quelle in cui essa è presente: infatti poiché in quest'ultimo caso la società gode già di una qualche garanzia, offerta dalla necessità di rispettare il metodo collegiale, può giustificarsi una riduzione della sua tutela a vantaggio dei terzi.

³⁹⁷ Una parte della dottrina la quale, sovvertendo le conclusioni sin qui raggiunte, afferma infatti che l'art. 1394 c.c. non potrebbe comunque trovare applicazione in materia di persone giuridiche, ritenendolo incompatibile con la rappresentanza organica in generale, per il fatto che la posizione del rappresentante organico (qual è appunto l'amministratore di s.p.a.) sarebbe profondamente diversa rispetto a quella del rappresentante volontario, poiché l'operato del primo, in virtù del rapporto di immedesimazione organica con l'ente, coincide con l'operato dell'ente stesso; detto altrimenti, nella rappresentanza organica mancherebbe quella duplicità di soggetti che è indispensabile perché possa aversi conflitto di interessi. In senso critico è stato sottolineato, però, mutuando una distinzione elaborata dalla dottrina giuspubblicistica, che l'amministratore è legato alla società sia da un rapporto organico che da un rapporto di servizio, e che se effettivamente il primo è un rapporto che non intercorre tra due soggetti distinti ma è interno a un medesimo soggetto (l'ente), il secondo è un vero e proprio rapporto intersoggettivo, rispetto al quale è dunque perfettamente configurabile un conflitto di interessi tra l'amministratore e la società. Così, ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 cod. civ.*, op. cit., p. 121 ss. Del resto, si è visto (v. *infra*, capitolo secondo) come la dottrina maggioritaria ritenga che la disciplina della rappresentanza volontaria di cui agli artt. 1387 ss. c.c. si estenda in linea di massima anche alla rappresentanza organica, eccettuati quei profili per i quali si accerti un'effettiva incompatibilità con le peculiarità di questa ultima ovvero si rinvenga una disciplina speciale derogatoria: così per tutti, VISENTINI, *Della rappresentanza*, op. cit., p. 198 ss.

Peraltro, anche la giurisprudenza con la citata sentenza 1525/06 ha dichiarato applicabile l'art. 1394 c.c., ribadendo peraltro quanto sopra affermato circa l'opponibilità alla generale materia del conflitto di interessi dell'art. 2384, 2° co., c.c.

L'inapplicabilità dell'art. 2384, 2° co., c.c., viene giustificata asserendo che il conflitto di interessi costituirebbe una limitazione del potere di rappresentanza che ha fonte nella legge - e segnatamente, secondo l'impostazione che la Corte sceglie di seguire, nell'art. 1394 -, mentre la norma in questione è (come anzidetto) riferita alle sole limitazioni del potere di rappresentanza derivanti dall'atto costitutivo e dallo statuto, cioè dall'autonomia privata.

Ma, giunti a questo punto dell'approfondimento, altre considerazioni andrebbero ancora mosse.

Va infatti a questo punto rilevato che questa impostazione per cui il conflitto di interessi configurerebbe una limitazione legale del potere di rappresentanza, pur se accolta da una parte della dottrina³⁹⁸, non è da tutti condivisa e anche a chi scrive non appare coerente con principi basilari.

Si richiama infatti sul punto la differenza dogmatica esistente tra l'ipotesi di eccesso di potere di rappresentanza e quella di abuso dello stesso. Il conflitto di interessi infatti non consiste tanto in un agire al di fuori dei poteri rappresentativi, quanto nell'esercitarli stipulando un contratto che in concreto si presenta sfavorevole per il rappresentato, contrario al suo

³⁹⁸ BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 82, ma v. nella nota 21 la tesi sostenuta da questo autore sulle condizioni per l'opponibilità ai sensi dell'art. 1394 e dell'art. 2384, 2° co.; Corsi, *Diritto dell'impresa*, 2, Milano, 2001, 213; GISOLFI - LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. notariato*, 2004, p. 1329, in particolare p. 1340. Nello stesso senso sembra esprimersi anche Franzoni, *Società per azioni*, op. cit., p. 188 s.

interesse e volto a soddisfare un interesse del rappresentante ³⁹⁹.

La differenza tra eccesso di potere rappresentativo e conflitto di interessi si manifesta con evidenza anche dal punto di vista delle sanzioni, che sono nel primo caso l'inefficacia dell'atto compiuto dal rappresentante (art. 1398 c.c.), nel secondo caso la sua invalidità (art. 1394).

Il conflitto di interessi, dunque, non consiste in un difetto di rappresentanza: ed è proprio per questa ragione, come sottolinea correttamente un'altra dottrina, che esso non ha nulla a che vedere con l'art. 2384, 2° co., il quale riguarda per l'appunto le limitazioni del potere di rappresentanza e le ipotesi di eccesso di potere..

Nella rappresentanza volontaria i due rimedi dell'inefficacia e dell'annullamento si escludono vicendevolmente, perché si fondano su presupposti - la mancanza di potere rappresentativo nel primo caso, l'esercizio del potere rappresentativo in modo pregiudizievole per l'interesse del rappresentato nel secondo - che sono all'evidenza tra loro incompatibili. Delle due l'una: o il potere rappresentativo non c'è, e allora il contratto sarà inefficace; o il potere c'è, e allora si potrà valutare se dal contratto stipulato nel suo esercizio è ravvisabile un conflitto di interessi pregiudizievole per il *dominus*.

Per la rappresentanza delle società per azioni, invece, occorre tenere conto delle regole particolari dettate dall'art. 2384 c.c., per le quali il potere di rappresentanza attribuito al singolo amministratore è generale (1° co.) e le sue limitazioni rilevano soltanto nei rapporti interni con la società, salva sempre l'*exceptio doli* (2° co.).

³⁹⁹ MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, op. cit., p. 150 ss., afferma che il conflitto di interessi può incidere, in senso sfavorevole al rappresentato, sulla scelta in ordine alle seguenti circostanze: a) se concludere un contratto, b) quando concluderlo, c) con chi concluderlo, d) come cioè a quali condizioni concluderlo.

Ciò significa che nelle società per azioni il potere rappresentativo dell'amministratore, nei confronti dei terzi, si considera sempre come sussistente, anche laddove dovrebbe invece dirsi non esistente (perché se funzionale a rappresentare la volontà dell'ente, ove tale volontà non si formi, il potere di rappresentanza non dovrebbe ritenersi nemmeno esercitabile). Dunque mentre nella rappresentanza volontaria il *dominus* può invocare in ogni caso nei confronti del terzo il difetto di potere rappresentativo del *procurator*, e gli basta riscontrare l'obiettiva assenza di tale potere per ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto nei suoi confronti (a meno che vi sia una situazione di apparenza del potere rappresentativo a lui imputabile, fattispecie riguardo alla quale oltre diremo), la società per azioni all'opposto non può limitarsi a invocare siffatta circostanza oggettiva, ma deve dare prova dell'ulteriore requisito soggettivo dell'“agire intenzionale” del terzo a suo danno⁴⁰⁰.

Ciò implica che, differentemente da quanto accade nella rappresentanza volontaria, potrà disporsi l'annullamento del contratto per conflitto di interessi dell'amministratore rappresentante anche quando il potere rappresentativo di questi risulti oggettivamente insussistente (perché per l'appunto non si era formata la volontà sociale), perché nei confronti del terzo, a meno che non se ne provi il dolo, detto potere sarà considerato come se fosse esistente⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Cfr. RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, op. cit., 253 ss.

⁴⁰¹ Alla luce di queste brevi considerazioni, appare senz'altro corretto il procedimento logico seguito nella sentenza in commento dalla Suprema Corte, che ha dapprima esaminato la questione della rilevanza esterna della dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo, per verificare se potesse dirsi che nei confronti dei terzi l'amministratore Tizio fosse privo del potere di rappresentare la società, e successivamente, una volta approdata a esito negativo tale verifica, e riscontrato che Tizio esternamente appariva dotato del potere di stipulare il contratto d'opera

b) Con riguardo alle persone giuridiche del Libro Primo invece il discorso, ancora, cambia.

Qui il profilo della dissociazione e quello del limite legale al potere di rappresentanza del 1394 c.c. convivono perché già il primo vizio rileva esternamente.

Si è detto infatti che la carenza della delibera invece richiesta per la formazione della volontà sociale (alla cui sola esternazione è funzionalmente preordinata la rappresentanza in capo all'amministratore), laddove l'*iter* formativo della stessa la prevede e un tanto sia iscritto nello statuto sociale, può ben rilevare all'esterno e ciò sia che si guardi allo stesso come limita alla rappresentanza, sia che si guardi a quello come limite al potere gestorio, incidente sulla formazione o meno di una volontà collettiva.

Nel primo caso infatti il rappresentante eccederebbe i limiti del potere, nel secondo sarebbe da ritenere come se lo stesso agisse integralmente in difetto di potere di rappresentativo (il quale appunto si ripete in tanto è conferito in quanto diretto a manifestare la volontà della persona giuridica; e laddove la volontà non si formi legittimamente, manca il potere del rappresentante a "esternare" alcunché). In ambo le ipotesi comunque l'atto così concluso dovrebbe dirsi inefficace per la persona giuridica ai sensi del combinato disposto degli artt. 19 e 1398 c.c.

Il fatto che inoltre, tale atto si palesi anche in conflitto di interessi, è un *quid pluris* che tuttavia riteniamo non debba qui venire in considerazione, proprio perché con riguardo alle persone giuridiche del Libro Primo si ha la possibilità di arrestarsi ad un livello ancora precedente (non consentito ex art 2384 primo comma nelle spa). Il conflitto di interessi emergerebbe,

professionale in oggetto, è passata a considerare se Tizio avesse esercitato il potere rappresentativo in conflitto di interessi con la società.

ai sensi dell'art. 1394, in capo all'amministratore e condurrebbe all'effetto di far ritenere l'atto annullabile nei termini di cinque anni, ma sul presupposto di un abuso del potere rappresentativo.

Ma avendo ritenuto che nel caso delle persone giuridiche possa invece (a differenza delle spa) rilevarsi e valorizzarsi ancor prima di un abuso, un vero difetto di potere, ecco che la tutela di maggior pregio per la persona giuridica sarà avvalersi del primo rimedio piuttosto che del secondo.

4.6. Conclusioni

A voler tirare brevemente le somme della panoramica offerta sul tema del conflitto di interessi degli amministratori si ricapitoli così la disciplina delineata.

Nell'ambito delle società di capitali troverà applicazione l'art. 1394 c.c. in tutte le ipotesi in cui l'amministratore agisca in conflitto di interessi sulla base di valutazioni de tutto autonome e non determinate (o per la parte non determinata) da una delibera del consiglio di amministrazione. Saranno dunque queste le ipotesi di atto concluso dall'amministratore unico, dall'amministratore delegato ovvero dall'amministratore rappresentante il quale, pur essendo previsto il previo atto autorizzativo della delibera consiliare, agisca in carenza di detta delibera e persegua, con il compimento dell'atto, interessi personali configgenti con quelli societari.

Diversamente, sarà applicabile la disciplina di cui all'art. 2391 c.c. in tutti i casi in cui ad esser viziata da conflitto di interessi sia proprio la prodromica delibera dell'organo competente, sulla cui base poi il rappresentante ha agito.

Nelle persone giuridiche del Libro Primo, invece, continueremo a fare applicazione dell'art. 1394 c.c. per le medesime ipotesi di amministratore

delegato o unico che agisca in conflitto di interessi rispetto all'ente.

Per il diverso caso in cui invece il medesimo amministratore operi, in conflitto di interessi, ma senza la delibera alla quale avrebbe dovuto invece attenersi, l'atto concluso, ancor prima che annullabile, deve dirsi per l'ente sostanzialmente inefficace, operando qui l'art. 19 c.c. e la disciplina sulle limitazioni al potere di rappresentanza, che invece non aveva potuto trovare applicazione nelle società in forza della novellata disciplina del 2384 c.c., salva *l'exceptio doli*. Si noti bene che la limitazione del potere cui ci si riferisce e che rende operante l'art. 19 c.c. non è il conflitto di interessi (che erroneamente la Corte di Cassazione ha considerato limite legale al potere rappresentativo), ma la limitazione derivante dalla necessaria conformità dell'agire rappresentativo alla deliberazione del consiglio di amministrazione, secondo lo schema della dissociazione dei poteri già analizzata.

Infine, nell'ipotesi in cui il conflitto emerga nella fase deliberativa in seno al consiglio di amministrazione, deve ritenersi che i principi applicabili in via analogica dell'art. 2391 c.c. consentano di ritenere annullabile la delibera medesima, mentre per gli effetti che dovrebbero conseguire all'eventuale annullamento della delibera medesima dovrà guardarsi alle disposizioni di cui agli artt. 23 e 25 c.c.

5. Atti estranei all'oggetto sociale e atti non pertinenti allo scopo dell'ente.

Altra fattispecie sulla quale occorre interrogarsi con riguardo alle ipotesi di atti compiuti dal rappresentante e che potrebbero esser contestati e rifiutati dalla persona giuridica rappresentata attiene al caso in cui il rappresentante organico abbia concluso un contratto o posto in essere un atto non pertinente con l'oggetto sociale o lo scopo dell'ente.

Ancora una volta, l'ambito all'interno del quale la scienza giuridica si è maggiormente pronunciata è stato quello delle società per azioni, posto che gli atti *ultra vires* sono stati lì solo, per un certo periodo (tra la novella del 1969 e la riforma del 2003) oggetto di disciplina *ad hoc*, sulla quale peraltro si sono a lungo confrontate tesi dottrinarie e giurisprudenza.

E ancora una volta, è da quell'ambito e dalle considerazioni lì sviluppate che prenderemo le mosse per valutare la portata del limite in questione anche all'interno della disciplina degli enti del Libro Primo.

5.1. La disciplina nelle società commerciali. La recente evoluzione.

Nel suo primissimo configurarsi (anteriore quindi anche alla novella del 1969) la problematica che ora ci apprestiamo ad esaminare era disciplinata, anche per le società per azioni, dall'art. 2298 c.c. e sul tema della sorte degli atti estranei all'oggetto sociale e dei riflessi della definizione statutaria dell'attività dell'ente sul potere di rappresentanza degli amministratori si era acceso un vivace dibattito caratterizzato da una particolare varietà di posizioni⁴⁰².

Alla teoria supportata dalla giurisprudenza e dottrina prevalenti, che si esprimeva in favore dell'invalidità o al più dell'inefficacia dell'atto compiuto dall'amministratore al di fuori dall'oggetto sociale⁴⁰³, si contrapponeva un'opinione minoritaria, seppur autorevole, che vedeva

⁴⁰² Sull'argomento si veda l'attenta disamina già svolta, seppur sotto la vigenza della disciplina anteriore alla riforma del 2003, svolta da CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 183 ss.

⁴⁰³ Cfr., come a breve si dirà, VASELLI, *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, Padova, 1947, p. 117; ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, p. 77; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 149 ss.; CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, op. cit., p. 61 ss

nell'oggetto sociale un limite al potere gestorio degli amministratori destinato ad operare esclusivamente nei rapporti interni e quindi, sul piano della responsabilità verso la società. Gli atti *ultra vires* restavano dunque validi ed efficaci ed il vizio della non pertinenza inopponibile al terzo, a prescindere dall'elemento psicologico⁴⁰⁴.

Questa posizione si fondava sull'impossibilità di formulare un giudizio a priori sulla concreta pertinenza di un atto rispetto ad una determinata attività, potendo ciascun atto essere considerato nella sua tipicità come astrattamente strumentale a qualsiasi campo di azione. Non ritenendo sussistente un criterio tale da bilanciare gli opposti interessi, si dava prevalenza piena all'esigenza di tutelare i terzi senza addossar loro rischi di valutazioni in concreto attribuibili solo agli amministratori ed ai soci⁴⁰⁵.

Ma anche sul fronte opposto, quello che mirava a riconoscere rilevanza esterna all'estraneità dell'atto all'oggetto sociale, si riscontrava un notevole contrasto di opinioni, con riguardo tanto alle premesse teoriche su cui tale conclusione veniva fondata, quanto al modo di affrontare e risolvere i problemi conseguenti dell'opponibilità ai terzi del vizio dell'atto e della possibilità di una ratifica o di un'autorizzazione assembleare degli atti estranei.

Essenzialmente si poneva il dilemma se concepire l'*ultra vires* come difetto di capacità o carenza di legittimazione dell'ente (e non dell'organo che

⁴⁰⁴ Così, a titolo esemplificativo: FERRI, *Fideiussione prestata da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1959, II, p. 27 ss.; RESCIGNO, *Sulla validità degli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1968, II, p. 263. In giurisprudenza, *ex plurimis*: Cass. Civ., 03.07.1968, n. 2224, in *Giur. civ.* 1969, I, p. 294.

⁴⁰⁵ ASCARELLI, *Fideiussione, conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio: oggetto e capacità sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 741 ss.; CERAMI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 653 ss.

pone in essere l'atto)⁴⁰⁶ oppure semplicemente come violazione di un limite posto dalla legge al potere di rappresentanza degli amministratori⁴⁰⁷. Mentre la prima impostazione portava a negare la possibilità di una delibera autorizzativa di ratifica dell'atto estraneo, la seconda apriva la porta alle soluzioni le più disparate: da quelle più rigorose che non consentivano autorizzazioni o ratifiche, salvo la modifica dello statuto, a quelle che subordinavano l'efficacia dell'atto estraneo a deliberazioni conformi (preventive o successive, all'unanimità o a maggioranza dei soci), a quelle - da ultimo - che, distinguendo tra atti meramente estranei e atti modificativi dell'oggetto sociale, limitavano ai primi l'ammissibilità di un'autorizzazione o ratifica ad opera dell'assemblea ordinaria⁴⁰⁸.

Sotto il profilo dei rapporti con i terzi, tuttavia, questo orientamento non forniva una risposta adeguata all'esigenza di tutelare il terzo contraente rispetto a difficili valutazioni sull'estraneità dell'atto. Il tentativo di contemperare gli opposti interessi veniva allora in parte soddisfatto facendo salvo l'affidamento del terzo derivante dall'apparenza⁴⁰⁹.

Con la riforma del 1969 veniva introdotto l'art. 2384 bis c.c., per il quale

⁴⁰⁶ In questo primo senso, v.: VASELLI, *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, op. cit., p. 117; ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, op. cit., p. 77.

⁴⁰⁷ Così invece MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 149 s.; CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, op. cit., p. 61 ss.

⁴⁰⁸ Rispettivamente, propendevano per la prima teoria: GLIOZZI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni*, Milano, 1970, p. 219 ss.; per la seconda, GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Torino, 1959, p. 308 e FALASCHI, *Fideiussioni, garanzia data a terzi e conflitto di interessi*, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 1954, I, p. 292 ss.; per la terza, GRAZIANI, *Se una società per azioni possa prestare garanzie per altra società qualora tale prestazione non sia prevista nell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 36 ss. e p. 42.

⁴⁰⁹ Sul principio in parola v. *infra*, capitolo quinto

l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale non poteva esser opposta al terzo di buona fede. La norma nasceva sulla spinta dell'ormai noto art. 9 n. 1 della I direttiva CEE la quale, pur affermando il 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*", lasciava agli Stati membri la facoltà di stabilire che la società non fosse obbligata quando tali atti superassero i limiti dell'oggetto sociale, se essa provava che il terzo sapeva che l'atto esorbitava dall'oggetto sociale o non poteva ignorarlo alla luce delle concrete circostanze. Precisava, peraltro, che la sola pubblicazione dello statuto non bastava a costituire la prova di una tale conoscenza o conoscibilità.

L'introdotta norma dell'art. 2384 bis c.c. costituiva una mediazione rispetto alle più rigorose tendenze nate dalla prima direttiva comunitaria, che avrebbero voluto una disciplina analoga a quella di qualsiasi altro limite al potere di rappresentanza in materia di società per azioni (e quindi la totale inopponibilità ai terzi salva l'ipotesi non della loro mera mala fede, ma della specifica intenzione di danneggiare la società). La soluzione allora prospettata rispondeva, anch'essa, all'intento di garantire le esigenze di protezione dei terzi e salvaguardare la sicurezza dei traffici, senza però sacrificare *in toto* l'interesse dei soci al rispetto dell'oggetto sociale⁴¹⁰.

Peraltro, se la norma sanciva la rilevanza esterna del limite al potere dei rappresentanti dato dall'oggetto sociale, d'altra parte non metteva a tacere le posizioni dottrinarie di chi comunque negava l'opponibilità del limite *de quo* (adducendo ad un'inapplicabilità pratica della norma posto che mai si sarebbe potuto pretendere da parte del terzo di conoscere la pertinenza o meno di un atto all'oggetto sociale), né risolveva, per quella parte di dottrina disposta a considerare la rilevanza esterna del limite, le

⁴¹⁰ Cfr. in tal senso LA VILLA, *L'oggetto sociale*, Milano, 1974, p. 253 ss.

problematiche relative al concreto giudizio di pertinenza di cui il terzo doveva farsi carico⁴¹¹.

Volendo quindi porre la parola fine ai dubbi interpretativi di cui sopra, il legislatore del 2003 rivoluzionava ancora la disciplina abrogando l'art. 2384 bis c.c. e sancendo in modo definitivo il principio per cui gli amministratori delle società per azioni hanno un potere di rappresentanza "generale", senza più menzionare la pertinenza all'oggetto sociale⁴¹².

Ciononostante, né l'abrogazione della norma in esame, né il principio espresso dal primo comma dell'art. 2384 c.c. sono stati in grado di apporre la stessa parola fine agli interrogativi sulla persistenza e rilevanza del limite in oggetto e sugli eventuali confini di detta rilevanza.

La questione è di particolare rilievo per il nostro lavoro, posto che anche con riferimento agli enti del Libro Primo mancava e manca una disposizione analoga a quella che era un tempo l'art. 2384 bis c.c., e vi sarà da domandarsi anche qui, allora, se pur in difetto di un'apposita norma, l'estraneità all'oggetto sociale di un atto debba rilevare, e in caso di risposta affermativa, in quali termini.

5.2. Sopravvivenza del limite dell'oggetto sociale anche in assenza di una disposizione *ad hoc*: appartenenza alla categoria dei limiti ai poteri degli amministratori di cui all'art. 2384, secondo comma, c.c.

Dal quadro sopra delineato, risulta innegabile che il limite al potere rappresentativo degli amministratori costituito dal rispetto dell'oggetto sociale sia uscito fortemente ridimensionato dall'intervento riformatore

⁴¹¹ ASCARELLI, *Fideiussione, conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio: oggetto e capacità sociale*, op. cit., p. 742; FERRI, *Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui e atti estranei all'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 226 ss.

⁴¹² MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 194 ss.

del legislatore del 2003⁴¹³. La contemporanea abrogazione dell'art. 2384-*bis* c.c. e l'esplicita previsione di un carattere generale del potere di rappresentanza delineano una chiara scelta del legislatore nel senso di tutelare, anche sotto tale ulteriore profilo, i terzi che si trovano ad avere rapporti con la società, con conseguente garanzia di un maggior grado di sicurezza dei traffici commerciali.

Non apparirebbe pertanto del tutto errato ritenere che, ad oggi, l'oggetto sociale non limiti in alcun modo il potere di rappresentanza degli amministratori.

In realtà tale opinione è rimasta assolutamente minoritaria, dato che, già nella prima fase successiva alla riforma, la dottrina maggioritaria⁴¹⁴ ha invece posto in evidenza come, nel caso in cui un amministratore munito del potere di rappresentare la società ponga in essere un atto estraneo all'oggetto sociale, debba comunque trovare applicazione il secondo comma dell'art. 2384 c.c.

Sotto questa prospettiva, il limite dell'oggetto sociale, non dovrebbe dirsi completamente privato di ogni importanza, ma continuerebbe a vivere nella più ampia categoria delle limitazioni ai poteri degli amministratori, e quindi, fermo senza dubbio il minor rilievo (stante quanto fin qui detto), continuerebbe comunque ancora a rilevare nell'ipotesi in cui la società

⁴¹³ MALBERTI, *ibidem*. Lo stesso Autore ricorda che la Relazione al D.Lgs. 6/2003 afferma che gli amministratori “*hanno poteri di gestione estesi a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (art. 2380-bis) e una rappresentanza generale per tutti gli atti compiuti in nome della società (art. 2384)*” e quindi la contrapposizione tra l'estensione del potere di gestione e quello di rappresentanza sarebbe evidente nella mente del legislatore.

⁴¹⁴ Così a titolo esemplificativo: CAMPOBASSO, *La riforma delle società e delle cooperative*, Torino, 2004, p. 120; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 288; MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003 p. 422 ss.; TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, 2^a ed., Milano, 2006, p. 138 ss.

fosse in grado di dar prova dell'aver il terzo agito intenzionalmente a danno della società.

E' stato però sostenuto che una tale soluzione si scontrerebbe, apparentemente, con il predetto disposto previsto dal primo comma dell'art. 2384 c.c. per il quale, oggi, il potere di rappresentanza degli amministratori è *generale* (ciò nel senso già visto per cui, salvo limitazioni espressamente previste - e quella dell'oggetto sociale non lo sarebbe -, non potrebbero invocarsi impliciti limiti al potere rappresentativo, che rimane appunto generale ed esteso ad ogni atto compiuto dal rappresentante).

Ecco che per risolvere il problema dei rapporti tra il carattere generale del potere di rappresentanza degli amministratori ed i limiti che derivano dall'oggetto sociale (e in generale dallo statuto), sono state prospettate quattro diverse le soluzioni⁴¹⁵.

Una prima corrente di pensiero sostiene che il potere generale di rappresentanza dovrebbe comunque essere sempre interpretato alla luce ed in funzione dell'oggetto sociale, il quale, in quanto sottoposto ad un regime di pubblicità legale, costituirebbe non un "limite" propriamente detto sottoposto alla disciplina dell'art. 2384 c.c., ma un connotato, un vincolo intrinseco ed ineludibile anche per i terzi che si trovano ad aver contatti con la società o l'ente⁴¹⁶.

Si noti, tuttavia, che espressamente già l'art. 9 della I direttiva comunitaria, nel consentire agli stati membri di inserire la previsione del limite dell'oggetto sociale, disponeva che la sola pubblicazione dello

⁴¹⁵ MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 196.

⁴¹⁶ Si sono espressi in tal modo: PESCATORE, *La società per azioni*, in AA.VV. *La riforma del diritto societario* a cura di Buonocore, Torino, 2003, p. 69 ss.; PACCHI, *Gli interessi degli amministratori e i limiti ai loro poteri*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 662 ss. ed *ivi* p. 693 ss.

statuto non avrebbe potuto valere a provare la conoscenza da parte di terzi dell'estraneità all'oggetto sociale dell'atto compiuto, posto che detta valutazione coinvolge elementi di giudizio ulteriori rispetto alla mera indicazione statutaria di un oggetto. D'altra parte, a parere di chi scrive, anche la circostanza che fosse consentito agli Stati membri la facoltà, a loro discrezione, di mantenere o meno la rilevanza del limite in parola implica che lo stesso non potesse e non possa esser semplicemente considerato quale elemento limitante intrinseco e ontologico del potere rappresentativo organico.

Una seconda opinione esclude totalmente rilevanza al limite dell'oggetto sociale rilevando come lo stesso non possa farsi rientrare nell'ambito del secondo comma dell'art. 2384 c.c. che riguarderebbe solo i casi in cui il potere rappresentativo sia limitato dallo statuto o da una decisione degli organi competenti⁴¹⁷.

La tesi, per quanto aderente al dato normativo, finisce per comportare conseguenze che rischiano di divenire paradossali, anche in ambito societario. Infatti, se così fosse si dovrebbe ritenere che, se un terzo concludesse con l'amministratore un contratto estraneo all'oggetto sociale con il preordinato intento di ledere la società, egli potrebbe in ogni caso far salvo il suo diritto⁴¹⁸. Peraltro, tale tesi appare criticabile anche sotto altro profilo, per il fatto che andrebbe motivata la conclusione per cui il limite dell'oggetto non potrebbe considerarsi limite statutario, dal momento che è lo statuto stesso che deve menzionare l'oggetto sociale e l'attività cui l'ente è diretto e, d'altra parte, è la legge stessa che continua a considerare l'oggetto sociale quale limite al potere gestorio. Che poi il

⁴¹⁷ Così: DE ACUTIS e SANTINI, *S.p.A. – Amministrazione e controllo*, Milano, 2003, p. 31 ss.; RESTAINO, *Commento all'art. 2384 c.c.*, in *Comm. Sandulli, Santoro*, 2/I, Torino, 2003, p. 422 ss.

⁴¹⁸ MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 197, nota 79.

secondo comma dell'art. 2384 c.c. possa riferirsi anche a limiti "impliciti" derivanti dal testo statutario e dalle limitazioni al potere deliberativo, in realtà, non è stato posto in dubbio dalla dottrina e dalla giurisprudenza laddove si è discusso di limite derivante dalla dissociazione. Anche lì la limitazione del potere rappresentativo (per gli autori che in questi termini l'hanno interpretata) derivava solo indirettamente dalle disposizioni sull'amministrazione, ma non per questo si era esclusa l'applicabilità della disposizione in esame (anche considerando il fatto che la tutela che residua alla società è davvero limitata).

Terza possibile soluzione è quindi quella di ritenere che i "vincoli" derivanti dal rispetto dell'oggetto sociale possano ben esser opposti ai terzi nello stesso modo in cui sono opponibili i limiti previsti dall'art. 2384, 2° co., c.c. (essendo, per l'appunto, inquadrabili nel concetto di "limiti statutari"), ed anche con riguardo a questi atti estranei allo stesso dovrebbe trovare applicazione il regime di opponibilità (seppur estremamente ridotto) ivi contemplato.

Questa tesi ha trovato il maggior appoggio da parte della dottrina interessata alla questione⁴¹⁹ ed è quella che consente il maggior temperamento di interessi tra le parti coinvolte.

L'ultima tesi, che da questa terza muove e si sviluppa, arriva ad estendere -eccessivamente a nostro parere - la *ratio* sottesa alla predetta soluzione, ritenendo che il secondo comma dell'art. 2384 c.c. varrebbe come espressione di un principio di applicazione generale da estendersi a qualsiasi atto compiuto dall'amministratore, anche non sottoposto affatto ad alcun limite: nel senso che ogni volta il terzo agisca a intenzionalmente

⁴¹⁹ CAMPOBASSO, *La riforma delle società e delle cooperative*, op. cit., p. 120; DI SABATO, *Diritto delle società*, op. cit., p. 288; MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, op. cit., p. 422 ss.; TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, op. cit., p. 138 ss.

a danno della società, il contratto così concluso sarebbe impugnabile o meglio ancora, improduttivo di effetti per la società⁴²⁰.

Come anzidetto la soluzione che più pare rispettare la *ratio* della riforma e la tutela dei contrastanti interessi è quella elencata per terza.

Deve ritenersi che il legislatore non abbia voluto indiscriminatamente estendere il potere di rappresentanza anche agli atti estranei all'oggetto sociale ma si sia limitato a riconsiderare il profilo di opponibilità degli stessi, con la conseguenza che anche gli atti estranei all'oggetto sociale dovrebbero essere trattati alla stregua di atti compiuti in violazione di una limitazione statutaria e quindi, come ormai noto, nelle società per azioni, restare validi ed efficaci nei confronti di ciascun terzo, a prescindere da ogni assolvimento pubblicitario, salvo il solo caso dell'*exceptio doli*.

In tale senso si è espressa altresì la recente giurisprudenza per la quale *“l'oggetto sociale costituisce ai sensi dell'art. 2384 c.c., un limite al potere rappresentativo degli amministratori, i quali non possono perseguire l'interesse della società operando indifferentemente in qualsiasi settore economico, ma devono rispettare la scelta del settore in cui rischiare il capitale fatta dai soci nell'atto costitutivo”*⁴²¹. Analogamente, *“nella fattispecie, relativa ad un atto di costituzione di ipoteca a garanzia di un debito di altra società collegata, la S.C. ha escluso che, agli effetti dell'inerenza dell'atto all'oggetto sociale (n.d.r., che quindi ben continua ad operare), fossero sufficienti da un lato l'astratta previsione statutaria del compimento di operazioni finanziarie e, dall'altro, la conformità dell'operazione all'interesse della*

⁴²⁰ Questa è la posizione sostenuta da GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in GALGANO e GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 2a ed., in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da Galgano, XXIX, Padova, 2004, p. 183 ss. e *ivi* p. 279 ss.

⁴²¹ Cfr. Cass. Civ. 04.08.2006, n. 17696, in *Impresa*, 2007, 2, p. 306.

società”⁴²².

Costituendo limite sottoposto alla disciplina dell’art. 2384 c.c., la Suprema Corte ha ancora affermato che “*ove con formula generica lo statuto sociale consenta lo svolgimento di una determinata attività (nella specie rilascio di una garanzia in quanto compatibile con l’oggetto sociale), la società che neghi la buona fede del terzo (oggi dovrebbe essere: che affermi che il terzo ha agito intenzionalmente a suo danno) ha l’onere di allegare e dimostrare che l’operazione controversa rappresentava in concreto mezzo del tutto estraneo rispetto al suo fine sociale e che il terzo*”⁴²³ ha agito intenzionalmente a suo danno; *incombe dunque sulla società dimostrare la mala fede (oggi: l’azione intenzionalmente lesiva) in relazione all’estraneità dell’atto negoziale all’oggetto sociale, non potendo essa giovare della mera mancata dimostrazione, da parte del terzo, dell’attinenza dell’atto all’oggetto sociale*”⁴²⁴.

5.3. I criteri di individuazione dell’estraneità dell’atto all’oggetto sociale.

Tanto premesso circa la configurabilità del limite in esame quale rientrante nel novero delle limitazioni statutarie al potere di rappresentanza, veniamo ora al problema pratico dell’individuazione dei criteri in forza dei quali considerare un atto pertinente o meno all’attività sociale.

La definizione di un atto come "estraneo all'oggetto sociale" pone non pochi problemi, aprendo lo scenario ad una categoria di atti quanto mai articolata. È infatti tutt'altro che semplice stabilire se e quando un'operazione sia da considerarsi estranea all'oggetto sociale. La difficoltà

⁴²² Cfr. Cass. Civ., 21.11.2002, n. 16416, in *Società*, 2003, p. 697.

⁴²³ Cfr. Cass. Civ., 26.03.2009, n. 7293, in *CED Cassazione*, 2009.

⁴²⁴ Cfr. Cass. Civ., 06.02.1993, n. 1506, in *Foro It.*, 1994, I, p. 165.

principale consiste nell'individuazione di quel confine, che in alcuni casi può veramente apparire impalpabile e sfumato, che separa l'attività gestionale vera e propria dall'attività extra-gestionale, anche tenuto conto dell'evoluzione del programma di sviluppo tracciato dall'organo di gestione.

Per prima cosa va sgombrato il campo dall'equivoco che il binomio atti inerenti all'oggetto sociale/atti estranei all'oggetto sociale si sovrapponga a quello atti di ordinaria amministrazione/atti di straordinaria amministrazione.

I due concetti muovono infatti su piani diversi e non sovrapponibili.

Un tanto peraltro ha concluso anche la giurisprudenza la quale ha statuito che non vi è coincidenza tra la nozione di ordinaria e straordinaria amministrazione (rilevabile tra l'altro con riferimento agli atti da compiersi nell'interesse dei soggetti incapaci di agire, ai sensi degli artt. 320, 374, 394 c.c.) ed analoga nozione, riferita all'ambito dei poteri facenti capo ai titolari dei poteri di amministrazione di una persona giuridica. La distinzione in parola infatti nel secondo caso va ancorata al diverso concetto di oggetto sociale, indipendentemente dall'importanza economica e della natura giuridica dell'attività svolta⁴²⁵.

Andrebbero pertanto annoverati tra gli atti di competenza dell'organo amministrativo tutti quegli atti che rientrano nella gestione dell'ente, mentre eccederebbero i poteri dello stesso quelli che comportano (come gli atti di disposizione o di alienazione dell'azienda sociale) una modifica della struttura dell'ente, dunque, eccedenti rispetto all'oggetto sociale.

Il principio espresso dalla citata sentenza, pur rivelandosi in ultima analisi appropriato, va coordinato con un maggior approfondimento, qual è

⁴²⁵ Cass. Civ., 03.03.2010, n. 5152, in *Le Società* 2010, n. 8 p. 929 con commento di FANTI, *L'attuazione dell'oggetto sociale quale parametro per definire l'ordinaria amministrazione*, *ivi*, p. 931.

quello svolto sul tema in dottrina⁴²⁶.

Occorre muovere dalla considerazione che l'oggetto sociale di una collettività organizzata indica un'attività e non un insieme di atti, la cui modificazione può avvenire soltanto nelle forme e con le modalità previste per le delibere dell'assemblea straordinaria e non in via di fatto.

Preliminare rispetto all'indagine sui vari criteri proposti da dottrina e giurisprudenza è allora risolvere il problema se, nella valutazione dell'estraneità dell'atto rispetto all'oggetto sociale, si debba tener conto anche dell'utilizzazione effettiva o destinazione che di quel bene è stata fatta.

E' infatti innegabile che nella maggior parte dei casi (salve rare ipotesi in cui il giudizio di effettiva pertinenza può esser formulato a prescindere da accadimenti successivi all'atto stesso) l'atto si presenta con caratteri di "neutralità ovvero di solo potenziale compatibilità rispetto all'oggetto sociale"⁴²⁷: la sua effettiva destinazione alla realizzazione dell'attività e dello scopo sociale finisce spesso per dipendere dalle intenzioni e dai successivi comportamenti degli amministratori⁴²⁸.

⁴²⁶ Utile, seppur datata, appare la lettura di ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, p. 398 ss.; nonché CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p.185 ss., in particolare alla nota 13; PUBUSA, *Poteri di rappresentanza degli amministratori di società per azioni e loro limiti ai sensi degli artt. 2384 e 2384 bis c.c.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1972, I, p. 381 ss.

⁴²⁷ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 189.

⁴²⁸ Senza dubbio per alcune tipologie di atti il ragionamento è più semplice: si pensi alla stipula di un contratto bancario da parte di una società, per l'appunto, bancaria. In tal caso l'atto potrebbe anche non corrispondere in concreto all'interesse della società ma non potrebbe esser posto in dubbio il fatto che lo stesso non rientri nell'oggetto sociale; ovvero per un'associazione culturale sarà normale stipulare certi tipi di contratti, come locazioni di locali per mostre, rapporti di lavoro occasionale con

Ma se così fosse e fosse esatta l'affermazione secondo cui “*qualunque atto tipicamente considerato può conciliarsi, in un caso concreto, con una determinata attività e qualunque atto tipicamente considerato può invece non esser coordinato, nel caso concreto, con lo svolgimento di una data attività*”⁴²⁹, se ne dedurrebbe che l'estraneità dell'atto rispetto all'oggetto sociale potrebbe essere accertata in concreto solo a posteriori: in molti casi è solo l'esito successivo che consente di valutare l'inerenza di un dato atto all'oggetto sociale.

E poiché non sarebbe mai possibile per il terzo conoscere l'effettiva futura destinazione dell'atto che potrebbe rilevarne la mancanza di strumentalità rispetto all'attività sociale, e poiché, ancora, un approccio di questo tipo contrasterebbe con il criterio della buona fede richiesto al terzo che deve sussistere al momento della conclusione del contratto e rischierebbe di introdurre un criterio valutativo che sconfinava in un giudizio sulla utilità dell'atto medesimo (il rischio “di impresa” non può in nessun caso esser fatto gravare sul terzo, il quale non può essere sottoposto al giudizio sul successo o sull'insuccesso dell'iniziativa degli amministratori della società con cui trattano⁴³⁰), si dovrebbe concludere per la sostanziale inapplicabilità del principio dell'opponibilità dell'atto estraneo all'oggetto sociale perché inattuabile all'atto pratico: sia perché non è pensabile di imporre a terzi di prevedere l'intenzione degli amministratori in merito alla futura destinazione di un determinato atto,

relatori per conferenze (in tal senso GLIOZZI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni*, op. cit., p.122; LA VILLA, *L'oggetto sociale*, op. cit., p. 268 ss.). Ma vi è una miriade di altri contratti che possono avere finalità strumentale all'esercizio della medesima attività. Perciò anche una sponsorizzazione che si avvicini allo schema causale della donazione può astrattamente rientrare nell'oggetto sociale, se la sua erogazione favorisce in qualche modo l'iniziativa di quell'ente.

⁴²⁹ ASCARELLI, *Fideiussione, conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio: oggetto e capacità sociale*, op. cit., p. 742.

⁴³⁰ MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 196.

sia perché a contrario si onererebbe la società che volesse invocare l'inefficacia dell'atto, della prova, diabolica, di provare che il terzo doveva immaginare detta futura utilizzazione⁴³¹.

Avvalendosi del criterio finalistico dell'atto non si giungerebbe, quindi, ad alcun risultato appagante.

Ma prima di accedere ad una soluzione che finirebbe per svuotare di senso e utilità pratica un principio che invece senso ed utilità ha, l'interprete è tenuto a valutare la proponibilità di un criterio di valutazione della pertinenza o dell'estraneità dell'atto che, riportando il giudizio a priori al momento della sua conclusione, permetta di riconoscere al limite della pertinenza la capacità di composizione equilibrata dei diversi interessi in conflitto⁴³².

Parimenti è da escludere che un tale criterio possa riposare nell'astratta individuazione tassativa da parte dello statuto degli atti da compiere⁴³³. Su di un piano in cui assume rilevanza essenziale la posizione psicologica del terzo contraente, non può dirsi assente la buona fede per il fatto che lo statuto non contempra espressamente l'atto compiuto. Allo stesso modo, il fatto che lo statuto menzioni espressamente l'atto eseguito non vale per sé a garantire che lo stesso faccia parte dell'oggetto sociale. Tale tesi, pure supportata originariamente da parte della dottrina e della giurisprudenza⁴³⁴, si basa sull'errore di ritenere l'oggetto sociale una mera

⁴³¹ ASCARELLI, *Fideiussione, conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio: oggetto e capacità sociale*, op. cit., p. 742; MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 196.

⁴³² CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 187; conforme PUBUSA, *Poteri di rappresentanza degli amministratori di spa e loro limiti ai sensi degli artt. 2384 e 2384bis c.c.*, op. cit., p. 386.

⁴³³ FERRI, *Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui e atti estranei all'oggetto sociale*, op. cit., p. 226.

⁴³⁴ FALASCHI, *Fideiussioni, garanzia data a terzi e conflitto di interessi*, op. cit., p. 294; GIULIANI, *Legittimazione al compimento di atti non statutariamente previsti*, in *Riv. notariato*,

risultante chiusa di atti tipici, quando invece esso, come detto poc'anzi, individua più in generale il "settore" economico, lo scopo tecnico dell'ente. Così interpretato l'oggetto sociale (come l'insieme delle attività dirette a consentire l'operare dell'ente in un certo ambito), il singolo atto va collocato in quel contesto ed anche indirettamente occorre vagliarne gli effetti. Un elenco statutario degli atti non potrebbe mai esaurire quelli necessari o strumentali al perseguimento dello scopo sociale né potrebbe garantire che un dato atto, nella sua concretezza, non venga rivolto a scopi diversi da quelli riconducibili al programma dell'ente.

Il giudizio sull'estraneità dell'atto deve essere, quindi, compiuto a priori su diverse basi e principi.

Queste diverse basi e diversi principi sono stati ritrovati dalla dottrina maggioritaria nell'indice della *potenziale strumentalità* dell'atto alla realizzazione dell'oggetto sociale. Alla luce di questo principio direttivo, potranno ritenersi estranei all'oggetto sociale quegli atti che, per il loro concreto contenuto, non appaiono idonei a soddisfare alcuna delle esigenze astrattamente riferibili all'ente, ovvero che né attualmente né in prospettiva, si pongono in rapporto di oggettiva funzionalità con tale attività⁴³⁵.

L'esistenza del rapporto di potenziale strumentalità, ha ancora precisato la dottrina, deve esser valutato secondo un criterio di normalità, che comporta un "*rinvio alla valutazione sociale dell'ambito tipico di quell'attività*"⁴³⁶. Non potrà quindi ritenersi pertinente un atto per il quale è ipotizzabile soltanto una remota ed eccezionale possibilità di utilizzazione conforme agli scopi sociali (salvo concrete circostanze che, nel caso concreto, si

1954, p. 588; Trib. Roma, 23.03.1960, in *Banca, Borsa, tit. di credito*, 1961, II, p. 111.

⁴³⁵ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 191; LA VILLA, *L'oggetto sociale*, op. cit., p. 266

⁴³⁶ ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, op. cit., p. 398.

siano rese evidenti e siano idonee a legare l'atto allo scopo sociale perseguito).

Se dunque non è accertabile a priori da parte del terzo la concreta utilizzazione di un singolo atto per lo svolgimento di una data attività, accertabile a priori dallo stesso è, invece, almeno un rapporto di potenziale strumentalità tra il primo ed il secondo⁴³⁷.

Deve invece del tutto esulare la valutazione sulla convenienza economica dell'atto per la società. Sia perché non si potrebbe addossare al terzo l'onere di valutazioni che non gli competono, sia perché la distinzione tra atti pertinenti e non prescinde totalmente dal vantaggio economico, ben potendo un atto anche non strumentale risultare economicamente vantaggioso per la società, mentre un altro, tipicamente rientrante nell'attività sociale, avere effetti dannosi⁴³⁸.

⁴³⁷ CASELLI, *Gli atti "ultra vires" degli amministratori*, Padova, 1968, p. 469.

⁴³⁸ Le valutazioni in ordine alla mera convenienza economica dell'atto per la società e all'eventuale esito positivo dell'operazione sono circostanze che al più, possono rilevare sul piano della valutazione del comportamento degli amministratori. D'altronde, come è stato più volte ribadito dalla dottrina (BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 183 ss.; BONELLI, *Responsabilità di amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2004, suppl. n. 3, p. 620 ss.; FRÈ e SBISA, *Società per azioni*, op. cit., p. 502; CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2000, p. 6 ss.; DI SABATO, *Manuale delle società*, op. cit., p. 486 e ss.; WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974) e dalla giurisprudenza (Cass. Civ., 12.11.1965, n. 2359, in *Foro pad.*, 1965, I, p. 1820; Cass. Civ. 28.04.1997 n. 3652, in *Giur. it.*, 1998, p. 287 ss.; Tribunale di Milano, 14 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 1897 ss.; Tribunale di Milano, 29 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 2333 ss. con nota di COTTINO, *Note minime, divaganti ed irriverenti, su amministratori, perizia, "tangenti" e responsabilità*) il semplice insuccesso economico dell'operazione non è di per sé neanche idoneo a determinare la responsabilità degli amministratori, ma rientra nell'area della c.d. "business judgment rule". Quanto appena osservato, è bene sottolinearlo, implica che la responsabilità

Tanto chiarito, a sua volta il requisito della potenziale strumentalità necessita di ulteriori indici interpretativi per valutarne la sussistenza o meno⁴³⁹.

Ci si è quindi a lungo interrogati sull'opportunità di impiegare il criterio quantitativo dell'atto stesso per valutarne l'inerenza all'attività svolta. Così, il medesimo atto potrebbe rientrare o meno nell'oggetto sociale, in considerazione del suo importo in relazione alle dimensioni e alla forza della società.

In altri termini, la struttura dell'ente ed il suo capitale, rapportati al singolo atto, possono costituire un utile indice rispetto al quale confrontare l'atto compiuto, quando riguardo a questo si dubiti circa la sua diretta ingerenza con l'oggetto sociale⁴⁴⁰.

giuridica degli amministratori sia conseguenza della mancata adozione di quelle cautele o della non osservanza di quei canoni di comportamento che il dovere di diligente gestione ragionevolmente impone, secondo il metro della normale professionalità, a chi è preposto alla gestione di interessi altrui, e non attiene al merito delle scelte imprenditoriali da loro compiute. Al riguardo è noto come la riforma del 2003 abbia introdotta una nuova disciplina della responsabilità degli amministratori, adottando quale parametro dell'azione dell'organo amministrativo "la diligenza richiesta dall'incarico e dalle loro competenze specifiche"(sul punto si veda: BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, op. cit., p. 179 ss.; AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società*, a cura di Ambrosini, Torino, 2004, p. 67 ss.).

⁴³⁹ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 191.

⁴⁴⁰ In ambito societario, un supporto a questa tesi viene dall'art. 2361 c.c. Questa norma pone un limite all'assunzione di partecipazioni da parte della società proprio con riguardo al rilievo che l'assunzione di queste può assumere rispetto all'oggetto sociale della società acquirente. Nell'acquisto di partecipazioni è l'aspetto quantitativo che rileva, non invece quello qualitativo. Così non sempre assume rilievo l'eterogeneità della società acquistata rispetto alla società proprietaria del pacchetto di controllo.

La ragione sottesa a questo indirizzo interpretativo riposa nell'apprezzabile intento di ridurre il grado di indeterminatezza di un giudizio meramente qualitativo, che potrebbe indurre a ritenere sempre presente un rapporto di strumentalità di qualunque atto rispetto a qualsiasi oggetto sociale.

Questa impostazione tuttavia, qualificando come estranei all'oggetto sociale tutti quegli atti che non appaiono compatibili con una determinata attività in relazione alla dimensione con cui questa viene concretamente svolta, dà per presupposto che la struttura organizzativo-finanziaria dell'impresa non muti mai e rimanga sostanzialmente costante nel tempo.

Nonostante il rilievo ora svolto, va precisato che il fatto che un giudizio di pertinenza debba svolgersi solo sul piano qualitativo e non quantitativo appare facilmente dimostrabile solo per quella tipologia di atti che sono direttamente e tipicamente strumentali all'attività economica della società (si pensi, ad esempio, all'acquisto di materie prime per una società che su queste lavora)⁴⁴¹. Solo in questi casi la stipulazione di qualsivoglia contratto attraverso cui si realizza direttamente l'attività sociale non potrà mai dirsi estraneo all'oggetto sociale in ragione della sua rilevanza quantitativa. Il contratto potrà dirsi avventato o inadeguato dal punto di vista della convenienza economica, ma mai estraneo all'oggetto sociale.

Non in maniera analoga si deve però ragionare per quegli atti che non rientrano tra quelli attraverso cui tipicamente si realizza lo scopo sociale, ma che possono essere ricondotti a quest'ultimo solo in modo indiretto, perché rivolti a soddisfare un'esigenza che, per quanto non essenziale, si palesa comunque compatibile con l'attività sociale. In questi casi è arduo sostenere che l'elemento quantitativo non debba esser preso in

⁴⁴¹ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 193.

considerazione⁴⁴².

Deve dunque riconoscersi che deve esistere quantomeno una proporzionalità rispetto al fine che l'atto è diretto a realizzare, proporzionalità commisurata al ruolo che, secondo il predetto criterio di normalità, si può assegnare a quel fine nell'ambito di quella specifica attività economica, a prescindere dalle dimensioni della stessa⁴⁴³. E deve anche ammettersi che, in molti casi, per stabilire la strumentalità di un atto rispetto all'oggetto sociale in base ad una valutazione di normalità fondata sull'esperienza, non si può far a meno di verificare pure se esso sia economicamente proporzionato alle dimensioni dell'impresa, perché un'evidente sproporzione impedirebbe anche di qualificarlo come diretto alla realizzazione di un fine connesso o compatibile con l'attività sociale.

Le posizioni dottrinarie così enunciate sono state accolte altresì dalla giurisprudenza della Suprema Corte la quale ha affermato che *“ai fini della valutazione della pertinenza di un atto degli amministratori di una società di capitali all'oggetto sociale, e della conseguente efficacia dello stesso ai sensi dell'art. 2384 c.c., il criterio da seguire è quello della strumentalità, diretta o indiretta, dell'atto rispetto all'oggetto sociale, inteso come la specifica attività economica (di produzione o scambio di beni o servizi) concordata dai soci nell'atto costitutivo in vista del perseguimento dello scopo di lucro proprio dell'ente. Non sono invece sufficienti, al predetto fine, né il criterio della astratta previsione, nello statuto, del tipo di atto posto in essere (in quanto, da un lato, la elencazione statutaria di atti tipici non potrebbe mai essere completata, data la serie infinita di atti, di vario tipo, che possono essere funzionali all'esercizio di una determinata attività, e, dall'altro, anche la espressa previsione statutaria di un atto tipico non assicura che lo stesso sia, in concreto, rivolto allo svolgimento di quella attività), né il criterio della conformità dell'atto all'interesse*

⁴⁴² CALANDRA BUONAURA, *ibidem*.

⁴⁴³ PUBUSA, *Poteri di rappresentanza degli amministratori di spa e loro limiti ai sensi degli artt. 2384 e 2384bis c.c.*, op. cit., p. 388 ss.

della società"⁴⁴⁴.

5.4. L'estraneità dell'atto allo scopo dell'associazione o della fondazione.

Se dunque queste sono le posizioni raggiunte in ambito societario, ancora una volta sarà da valutare se le considerazioni colà svolte possano trovare applicazione anche con riguardo agli enti del Libro Primo.

Prodromica a qualsiasi ulteriore valutazione sul punto è la considerazione che in ambito di associazioni e fondazioni pare mancare ogni riferimento a quello che è proprio l'oggetto della presente indagine, ossia l'oggetto sociale

Se infatti l'art. 2328 n. 3 c.c. menziona espressamente l'oggetto sociale (*rectius*, l'attività che costituisce l'oggetto sociale) tra i requisiti che devono essere indicati al momento della registrazione della società nel Registro delle Imprese, analoga indicazione non è richiesta per gli enti del Libro Primo: la determinazione dell'oggetto non è prevista all'art. 16 c.c. come elemento essenziale dell'atto costitutivo; non è, in altri termini, come nelle società, necessario elemento di identificazione del rapporto destinato a segnare i limiti del vincolo sociale e quindi dei poteri dell'organo.

Potrebbe desumersi, quindi, che negli enti non economici il rilievo attribuito all'oggetto dell'organizzazione sia privo di importanza e, quindi, certo non idoneo a limitare il potere rappresentativo degli amministratori.

In senso contrario deve, invece, rilevarsi che anche la disciplina delle

⁴⁴⁴ Cass. Civ. 04.08.2006, n. 17696 in *Impresa*, 2007, 2, p. 306.

persone giuridiche private contempla l'elemento di cui trattasi, o comunque un elemento affine, solo che, per le diverse connotazioni con le quali assume rilievo, viene individuato con il diverso nome di "*scopo*".

Negli enti del Libro Primo è lo scopo che identifica il rapporto: gli organi dell'associazione e della fondazione possono quindi, in linea di principio, intraprendere ogni attività e concludere ogni atto, a patto che appaiano astrattamente idonei al raggiungimento, anche in via mediata, dello scopo enunciato nell'atto costitutivo, e l'estensione dei loro poteri sarà tanto più ampia quanto più ampia appare il fine statutario dell'ente⁴⁴⁵.

Peraltro non è affatto infrequente (anzi, così accade nella generalità dei casi) che l'enunciazione dello scopo, negli statuti, sia poi seguita dalla determinazione, in genere non tassativa, delle modalità del suo perseguimento, ossia delle attività statutariamente valutate come le più idonee al suo conseguimento: un tanto varrà a rendere quelle attività obbligatorie per gli organi dell'ente, ma non impedirà loro di intraprendere altre attività che appaiano idonee al raggiungimento dello scopo. Potrà infine accadere che lo statuto vieti espressamente il perseguimento di certe attività.

Ecco che in tutte queste ipotesi i poteri degli organi dell'ente incontreranno limiti corrispondenti a quelli imposti nelle società dall'oggetto sociale.

Il primo problema, strettamente terminologico, preliminare all'analisi delle conseguenze della non pertinenza dell'atto all'attività dell'ente appare

⁴⁴⁵ Così GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 234. Con riguardo a ciò, peraltro, va per inciso subito rilevato come la gamma di scopi perseguiti attraverso la fondazione è più ristretta rispetto a quelli previsti per l'associazione. Questa può infatti perseguire qualsiasi scopo di natura non economica, purché non vietata ai singoli dal codice penale (art. 18 Cost.); la fondazione invece può esser costituita solo per scopi nei quali sia riconoscibile una pubblica utilità.

dunque superato.

Il secondo problema consiste nella mancata menzione di una norma che disciplini l'ipotesi di estraneità dell'atto allo scopo.

Parte della dottrina afferma sulla base di ciò la piena efficacia e validità di qualsivoglia atto "*ultra vires*"⁴⁴⁶, risultando inopponibile in ogni caso al terzo, anche di mala fede o intenzionato a ledere l'ente, l'eccedenza dell'atto rispetto allo scopo sociale

In realtà, a bilanciare le diverse gli interessi in campo, pare preferibile rispondere avvalendoci di quanto già dedotto con riferimento alle società di capitali: si è visto che anche in quel contesto, pur mancando a seguito della riforma una disposizione che disciplini autonomamente le ipotesi di estraneità di un atto all'oggetto sociale, ciononostante la fattispecie non ha cessato di aver rilievo, e un tanto anche laddove espressamente il legislatore ha qualificato il potere di rappresentanza degli amministratori delle società per azioni come "generale".

L'opinione della migliore dottrina sopra proposta ha chiarito come la mancanza di una norma *ad hoc* non possa costituire prova dell'assoluta irrilevanza nelle società per azioni della non pertinenza dell'atto, la quale invece continua a rilevare perlomeno nei termini (seppur angusti) di limite al potere di rappresentanza ai sensi del secondo comma dell'art. 2384 c.c.

Sotto questo profilo quindi, il confronto tra le discipline risolve la questione e consente di concludere insieme alla dottrina prevalente che, al di là di alcuna disposizione espressa, l'oggetto sociale o lo scopo di qualsiasi ente organizzato continua a fungere da limite al potere di

⁴⁴⁶ DEL PRATO, *Organizzazione associativa e rappresentanza sostanziale*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 441, DE GIORGI, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 389, IORIO, *Le fondazioni*, op. cit., p. 294.

rappresentanza degli amministratori.

Appurato quindi il parallelismo tra l'oggetto sociale e lo scopo di associazioni e fondazioni e ribadita l'irrilevanza dell'assenza di un'apposita norma regolatrice della fattispecie in esame, è possibile proseguire nella nostra indagine.

Anche qui sarà da chiedersi, quindi, quando possa ritenersi opponibile al terzo la non pertinenza dell'atto compiuto dal rappresentante oltre ai limiti dello scopo dell'ente.

Se in ambito di società per azioni l'adesione alla tesi che qualifica il limite dell'oggetto sociale come limite al potere di rappresentanza conduce all'applicazione del secondo comma dell'art. 2384 c.c. (e pertanto il limite sarà opponibile solo ove si dia prova dell'aver intenzionalmente agito il terzo a danno della società), con riguardo agli enti del Libro Primo torneremo a fare applicazione dell'art. 19 c.c. (e quindi il limite dovrebbe esser opposto semplicemente in forza della sua pubblicazione)⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ Desta qualche perplessità la tesi proposta dal Galgano, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 234, per un duplice ordine di ragioni. Lo stesso infatti afferma, in contrasto con quanto sopra affermato, che la nuova connotazione in termini di generalità del potere di rappresentanza elimina ogni rilevanza esterna al limite dell'oggetto sociale (ciò anche in caso di intenzionale azione lesiva) e, sul convincimento che anche nelle associazioni e fondazioni il potere degli amministratori deve dirsi altrettanto generale (e su ciò, si è già chiarito, non si concorda), afferma che “*gli atti posti in essere dagli amministratori in nome dell'ente, se non rientrano nelle limitazioni rese opponibili in forza della prescritta pubblicità, vincolano sempre e comunque l'ente, senza che a questo sia dato eccepire al terzo che si trattava di atto non pertinente al conseguimento dello scopo statutario. La sua eventuale non pertinenza potrà solo esporre gli amministratori che lo abbiano posto in essere a interna responsabilità nei confronti dell'ente, ferma restando la disponibilità di questo verso l'ente. Neppure può pensarsi che i poteri di rappresentanza incontrino limitazioni implicite nella natura dello scopo dell'ente qual è indicato nel registro delle persone giuridiche: è evidente come un giudizio di pertinenza di un determinato atto ad uno scopo si tradurrebbe, inevitabilmente, in un giudizio di utilità o opportunità dell'atto, che non può essere preteso dal terzo contraente*”. Come detto, non

Ma a differenza delle altre tipologie di limitazioni convenzionali e statutarie al potere rappresentativo, è innegabile che nel tema che ci occupa il rilievo da attribuire alla buona fede e all'elemento psicologico del terzo debba assumere un rilievo differente.

La mera circostanza dell'iscrizione dello scopo – certo presente perché elemento essenziale *ex art. 16 c.c.* - non appare di per sé idonea a consentire alla società di svincolarsi da ogni atto o contratto concluso dal suo rappresentante invocandone la non pertinenza diretta. Ribadendo il principio allora espresso dalla I direttiva, all'art. 9, per cui l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale poteva, se così voluto dagli Stati membri, esser innalzata a limite opponibile se conosciuta dai terzi ma non poteva esser ritenuta sufficiente a tal fine la mera iscrizione nel registro delle imprese, anche con riguardo alle associazioni e fondazione occorre individuare un criterio in virtù del quale individuare la pertinenza o meno di un atto allo scopo sociale pubblicizzato ulteriore rispetto all'iscrizione mera dello stesso.

Questo perché, come già motivato in materia di società, l'indagine su cosa sia pertinente e cosa non lo sia non può esser risolta per il solo tramite di un esame dei testi statuari, ma implica necessariamente interpretazioni che devono potersi avvalere di criteri ermeneutici condivisi.

Ecco che le soluzioni raggiunte sul punto dalla dottrina societaria possono

si concorda già sul presupposto di partenza, ovvero sull'asserita totale irrilevanza del limite dell'oggetto sociale nelle società per azioni e sull'affermata generalità del potere rappresentativo degli amministratori di associazioni e fondazioni, nei medesimi termini di quelli di s.p.a. Nelle società di capitali come negli enti *non profit* il limite deve continuare a rilevare come limite "statutario" e soggetto quindi alla differente disciplina prevista dalle rispettive norme. Rimangono valide, invece, le considerazioni svolte sopra in merito alla valutazione della pertinenza, che se è vero non possa tradursi nella mera valutazione della convenienza dell'affare, può essere compiuta sulla base dei citati indici critici della potenziale e normale strumentalità dell'atto.

e devono trovare applicazione anche con riguardo agli atti estranei allo scopo dell'ente *non profit*.

Anche negli enti del Libro Primo dovrà ricorrersi così al criterio della potenziale strumentalità dell'atto, valutata innanzitutto dal punto di vista qualitativo e, solo ove ciò dovesse risultare insufficiente, anche sotto il profilo quantitativo, con modalità che non si discostano da quelle già sopra esaminate.

Così, con particolare riguardo agli amministratori di fondazioni è stato precisato che la valutazione di pertinenza di un atto ad un'attività amministrativa non può essere diretta ad accertare se l'atto sia effettivamente e concretamente diretto alla realizzazione dell'attività considerata, ma solo se esso può essere strumento per lo svolgimento dell'attività stessa e per il perseguimento dello scopo prefissato, indipendentemente dalla sua effettiva utilizzazione in questo senso. E ancora, che proprio in funzione di una comunque sempre presente tutela dell'affidamento del terzo si dovrà tener conto di quanto "appare" strumentale rispetto allo scopo risultante dall'atto costitutivo.

6. Limitazioni derivanti dall'atto di delega.

Particolare attenzione merita ancora l'interrogativo riguardante l'estensione della disciplina relativa alle limitazioni del potere rappresentativo agli amministratori delegati investiti della rappresentanza sociale.

Anche sul punto si registrano infatti posizioni contrastanti, tanto ad opera della giurisprudenza quanto nel dibattito dottrinale.

Da un lato si pongono coloro che invocano il nuovo disposto dell'art. 2384 c.c., il quale porta uno specifico riferimento alle limitazioni derivanti "da una decisione degli organi competenti" (in applicazione a quanto

riportato all'art. 9 della direttiva comunitaria). I sostenitori di tale posizione affermano che le limitazioni derivanti dall'atto di delega e imposte agli amministratori delegati sarebbero sottoposte al medesimo regime delle limitazioni al potere di rappresentanza generale⁴⁴⁸.

Tali argomentazioni sono state tuttavia efficacemente criticate.

Se è vero che il richiamo alla disposizione comunitaria prima, e l'affermazione codicistica ora, consentono di estendere il principio dell'inopponibilità dei limiti (tutti i limiti, per le società per azioni, solo di quelli iscritti, per gli enti del Libro Primo e per le società persone) non solo alle limitazioni che derivano dall'atto statutario ma anche alle limitazioni apposte in un testo extrastatutario, non offre invece spunti testuali per sostenere l'applicazione di questa stessa disciplina anche alle ipotesi in cui detta fonte extrastatutaria non individui semplicemente i limiti al potere rappresentativo, ma ne sia proprio la fonte, come avviene in caso di amministratori delegati investiti di rappresentanza dall'atto di delega.

Al contrario, più convincenti appaiono le argomentazioni a favore della tesi che tende ad escludere l'operatività della specifica disciplina codicistica all'amministratore delegato che non rivesta la qualifica formale di amministratore statutario.

Si badi, dunque, che la questione riguarda non le ipotesi in cui lo statuto stesso prevede le ipotesi di amministratore delegato ed espressamente gli attribuisca la rappresentanza, ma le fattispecie in cui, al di fuori della previsione statutaria, venga conferita la rappresentanza giusta delega a soggetti diversi.

⁴⁴⁸ BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, op. cit., p. 184; Cfr. sul punto l'attenta disamina proposta da CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 183.

A favore di tale impostazione militino innanzi tutto elementi comparatistici: nel diritto tedesco, infatti, i limiti della delega di firma, disposti ai sensi del par. 78. Abs. 4 AktG si considerano opponibili ai terzi, diversamente da quanto contemplato per la rappresentanza generale della società, attribuita dallo statuto o riservata dalla legge al *Vorstand*⁴⁴⁹.

A ben guardare, a questa impostazione si è obiettato che le differenze esistenti tra le due discipline (quella tedesca dell'*Ermächtigung* e l'istituto della delega nel nostro ordinamento) non autorizzerebbero un'estensione automatica alla seconda delle soluzioni interpretative maturate in seno alla prima. A differenza di quello tedesco, infatti, l'ordinamento italiano riconosce alla delega ambiti ben più estesi fino a ricomprendere tutti i poteri gestori ed il relativo potere di rappresentanza e giunge quindi sostanzialmente ad attribuirle un'ampiezza pari a quella spettante al rappresentante statutario.

Ciononostante, sono proprio queste differenze a rafforzare il convincimento che l'estensione anche al potere rappresentativo delegato della regola legale che qualifica come "generale" ed inderogabile la rappresentanza sociale sia di fatto estranea al legislatore comunitario e quindi non sia quella la *ratio* sottesa alla disposizione della direttiva siccome recepita nell'attuale art. 2384, 2° co., c.c.⁴⁵⁰.

Inoltre, anche attraverso la via che pone l'accento sull'assimilazione tra rappresentanza statutaria e rappresentanza delegata sotto il profilo dell'ampiezza dei poteri e che giustifica l'applicazione alla seconda della disciplina tipica della prima, ci si imbatte in un ostacolo dato dalle differenti caratteristiche tipiche tra i due istituti che ne impongono un

⁴⁴⁹ ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, op. cit., p. 146, CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 156.

⁴⁵⁰ BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, op. cit., p. 184.

differente trattamento normativo.

Pur nell'ipotesi in cui la delega si estenda a tutte le attribuzioni amministrative delegabili, rimane pur sempre la circostanza che, a differenza della rappresentanza statutaria per la quale la generalità nelle società per azioni è requisito e connotato tipico e autonomo rispetto al potere di gestione, il potere di rappresentanza del delegato è naturalmente e tipicamente collegato al contenuto del potere gestorio di cui lo stesso viene investito. Precisamente, secondo la più autorevole dottrina⁴⁵¹, all'amministratore delegato competono i poteri di rappresentanza nei medesimi limiti con le medesime modalità con cui gli competono i poteri di amministrazione e quindi il carattere di generalità costituisce una mera conseguenza di un'espressa previsione nell'atto di delega di attribuzioni gestorie delegate parimenti generali.

Sotto altro profilo, chi insisteva per la sovrapposizione tra rappresentanza statutaria e rappresentanza delegata affermava che solo in tal modo si evitava fosse inferto un *vulnus* al principio di massima estensione della tutela dei terzi; svincolando la disciplina della rappresentanza delegata dall'art. 2384 c.c., infatti, si permetterebbe di eludere, attraverso il conferimento della delega a rappresentare, la *ratio* dell'innovazione legislativa a favore dei terzi.

In realtà a tale obiezione si può presto ribattere che un diverso regime

⁴⁵¹ *Ex plurimis*, CAGNASSO, *Gli organi delegati nelle società per azioni*, Torino, 1976, p. 39 e, ancor prima di lui, FANELLI, *La delega di potere rappresentativo nelle società per azioni*, Milano, 1952. Si veda però MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 186 ss., il quale si interroga se dal mero conferimento di una delega gestoria debba necessariamente corrispondere anche l'attribuzione di un correlativo potere di rappresentanza parimenti esteso, per concludere che ad oggi la risposta dovrebbe dirsi ancora incerta.

dell'opponibilità delle limitazioni risulta semplicemente coerente con la diversa fonte del potere rappresentativo e non per questo lesivo del principio di tutela del terzo. Il terzo nel verificare (come è sempre suo onere) la titolarità della rappresentanza in capo all'amministratore della società, viene inevitabilmente a conoscenza dell'eventuale fonte extrastatutaria del potere rappresentativo e ha quindi ben la possibilità (e l'onere) di regolarsi di conseguenza, sapendo di non poter godere, rispetto al delegato, di quella tutela che invece gli è accordata nei rapporti con il rappresentante statutario.

Nell'ambito della dottrina societaria quindi si è ritenuto che, a differenza di quanto avviene per la rappresentanza statutaria, con riguardo al potere rappresentativo dell'amministratore delegato non possa trovare applicazione l'art. 2384 c.c. e il conseguente regime di inopponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, deve peraltro ritenersi che a maggior ragione tali conclusioni debbano valere con riguardo agli enti del Libro Primo.

Ed infatti anche con riguardo alla rappresentanza in ambito di associazioni e fondazioni (si è detto) come il potere del rappresentante statutario se pur non debba esser definito "generale" nei medesimi termini previsti per le società per azioni, è pur sempre generale nei limiti della funzione e delle attribuzioni organiche che lo caratterizzano, peculiarità queste che non competono invece alla rappresentanza delegata e che legittimano discipline differenti.

Peraltro, la diversa formulazione dell'art. 19 c.c. rispetto all'art. 2384 c.c. permette di avere un'argomentazione aggiuntiva rispetto a quanto avviene in ambito societario.

La precisazione che i limiti al potere di rappresentanza possono esser

opposti al terzo solo laddove iscritti concludono che la disposizione in esame è connessa alla sola rappresentanza statutaria, l'unica appunto oggetto di iscrizione nel registro delle persone giuridiche.

Peraltro la remora relativa alla minore tutela del terzo verrebbe ad inserirsi nell'ambito di una disciplina, già si è detto, meno "garantista" posto che già prevede ipotesi di opponibilità (appunto se risultanti dal registro).

Anche con riguardo alle persone giuridiche del Libro Primo, infatti, il terzo che viene in contatto col sedicente rappresentante ha la facoltà e l'onere di verificarne i poteri: risultando che egli opera in forza di un potere che non gli spetta da statuto, ma da fonte diversa, lo stesso è posto in condizione di sapere che non potrà avvantaggiarsi della disciplina codicistica prevista per la rappresentanza organica ma dovrà confrontarsi con le norme di diritto comune.

Egli avrà il diritto e ancora l'onere di chiedere la giustificazione del potere e la sua estensione, e così prendere coscienza dell'esistenza di eventuali limitazioni.

Con riguardo a questo aspetto quindi si ritiene di poter concordare con quanto afferma Galgano⁴⁵² laddove nel proprio commento all'art. 19 c.c. dichiara che l'articolo si riferisce ai solo "rappresentanti statutari" e non si applica a coloro che agiscono in nome dell'ente per procura e che sono invece soggetti ai principi generali sulla rappresentanza.

7. La rappresentanza congiunta.

Analizzate così le ipotesi più complesse e frequenti di limitazione del potere di rappresentanza, veniamo in conclusione all'esame di quelle

⁴⁵² GALGANO, *Delle persone giuridiche*, op. cit., p. 312.

residuali, che comunque hanno interessato la giurisprudenza per i loro rilievi pratici; trattasi dalla clausola statutaria che prevede la generale rappresentanza congiunta di tutti gli amministratori relativamente a tutti gli atti sociali e della clausola di rappresentanza vicaria.

Con riguardo alla prima tipologia di statuizione, in seno alle società per azioni, si è dibattuto se essa costituisca un limite convenzionale al contenuto del potere di rappresentanza, a rilevanza meramente interna ed inopponibile ai terzi anche se iscritta nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2384 c.c. salva *l'exceptio doli*, o se invece essa possa essere considerata una limitazione non soggetta alla regola dell'inopponibilità e precisamente attenere invece alla titolarità del potere di rappresentanza, opponibile ai terzi una volta iscritta nel registro delle imprese, in quanto avente una propria rilevanza esterna.

Secondo la prevalente dottrina, infatti, anche per le società per azioni l'atto compiuto dal singolo amministratore pur in presenza della prescrizione statutaria della firma congiunta è invalido per carenza del potere rappresentativo e l'invalidità è opponibile al terzo⁴⁵³.

Precisamente, la soluzione abbracciata dalla dottrina maggioritaria (e anche dalla giurisprudenza) muove dall'assunto già previsto dall'originaria previsione di cui all'art. 9 n. 3 della I direttiva comunitaria che consentiva agli stati membri di rendere opponibile comunque ai terzi la disposizione statutaria che attribuiva la rappresentanza congiuntamente a più persone, a patto che ne venissero rispettati gli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 3 della stessa direttiva.

Così, dal combinato disposto degli artt. 2383, 4° co., c.c.⁴⁵⁴ (già art. 2383,

⁴⁵³ GISOLFI-LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, op. cit., p. 1329 ss., anche se più di inefficacia dovrebbe parlarsi.

⁴⁵⁴ Per il quale è previsto che gli amministratori, nel provvedere agli adempimenti pubblicitari relativi alla nomina, debbano indicare anche “a quali tra essi è attribuita la

6° co.) e 2457-ter c.c. si desumerebbe che il nostro legislatore ha inteso avvalersi di questa facoltà e che pertanto il principio dell'inopponibilità sancito dal noto art. 2384 c.c. dovrebbe ritenersi circoscritto alle sole limitazioni concernenti il contenuto e l'estensione del potere di rappresentanza (e in generale degli amministratori) mentre lo stesso resterebbe inapplicabile alle diverse clausole statutarie che riguardano la titolarità o la modalità di esercizio di tale potere, come appunto la fattispecie in esame⁴⁵⁵.

Già prima della riforma, quindi, per i sostenitori di tale tesi, il meccanismo della pubblicità avrebbe avuto una funzione sostanziale con rilevanza soggettiva per la soluzione dell'opponibilità o meno della clausola. Precisamente, tanto rilevante appariva l'aspetto pubblicitario che la previsione della rappresentanza pluripersonale era soggetta alla duplice pubblicità dell'iscrizione nel registro delle imprese e della menzione nel Bursarl (oggi non più esistente).

In tale senso si era espressa anche la giurisprudenza (nonostante alcuni saltuari ripensamenti già prima della riforma⁴⁵⁶) con riferimento, è vero, al

rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente.

⁴⁵⁵ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 149. In tale senso, prima della riforma, si esprimevano anche BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, op. cit., p.116. In senso contrario, già prima della riforma, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, op. cit. p. 391 nota 1. E dopo la riforma RESTAINO, *Commento sub art. 2384*, op. cit., p. 426.

⁴⁵⁶ Così Cass. Civ., 01.12.1995 n. 12420, in *Mass. Giur. It.*, 1995, per cui la limitazione di cui trattasi non si sarebbe tradotta in una regola sull'esercizio del potere di rappresentanza ma costituirebbe esattamente una limitazione perché “*implicando l'esercizio congiunto della funzione rappresentativa, nega il potere rappresentativo dell'amministratore che agisce senza la partecipazione dell'altro; essa conseguentemente ai sensi dell'art. 2384 , 2 co., c.c. non è opponibile ai terzi salvo che si provi che questi abbiano agito*

testo *ante* riforma del 2003, ma con assunti che non vi è motivo per non estendere anche alla nuova disciplina.

La riforma del diritto societario non sembra aver introdotto modifiche in grado di incidere concretamente sulla questione dell'opponibilità o meno dei limiti al potere rappresentativo derivanti dalla previsione della legittimazione congiunta.

I testi normativi susseguitesesi restano sostanzialmente invariati sul punto e i principi introdotti dalla novella non sembrano aver avuto incidenza sul dibattito in oggetto⁴⁵⁷.

Così anche la Suprema Corte ha chiarito che “*La clausola di uno statuto di una società che prevede la firma congiunta degli amministratori è opponibile ai terzi, atteso che l'inopponibilità delle limitazioni dei poteri di rappresentanza, di cui al secondo comma dell'art. 2384 c.c. (nel testo sostituito dal D.P.R. 29 dicembre 1969 n. 1127 e prima delle modifiche apportate dalla legge 24 novembre 2000, n. 340), riguarda unicamente il contenuto della rappresentanza e non l'esistenza stessa del potere di rappresentanza, come si desume dalla duplice pubblicità (iscrizione nel Registro delle imprese e menzione nel Bollettino ufficiale delle S.p.A. e delle S.r.l.) cui viene sottoposta l'indicazione della titolarità (congiunta o disgiunta) della rappresentanza pluripersonale, in forza del combinato disposto dell'art. 2383 c.c., sesto comma (n.d.r. ora quarto comma), e dell'art. 2457-ter c.c., attuativi della facoltà concessa al legislatore nazionale dall'art. 9, n. 3, della Direttiva 68/151/CEE del 9 marzo 1968, che consente agli stati membri di rendere opponibili ai terzi simili disposizioni statutarie alla condizione che siano rispettati gli adempimenti di pubblicità previsti dalla direttiva stessa*”⁴⁵⁸.

D'altra parte, sempre con riguardo alle società di capitali, una simile considerazione non può essere estesa al diverso caso in cui la

intenzionalmente a danno della società”.

⁴⁵⁷ Così anche ritiene MALBERTI, *Poteri di rappresentanza*, op. cit., p. 208.

⁴⁵⁸ Cass. Civ., 20.08.2004, n. 16376, in *Mass. Giur. It.*, 2004.

rappresentanza congiunta, anziché costituire una clausola istituzionale della società, sia invece prevista soltanto per determinate categorie di atti, secondo una prassi assai generalizzata che vorrebbe porsi quale ponte tra le esigenze di cautela che si esprimono nell'attribuzione della firma congiunta e la necessità di garantire una maggiore snellezza e agilità operativa nei traffici commerciali.

In tali ipotesi infatti, si concorda con la dottrina maggioritaria la quale opta per l'inopponibilità esterna (salva l'*exceptio doli*) di tali clausole posto che la stessa norma su cui tali ragionamenti si fondavano consentiva che fosse attribuita rilevanza esterna alla previsione della rappresentanza congiunta a patto che “*essa concernesse il potere generale di rappresentanza delle società*”⁴⁵⁹.

Inoltre la previsione della firma congiunta solo per determinati atti si tradurrebbe né più né meno in una limitazione non più della titolarità del potere di rappresentanza conferito individualmente a ciascun amministratore ma del suo contenuto, che contrasterebbe con il diverso principio della conformazione inderogabile della rappresentanza istituzionale delle società e con l'esigenza di tutela del terzo che ha ispirato la progressiva riforma dell'art. 2384 c.c.

Se da un lato l'attribuzione in forma congiunta della rappresentanza generale configura una modalità di esercizio della stessa che non richiede un accertamento eccessivamente oneroso per il terzo, o comunque non più impegnativo e complesso di quello che in ogni caso lo stesso ha l'onere di svolgere circa l'individuazione della titolarità del potere rappresentativo, la clausola che impone la firma congiunta solo per talune categorie di atti, come visto o, ancor peggio, per certi atti specificatamente individuati, se opponibile, addosserebbe al terzo il

⁴⁵⁹ Così, si ricordi, il testo dell'art. 9 n. 3 della I direttiva comunitaria.

rischio aggiuntivo di una non corretta verifica del contenuto e dell'ampiezza dei poteri individuali degli amministratori, rischio che la direttiva ha invece inteso eliminare allo scopo di favorire la rapidità e la speditezza delle contrattazioni che interessano le società di capitali.

Ne deriva pertanto che qualora la società attribuisca ad un amministratore un potere individuale di rappresentanza non può poi limitare tale potere con effetti nei confronti dei terzi neppure prevedendo per determinati atti una legittimazione plurima congiuntiva.

Anche secondo la giurisprudenza infatti, *“Qualora una clausola statutaria di società di capitali preveda che i due componenti del consiglio di amministrazione possono compiere disgiuntamente gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, con la sola eccezione di quei particolari atti per i quali ciascun amministratore avrebbe dovuto essere preventivamente delegato dall'assemblea ordinaria (cioè dall'altro socio) la limitazione riguarda non l'esistenza del potere di rappresentare la società, bensì il contenuto e, quindi, la estensione di tale potere, con conseguente inopponibilità ai terzi, ai sensi dell'articolo 2384, comma 2, del c.c. della previsione statutaria in ordine alla necessità per certi atti, della azione congiunta degli amministratori”*⁴⁶⁰.

Coerentemente alla *ratio* di questo lavoro, ci si deve ora domandare, quale sia la disciplina applicabile rispetto agli enti del Libro Primo?

Per rispondere al quesito, occorre ripartire dalla differenziazione sopra individuata e distinguere un'ipotesi generalizzata ed istituzionale di previsione della legittimazione plurima congiuntiva da un'ipotesi di disposizione a titolo particolare applicabile solo a singole categorie di atti.

Nel primo caso infatti, forti del principio per cui le disposizioni codicistiche che concernono la disciplina dei limiti al potere di

⁴⁶⁰ Cass. Civ. 22.06.2005 n. 13442 in *Guida al diritto*, 2005, 34, p. 66.

rappresentanza sono destinate a disciplinare i limiti al contenuto del potere rappresentativo e non invece alla sua effettiva attribuzione e titolarità, deve ritenersi che specularmente a quanto visto per le società per azioni, negli enti del Libro Primo non deve trovare applicazione, con riguardo alla fattispecie in esame, il disposto dell'art. 19 c.c. Nella parte in cui la previsione statutaria della rappresentanza congiunta coinvolge in via generale ed astratta ogni tipologia di atto e tutto l'agire dei rappresentanti, essa clausola cessa di dover essere considerata una limitazione al potere di rappresentanza in senso stretto, soggetto alle previsioni dell'art. 19 c.c., ma costituisce una prescrizione sostanziale di attribuzione del potere, il cui difetto comporta l'opponibilità dell'atto in quanto tale *ex art.* 1398 c.c. e non per il tramite dell'art. 19 c.c.

Analogamente alle conclusioni sopra tratte quindi, l'atto concluso dal singolo amministratore rappresentante da solo e non unitamente all'altro o agli altri amministratori pur in presenza di un vincolo di congiuntività, si risolve in atto concluso da un *falsus procurator* e quindi inefficace nei confronti dell'ente, fermo il solo diritto del terzo di vedersi ristorato da parte dell'amministratore dei danni subiti.

Diverso invece deve esser il discorso con riguardo alla seconda ipotesi.

In questa seconda fattispecie, ove la rappresentanza congiunta è prevista solo per determinate categorie di atti, è possibile sì configurare un limite al potere di rappresentanza in senso stretto.

Ma, allora, in ambito di persone giuridiche del Libro Primo la soluzione deve esser diversa rispetto a quanto sopra visto con riguardo alle società per azioni, posto che si ripresenta anche qui la diafrasi tra chi tende ad estendere a tutti gli enti collettivi i principi ispiratori della riforma volti alla massima tutela del terzo e chi invece ritiene di non poter attuare un'interpretazione analogica estensiva.

Per chi, come la scrivente, continua a ritenere che la disciplina delle persone giuridiche del Libro Primo debba esser ancorata, ad oggi, al dato normativo e non intende applicare interpretazioni di fatto abrogative delle disposizioni del Titolo II del Libro Primo, alla luce dell'art. 19 c.c., trattandosi di limitazione statutaria pubblicizzata, non può negarsi l'opponibilità al terzo della clausola limitativa iscritta, terzo che ancora una volta dovrà dirsi gravato di un onere diligenziale, nel momento in cui viene in contatto con un amministratore di un ente collettivo del Libro Primo, maggiore rispetto a quello gravante su colui che contrae con una società di capitali.

8. La rappresentanza vicaria.

Molto si è ancora discusso in dottrina anche con riguardo all'inquadramento, alla validità ed all'efficacia della clausola statutaria che prevede la supplenza nell'esercizio del potere di rappresentanza in ipotesi di assenza o comunque impedimento dell'amministratore investito istituzionalmente del potere rappresentativo. In molti statuti sociali, infatti, è dato rinvenire clausole che attribuiscono il potere di rappresentanza sociale ad una persona (che generalmente è il Presidente del consiglio di amministrazione) e, per il caso in cui questi sia impossibilitato, dispongono che detto potere possa essere esercitato da un altro soggetto sostituto del primo.

Va subito rilevato che, prima ancora di valutare il regime di opponibilità ai terzi di clausole di questo tipo, è stata messa in dubbio la stessa validità di una tale previsione statutaria.

Infatti, sempre muovendo dall'analisi della problematica nell'ambito del diritto delle società, si rileva che, a favore della tesi negatrice, giurisprudenza e dottrina hanno invocato la mancanza di un meccanismo

idoneo a far risultare, in via preliminare e documentale, la circostanza posta come *conditio* alla vicarietà, ovvero l'assenza o l'impedimento del titolare del potere rappresentativo, particolarità questa che impedirebbe al terzo di stabilire in maniera certa, attraverso il mero controllo degli strumenti di pubblicità legale predisposti dalla legge, la legittimazione del supplente ad agire in nome della società.

In giurisprudenza, così, si è sostenuto che la clausola potrebbe ritenersi valida solo ed esclusivamente con il correttivo di una formula che preveda come il concreto esercizio del potere di rappresentanza da parte del vice presidente o del supplente attesti di per sé l'assenza o l'impedimento del presidente ed esoneri i terzi da ogni accertamento e responsabilità a riguardo⁴⁶¹.

All'opposto si potrebbe invece optare per la validità della clausola ritenendo che il sistema normativo tuteli per altro verso il terzo, e precisamente tramite il sistema dell'inopponibilità delle limitazioni *ex art.* 2384 c.c.: i terzi sarebbero dunque comunque esonerati dall'onere di verificare l'effettiva indisponibilità del titolare della rappresentanza⁴⁶².

Entrambe le soluzioni, quindi, sia che si opti per la invalidità sia che si prediliga la tesi dell'inopponibilità della pattuizione (*salva l'exceptio doli*) concordano nel ritenere che non possa addossarsi al terzo il rischio della verifica dell'effettiva indisponibilità del titolare della rappresentanza.

Tuttavia occorre rilevare che ambo le giustificazioni addotte non persuadono del tutto.

Secondo il primo orientamento l'invalidità della clausola deriverebbe dal fatto che la conoscenza delle condizioni di operatività della sostituzione non è ottenibile direttamente ed esclusivamente dal sistema della

⁴⁶¹ In questi termini si era espresso Tribunale Torino nella remota (ma unica) sentenza 04 giugno 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 208.

⁴⁶² Corte Appello Torino, 19 luglio 1983 in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 208.

pubblicità legale, ma richiede l'accertamento di ulteriori elementi di fatto. Questa affermazione, tuttavia, in primo luogo avrebbe dovuto condurre ad affermare l'inopponibilità ai terzi della clausola e non la sua invalidità (la quale a parere di chi scrive potrebbe piuttosto derivare dalla sua indeterminatezza, come oltre si dirà).

In secondo luogo la stessa sembra dare per scontato quanto invece dovrebbe essere oggetto di dimostrazione: l'esistenza cioè di una regola che subordina alla realizzazione di una pubblicità perfetta e compiuta l'opponibilità ai terzi dei presupposti di esercizio della rappresentanza sociale⁴⁶³.

Certamente più puntuale appare il rilievo operato dalla tesi enunciata per seconda, che riconosce la potenziale validità di una clausola del tipo di quelle ora esaminate, ma ne subordina l'efficacia ai principi di tutela dei terzi di cui alle direttive comunitarie. La scarna motivazione tuttavia non consente di cogliere il nesso asseritamente esistente tra questa disciplina e la soluzione di attribuire alla clausola valenza meramente interna.

Per una diversa dottrina il fondamento di tale soluzione andrebbe rinvenuto nel disposto dell'art. 2383, 5° co. (già 7° co. *ante riforma*) dal quale può desumersi che i terzi in buona fede possono fare affidamento sull'esistenza dei poteri rappresentativi in capo a coloro che, secondo le risultanze pubblicitarie, appaiono titolari della rappresentanza della società, anche se poi dovesse emergere l'invalidità o inesistenza dell'atto di nomina. Ma nel caso in esame, invece, il difetto di legittimazione non deriva dall'invalidità o dall'inesistenza dell'atto di nomina dell'amministratore, ma dal mancato verificarsi della condizione cui l'atto costitutivo subordina l'esercizio dei poteri rappresentativi da parte del supplente, quindi nemmeno questa soluzione persuade.

⁴⁶³ In tale senso, MENARINI, *Supplenza, rappresentanza sociale, pubblicità e tutela dei terzi*, in *Giur. Comm.*, 1984, II, p. 450 ss.

Questo non significa, tuttavia, che la clausola in esame debba sfuggire all'applicazione dei principi propri delle direttive comunitarie sulla massima tutela dei terzi che vengono in contatto con gli amministratori delle società di capitali. Se così fosse si sarebbe costretti a ritenere che il legislatore comunitario prima, e quello nazionale poi, abbiano lasciato priva di protezione proprio un'ipotesi nella quale la mancanza di sicuri mezzi di accertamento della legittimazione dell'amministratore all'esercizio del potere di rappresentanza avrebbe maggiormente giustificato la tutela del terzo⁴⁶⁴.

La soluzione preferibile, allora, viene ravvisata nel ricondurre la fattispecie nell'ambito dell'art. 2384 c.c.

Secondo tale impostazione, la clausola che prevede la sostituzione nel potere rappresentativo in ipotesi di assenza o impedimento, in realtà, attribuisce all'amministratore sostituto la rappresentanza "istituzionale" dell'ente, limitandone tuttavia l'esercizio alle sole ipotesi di indisponibilità di colui cui è destinata in via primaria dallo statuto.

Essa viene così a costituire, per l'effetto, una vera e propria limitazione statutaria al potere dell'amministratore e come tale sempre e comunque inopponibile ai terzi ex art. 2384 c.c.

La rilevanza del tutto interna di tale pattuizione ne comporterebbe la sicura validità, ma limiterebbe gli effetti della sua violazione, salvo l'intento intenzionale del terzo di ledere la società, alle sole sanzioni imposte a carico dell'amministratore, che non abbia rispettato i vincoli imposti dall'atto costitutivo.

E' ancora da domandarsi se anche per gli enti del Libro Primo possa dirsi sufficiente a dirimere la questione il richiamo alla norma che disciplina le

⁴⁶⁴ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, op. cit., p. 152.

limitazioni al potere di rappresentanza, e quindi all'art. 19 c.c.

La questione si fa particolarmente spinosa posti i noti diversi esiti cui conduce l'applicazione dell'art. 19 c.c. rispetto al 2384 c.c.

Così, la pubblicazione del limite che subordina il potere del sostituto all'assenza o all'impedimento del rappresentante può dirsi sufficiente a rendere opponibile al terzo la carenza dei presupposti per legittimare la rappresentanza vicaria e determinare l'inefficacia dell'atto concluso dal sostituto in difetto di detti presupposti?

Alla questione, in via eccezionale rispetto alla portata e valenza che generalmente si ritiene di attribuire alla disposizione in esame, si ritiene debba darsi una risposta negativa, salva la verifica caso per caso a seconda dell'effettiva formulazione della clausola di cui trattasi.

La risposta negativa si fonda sulla circostanza che in tali ipotesi quella che si addosserebbe al terzo non consisterebbe nella verifica di un elemento giuridico ma si risolverebbe nell'onere della verifica di una situazione di mero fatto, quale è quella di "assenza o impedimento" del titolare del potere di rappresentanza, che per sua natura è sottratta alla possibilità di controlli pubblicitari circa il suo effettivo verificarsi (come invece accade allorché il potere di rappresentanza è subordinato ad una previa delibera di un diverso organo collegiale: in quel caso il terzo potrà semplicemente accertarsi dell'esistenza della delibera prodromica, della quale esiste un verbale e che è soggetta a forme di pubblicità). Se infatti è pur vero che anche nel caso ora in esame astrattamente dovrebbe farsi applicazione dell'art. 19 c.c., trattandosi di limitazione al potere rappresentativo che trova fondamento nello statuto (e quindi limitazione iscritta per il tramite del deposito dello Statuto medesimo), è altrettanto vero che la realizzazione della condizione cui è subordinato l'esercizio del potere del sostituto è evento non solo non accertabile da parte del terzo mediante la diligenza e gli strumenti di pubblicità legale, ma parimenti

pare legata ad un giudizio arbitrario e discrezionale (in altri termini: quando il titolare del potere rappresentativo deve dirsi impedito al punto tale da legittimare il subentro del sostituto?).

Sulla base di queste considerazioni è allora da porsi nuovamente il problema che sopra si è accennato se una clausola siffatta non debba ritenersi invalida prima che eventualmente inefficace.

Con riguardo alla possibile invalidità della pattuizione, si ritiene che siano corrette le critiche sopra riportate a quella parte di giurisprudenza che vorrebbe fondare l'invalidità della clausola in esame solo sulla difficile verificabilità in concreto del realizzarsi del suo presupposto. Giustamente, come sopra detto, si mescolerebbero così in maniera illegittima i due piani diversi della validità e dell'efficacia, posto che l'attenzione verrebbe rivolta alla dubbia titolarità del potere rappresentativo.

A parere di chi scrive un possibile motivo di nullità potrebbe piuttosto ravvisarsi nell'indeterminatezza dell'oggetto della clausola: il mero richiamo ad un generico "impedimento o assenza" rischia, in difetto di più precisa specificazione, di risolversi in un giudizio arbitrario, vago ed interminato, privo dei necessari requisiti di obiettività, ciò a meno che non venga stabilito un criterio oggettivo o quanto meno un parametro per definire l'assenza e soprattutto l'impedimento. Il convincimento di tale assunto si ritiene di poterlo ricavare dalla dottrina che si è occupata degli elementi accidentali del contratto, ed in particolar modo della condizione impossibile e di quella meramente potestativa. In quel contesto dottrina si era interrogata se l'impossibilità che attiene, non all'aspetto sostanziale dell'avverarsi dell'evento, ma, piuttosto, alle difficoltà oggettive di accertamento potesse far ricadere la fattispecie nell'ambito della condizione impossibile⁴⁶⁵. La stessa dottrina ha invece chiarito che il

⁴⁶⁵ COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali?*, in *I contratti in generale* a cura di Gabrielli, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, Torino, 2006, p. 836; così in

problema in esame deve esser ricondotto al profilo della determinatezza dell'oggetto ed in particolare della clausola condizionale. In tali casi, come in quello in esame, l'impossibilità, di accertamento del verificarsi dell'evento più che dell'evento in sé, deriva dall'insufficiente determinazione del fatto condizionante: in tal caso la fattispecie è soggetta all'assetto normativo che consegue all'indeterminatezza dell'oggetto e ne comporta la nullità della condizione⁴⁶⁶.

In difetto di criteri accertabili e dedotti nella clausola, pare allora effettivamente potersi dubitare della validità della pattuizione o quanto meno della "condizione" della vicarietà. A parere di chi scrive, posto che si concorda con la dottrina che vede nella disposizione in esame una limitazione al potere di rappresentanza (e quindi, il potere è conferito, ma limitato), si ritiene doversi preferire l'interpretazione che considera nulla la sola apposizione del limite e non la disposizione che conferisce il potere. Il rappresentante sostituto, quindi, caducato il limite, dovrà essere considerato rappresentante istituzionale ed il terzo che contragga con questi vedrà salvi i propri diritti e acquisti.

Qualora invece non si ritenesse di aderire a questa impostazione ovvero in caso di clausola strutturata in modo tale da escludere l'indeterminatezza e, quindi in altri termini, in ipotesi di clausole comunque valide, si crede comunque, in via di eccezione, che non possa trovare diretta applicazione l'art. 19 c.c. *sic et simpliciter*.

Per esser più precisi, come noto l'art. 19 c.c. rende opponibili ai terzi le clausole limitative del potere rappresentativo cui sia stata data adeguata visibilità mediante il sistema della pubblicità legale.

Ma come anzidetto, nell'ipotesi che ci occupa ora, la pubblicità legale (e

giurisprudenza anche Cass. Civ., 09.02.1995 n. 1453 in *Giust. civ. mass*, 1995 p. 310.

⁴⁶⁶ LENZI, Art. 1354 c.c., in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta ed Orestano, in *Commentario del Codice civile* diretto da Gabrielli, Vol. II, Torino, 2011.

quindi l'iscrizione della clausola della vicarietà) può non essere sufficiente a garantire ai terzi la conoscenza dell'effettiva sussistenza delle condizioni in forza delle quali il limite può operare.

Il terzo può dunque, con il pretendibile sforzo di diligenza, sapere che colui che si dichiara rappresentante ha poteri solo in sostituzione del rappresentante "principale", ma non avrebbe modo di valutare l'effettiva assenza o peggio l'impedimento (situazione di fatto) di quest'ultimo.

E' vero che ai sensi dell'art. 1393 c.c. è sua facoltà chiedere l'atto giustificativo del potere rappresentativo, ma nel caso di specie questo è dato solo dallo statuto, il quale solo conferisce il potere, mentre l'eventuale (neppure sempre esistente) prova documentale dell'assenza o impedimento costituirebbe la prova dell'avversarsi della condizione che esclude il limite. A ciò si aggiunga che l'art. 1393 c.c. conferisce una facoltà, non un onere, in capo al terzo.

Quindi, nel caso in esame, è vero che è iscritta la limitazione, ma la sua verificabilità in concreto (la sua pubblicità "di fatto" piuttosto che quella legale) non appare accertabile effettivamente a carico del terzo.

Deve infatti potersi ritenere che al terzo spetti l'onore mero di accertarsi se colui che si dichiara rappresentante della persona giuridica sia effettivamente legittimato a spenderne il nome, ed una volta verificato per il tramite degli appositi strumenti pubblicitari la sussistenza di un potere rappresentativo, ancorché vicario, in capo all'agente è da ritenersi che il terzo possa avvantaggiarsi di una sorta di presunzione di sussistenza della condizione in forza della quale il rappresentante vicario agisce.

Al fine di non far gravare sul terzo un onere eccessivo, quindi, deve ritenersi che la clausola della vicarietà in tanto può essere valida ed efficace in quanto interpretata nel senso che la sua attuazione, ovvero il concreto esercizio del potere di rappresentanza da parte del supplente, già di per sé attesti l'assenza o l'impedimento del presidente, esonerando i

terzi dagli ulteriori accertamenti.

L'esercizio del potere rappresentativo da parte del vicario determinerebbe la presunzione dell'impossibilità del sostituito. In quanto presunzione peraltro spetterebbe all'ente la prova contraria dell'effettiva conoscenza da parte del terzo dell'insussistenza del presupposto della vicarietà, raggiunta la quale la clausola e il difetto della condizione presupposta potrebbero nuovamente esser opposta al terzo in mala fede.

CAPITOLO QUINTO

RAPPRESENTANZA ORGANICA E TUTELE DERIVANTI DALL'ISTITUTO DELLA RAPPRESENTANZA APPARENTE

Sommario - 1. Premesse. - 2. L'apparenza del diritto nel nostro ordinamento. *Ius singulare* o principio generale? - 3. Il principio dell'apparenza e la rappresentanza. - 4. Limiti all'applicazione dell'istituto: principio di apparenza e pubblicità legale. - 5. Apparenza e rappresentanza organica.

1. Premesse.

Si è sin qui tentato di dimostrare come nei confronti degli enti collettivi diversi dalle società di capitali non possano dirsi suscettibili di applicazione analogica le nuove disposizioni derivanti dall'evoluzione riformatrice che ha interessato in particolar modo le società per azioni⁴⁶⁷.

Precisamente, sul piano della tutela dei terzi si è ritenuto che, a differenza di quanto dispone oggi l'art. 2384 c.c., l'ente diverso dalla società per azioni non debba necessariamente vincolato dall'atto posto in essere dal suo amministratore nelle ipotesi in cui questi abbia agito eccedendo i

⁴⁶⁷ Per i riferimenti dottrinari e giurisprudenziali relativi a questo paragrafo, ci si riporta per ragioni di speditezza a tutto quanto richiamato nel capitolo precedente.

limiti posti al suo potere di rappresentanza, ciò quando detti limiti risultino adeguatamente pubblicizzati.

L'effetto ultimo delle considerazioni sopra svolte è che se con riguardo alle società di capitali l'estensione massima della tutela dell'affidamento del terzo (e della situazioni di apparenza), salva la sola ipotesi in cui questi abbia intenzionalmente agito a danno della società, impone che la persona giuridica sia comunque vincolata dagli atti conclusi dal suo amministratore "infedele", con riguardo agli altri enti collettivi, invece, il terzo, anche in buona fede, può validamente vedersi opporre l'inefficacia dell'atto concluso dall'amministratore oltre i limiti delle sue attribuzioni, residuando a suo favore una mera tutela risarcitoria.

E un tanto, ancora si è cercato di dimostrare, varrebbe non solo in ipotesi di esorbitanza rispetto a limiti dallo statuto espressamente definiti come tali (ed in tal modo iscritti), ma anche rispetto a limitazioni traibili in via indiretta perché dettate specificatamente con riguardo alla disciplina gestoria.

Ci si riferisce, in particolar modo, alla più dibattuta ipotesi di dissociazione tra potere rappresentativo e potere gestorio (sia che lo voglia intendere come limite al potere di rappresentanza - opponibile ai sensi dell'art. 19 c.c. -, sia che lo si configuri quale limite al potere gestorio - con conseguenze riconducibili, in ultima analisi, all'art. 1398 c.c.), laddove, qualora il rappresentante abbia agito in difetto di una valida delibera consiliare, l'atto concluso dal rappresentante in eccedenza rispetto ai limiti o in difetto di potere dovrà dirsi inefficace, fermo il risarcimento del danno patito dal terzo per aver confidato senza colpa nella "validità" (*rectius*, efficacia) del contratto e di cui dovrà farsi carico il *falsus procurator*.

Ora, pur persuasi che la soluzione prospettata sia la più fedele all'attuale dato normativo nonché coerente con i principi di diritto cui non si ritiene

di poter prescindere, non può tacersi come la posizione del terzo, persino di buona fede⁴⁶⁸, ne rimanga innegabilmente penalizzata (fermo, si ripeta, il diritto risarcitorio), a discapito altresì della speditezza dei traffici commerciali.

Resta da chiedersi, dunque, se non vi sia modo di stemperare la rigidità del sistema prospettato mediante il ricorso a diversi principi ricavabili dal nostro ordinamento e che conducano, per altra via, alla tutela dell'affidamento incolpevole del terzo. Autorevole dottrina si è dunque domandata se il difetto di potere rappresentativo (o il superamento dei suoi limiti) non possa dirsi superabile, in concreto, tramite l'applicazione dei principi propri dell'istituto di formazione giurisprudenziale che va sotto il nome di rappresentanza apparente.

Per far ciò occorre richiamare alla memoria taluni concetti e inquadrare dogmaticamente la fattispecie.

2. L'apparenza del diritto nel nostro ordinamento. *Ius singulare* o principio generale?

Il primo aspetto su cui vale la pena soffermarsi attiene, quindi, alla configurabilità nel nostro ordinamento di un principio generale di tutela dell'apparenza del diritto ed i profili che più intendiamo qui approfondire riguardano l'individuazione dei riferimenti di diritto positivo cui ancorare il principio della rappresentanza apparente⁴⁶⁹.

Secondo una nota definizione, per «apparenza» si intende «*una situazione di fatto che manifesta come reale una situazione giuridica non reale*»⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Salvi solo gli effetti degli artt. 23 e 25 c.c., nei limiti della loro applicabilità.

⁴⁶⁹ TAMMARO, *Apparenza del diritto e contratto concluso dal falsus procurator*, in *Obblig. e contr.*, 2012, 3, p. 191.

⁴⁷⁰ FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 689 ss.

Parte della dottrina⁴⁷¹ ritiene che la caratteristica delle situazioni apparenti consista nella rilevanza eccezionalmente attribuita allo svolgimento dell'attività cui la legittimazione dovrebbe essere riferita: in altre parole, «prima dell'atto la legittimazione apparente è giuridicamente indifferente; nel compimento dell'atto acquista il ruolo di fatto giuridico equivalente al presupposto di legittimazione mancante»⁴⁷². Il fenomeno della rilevanza dell'apparenza sembra, quindi, essere considerato in senso puramente oggettivo: si ha apparenza nel caso in cui si rappresenti una fattispecie giuridicamente legittima senza che vi siano tutti gli elementi della legittimità.

Questo dunque lo schema dell'istituto: l'atto o il negozio presenta una irregolarità o addirittura l'inesistenza della situazione giuridica che ne costituisce il necessario presupposto nella previsione normativa. A tale elemento fa seguito un errore oggettivamente scusabile: ossia sulla situazione presupposta (inesistente) cade un errore scusabile. Nel conflitto che si determina tra l'interesse dell'effettivo legittimato e l'interesse del terzo caduto in un errore scusabile (a causa della apparenza della situazione non esistente)⁴⁷³, la legge riconosce prevalenza a quest'ultimo.

Ora, il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile alla tutela dell'affidamento incolpevole, e, cioè, all'esigenza di tutelare la buona fede del terzo che senza sua colpa abbia fatto affidamento su una determinata situazione esistente però solo in apparenza, non ha ricevuto nel nostro

⁴⁷¹ Cfr. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 143 s. Per l'Autore l'apparenza è giuridicamente rilevante solo come riflesso dell'efficacia attribuita alla realizzazione della fattispecie, e non costituisce essa stessa la giustificazione di tale efficacia. Per un'ampia illustrazione dei rapporti tra legittimazione apparente.

⁴⁷² SCHLESINGER, *ibidem*.

⁴⁷³ TRIMARCHI, *Associazioni non riconosciute: opponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza*, op. cit., p. 465 s.

ordinamento una disciplina generale di diritto positivo⁴⁷⁴; piuttosto, il legislatore ha preferito darne un esplicito riconoscimento in diverse norme del codice civile⁴⁷⁵.

Il principio in esame viene, infatti, tradizionalmente considerato *ratio* di alcune fattispecie positivamente disciplinate. Ed infatti il codice dà rilievo alle situazioni di apparenza in alcune specifiche norme, fra cui l'art. 1189 c.c., relativo al pagamento al creditore apparente; l'art. 534, 2° co., c.c., relativo ai diritti acquistati dai terzi tramite convenzioni onerose con l'erede apparente; gli artt. 1153 e 1159 c.c., relativi agli acquisti *a non domino* compiuti in buona fede; l'art. 1415 c.c., in tema di effetti della simulazione; l'art. 1729 c.c., che sancisce la validità degli atti compiuti dal mandatario prima di conoscere l'avvenuta estinzione del rapporto di mandato; nonché l'art. 1835, 2° co., c.c., relativo alle annotazioni sul libretto di deposito compiute dall'impiegato che appare addetto al relativo servizio. Nella normativa speciale, si ricorda ancora l'art. 46 l. cambiaria.

In queste fattispecie – cd. di «apparenza pura», per la sussistenza delle quali non si richiede un atteggiamento colposo del falsamente rappresentato – si assiste da parte del legislatore all'attribuzione di una sorta di prevalenza alla situazione apparente rispetto a quella reale sulla base di una *ratio* di tutela del terzo che, in buona fede, ha fatto

⁴⁷⁴ Per una chiara rassegna sulle origini in Italia del principio dell'apparenza e sui rapporti-differenze con i modelli francese e tedesco, v. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 311 ss.

⁴⁷⁵ Sul problema se il principio dell'apparenza possa essere invocato soltanto nei casi espressamente disciplinati dal codice civile ovvero se sia suscettibile di una più vasta applicazione, v. CONTINO, *Apparenza: principio generale od eccezionale?* (nota a Cass. Civ., 17.05.2001, n. 6756), in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1638 ss.; CARBONE, *Il comportamento delle parti tra apparenza e affidamento*, in *Giur. it.* 1993, I, p. 1036 ss. e *ivi* p. 1046 ss. Sull'applicazione del principio dell'apparenza in materia societaria, v. Cass. Civ., 9.06.1993, n. 6438, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 297, con nota redazionale.

affidamento sulla sussistenza di una situazione giuridica in realtà inesistente.

Secondo la giurisprudenza, il principio dell'apparenza troverebbe applicazione generale anche a situazioni in cui nessuna norma potrebbe autorizzarne il richiamo, facendolo così assurgere a principio generale del nostro ordinamento⁴⁷⁶ o, almeno, attraverso il procedimento indicato all'art. 12, 2° co., disp. prel. c.c. e cioè con l'ausilio di quello strumento finale che è rappresentato dall'*analogia iuris*⁴⁷⁷.

La dottrina⁴⁷⁸, invece, ad eccezione di qualche autore⁴⁷⁹, si è assestata su

⁴⁷⁶ In tal senso, v. Cass. Civ., 07.04.1964, n. 780, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 189, con nota di FERRERO, *Appunti in tema di apparenza giuridica*; e in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 369, con nota di BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, che afferma che “*l'apparenza giuridica può essere accolta quale principio generale del nostro ordinamento, applicabile, quindi, per analogia iuris, sopperendo alla mancanza di una situazione reale l'elemento costituito dal comportamento colposo del titolare*”. *Contra*, nega l'esistenza nel nostro ordinamento di un generale principio dell'apparenza Cass. Civ., 1.03.1995, n. 2311, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 2032, con nota di DI GREGORIO, *A margine di una recente sentenza della Cassazione sulla rappresentanza apparente*.

⁴⁷⁷ Cfr. Cass. Civ., S.U., 08.04.2002, n. 5035, *op. cit.* Sul punto in dottrina, diffusamente, DI GREGORIO, *La rappresentanza apparente*, Padova, 1996, p. 149 ss.

⁴⁷⁸ La dottrina pressoché all'unanimità esclude che nel nostro sistema giuridico positivo ricorra un principio generale dell'apparenza di diritto. *Ex plurimis* si veda, PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese, Contributo alla teoria della pubblicità*, *op. cit.*, p. 181 ss.; MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al «falsus procurator»* (nota a Cass. Civ., 25.02.1953, n. 457), in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 119; e ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, p. 95; GALGANO, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 1137 e p. 1148, per il quale l'apparenza del diritto ha «la illusoria consistenza di un fantasma... che, alle luci del giorno, si dissolve»; così anche TORRENTE, *Nota a Cass. Civ. 14.12.1957, n. 4703*, in *Foro it.*, 1958, I, p. 391 ss. Assume invece una posizione intermedia BONELL, *Apparenza di diritto e pubblicità di fatto nell'affitto d'azienda* (nota a Cass. Civ., 03.02.1968, n. 355), in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 1 ss.

posizioni più caute nel ritenere che nel nostro diritto positivo abbia cittadinanza una generale rilevanza dello stato apparente; si è infatti ritenuto che sulla scorta della ritenuta natura eccezionale delle norme che prevedono testualmente ipotesi di apparenza, non possa ricorrersi all'applicazione analogica delle stesse a fattispecie che invece non sarebbero previste legislativamente, ma che sarebbero solo ad esse affini. Ma innanzi ad una apparente inconciliabilità delle posizioni dottrinarie e giurisprudenziali, una più attenta analisi ha tuttavia rilevato come in realtà vi siano molteplici punti di avvicinamento tra le due prospettive. Infatti, nell'ambito di questo orientamento dottrinale maggioritario, si distinguono, da un lato, coloro che sostengono rigorosamente la posizione enunciata per cui l'apparenza è un fenomeno legato a tassative ipotesi legislative, e che, quindi, ritengono si sia in presenza di uno *ius singulare*⁴⁸⁰ (con la conseguenza che sarebbe da ritenersi illegittima l'applicazione analogica a fattispecie per le quali il legislatore non ha previsto una disciplina specifica che attribuisca rilievo all'apparenza) e, dall'altro, coloro che, pur non ammettendo l'esistenza di un principio di carattere

⁴⁷⁹ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 120, «anche se non espressamente previsto dalla legge il principio dell'apparenza imputabile è ormai una regola di diritto effettivo, applicata dalla giurisprudenza principalmente in tema di società e di rappresentanza». Cfr. anche CAMISA, *L'apparenza del diritto come principio generale* (nota a Cass. Civ., 28.01.1985, n. 484), in *Foro padano*, 1985, I, p. 318, e CARBONE, *Il comportamento delle parti tra apparenza e affidamento*, op. cit., 1047 ss.

⁴⁸⁰ DISTASO, *Responsabilità extra-contrattuale del mandante e suoi effetti rispetto alla tutela del terzo. Apparenza del diritto: applicabilità e limiti di essa* (nota a Cass. Civ., 10.06.1949, n. 1440), in *Giur. completa della Corte Suprema di Cass. civ.*, 1949, p. 525, per il quale la tutela dell'apparenza costituisce una deviazione dal fondamentale principio che solo dalla reale esistenza della situazione giuridica possono derivare effetti giuridici e, pertanto, deve contenersi nei limiti tassativi in cui la legge l'ammette.

generale, non negano la possibilità di sfruttare l'analogia⁴⁸¹, sia pure con grande prudenza e a condizione che ricorra, come vedremo, un comportamento colposo o doloso del *dominus*.

3. Il principio dell'apparenza e la rappresentanza.

Tra gli ambiti nei quali maggiormente si è fatto ricorso al principio dell'apparenza per la tutela di soggetti che abbiano confidato in una realtà di fatto difforme dall'effettiva situazione di diritto vi è senz'altro quello della rappresentanza apparente.

Trattasi sostanzialmente di un'ipotesi di rappresentanza senza potere siccome prevista dall'art. 1398 c.c., posto che anche nel caso in esame difetta il potere rappresentativo in capo al presunto rappresentante. Tuttavia i due istituti (rappresentanza apparente e rappresentanza senza potere) si differenziano sensibilmente sul piano degli effetti: mentre, infatti, il contratto concluso dal *falsus procurator*, in assenza di ratifica, non produce effetti sulla sfera giuridica del falsamente rappresentato, diversamente, applicando il principio di apparenza, in presenza di determinate condizioni, l'ordinamento ammette che il negozio posto in essere dal rappresentante apparente sia vincolante per lo pseudo rappresentato. Altrimenti detto: la regola è che il contratto concluso dal

⁴⁸¹ Cfr. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, op. cit., 181 s., secondo il quale l'analogia deve essere usata solo dopo aver accertato che nell'ipotesi da regolare siano presenti tutti gli elementi che hanno determinato la disciplina da estendere; per CONTINO, *Apparenza: principio generale od eccezionale?*, op. cit., secondo il quale l'apparenza di diritto può essere suscettibile di applicazione analogica, senza, però, essere elevata a principio generale; da ultimo, CECCHERINI, *Apparenza di rappresentanza e responsabilità del dominus* (nota a Cass. Civ., 29.04.1999, n. 4299), in *Corriere giur.*, 1999, p. 1504 ss.

falsus procurator non produce effetti; ciononostante in virtù del predetto principio dell'apparenza del diritto derivante dal principio di tutela dell'affidamento incolpevole, l'ordinamento tende - ad alcune condizioni - a tutelare comunque il terzo che all'atto di stipulare il contratto con un rappresentante senza poteri percepisce in buona fede una posizione di apparente rappresentanza nei confronti di un determinato soggetto. Tale tutela comporta che il contratto stipulato con il *falsus procurator* produce ugualmente i suoi effetti nei confronti del *dominus*, in deroga al disposto dell'art. 1398 c.c.⁴⁸².

La conseguenza, si è detto, poggia su una *ratio* di tutela dell'affidamento del terzo contraente che sia stato indotto, senza sua colpa, a confidare nella validità del contratto in forza di una legittimazione rappresentativa solo apparente.

Secondo un ormai consolidato orientamento, perché possa aversi rappresentanza apparente devono sussistere congiuntamente tre condizioni (la prova della sussistenza delle quali *incumbit ei qui dicit*, ovvero sul terzo): a) la ricorrenza di circostanze obiettive ed univoche atte ad ingenerare nel terzo il legittimo affidamento circa la sussistenza del potere rappresentativo (elemento oggettivo); b) un atteggiamento dello pseudo rappresentato che sia idoneo a corroborare quanto il terzo si prefigura sulla scorta degli elementi obiettivi del caso concreto (elemento soggettivo relativo al rappresentato); c) l'affidamento incolpevole del terzo nella rispondenza fra apparenza e realtà (elemento soggettivo relativo al terzo contraente).

⁴⁸² Così, STELLA, *La rappresentanza*, op. cit., p. 721 ss. e *ivi* p. 1013. In tal caso anche ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 303 per cui «l'apparenza surroga la legittimazione mancante». In giurisprudenza, fra le altre: Cass. Civ., 29.04.1999, n. 4299, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1012; e in *Corriere giur.*, 1999, p. 1501

Tali elementi sono stati, come prevedibile, oggetto di attenti approfondimenti in dottrina e giurisprudenza. Degli esiti di tali considerazioni si ritiene di dover dar qui una breve *summa*, posto che dalle valutazioni generali si debbono trarre validi spunti per l'applicazione dell'istituto nel campo che ci interessa della rappresentanza organica.

a) Il primo requisito appare quello meno problematico. La giurisprudenza sul punto tende ad attribuire rilevanza alle modalità ed ai luoghi della stipula del contratto, al fatto che in precedenza fossero andati a buon fine negozi stipulati a nome dello pseudo rappresentato per mezzo del *falsus procurator*, ovvero all'uso da parte di quest'ultimo di carta intestata del *dominus* putativo. Sono state altresì considerate circostanze oggettive idonee a trarre in inganno il terzo il ripetersi di rapporti negoziali con il rappresentante apparente, in assenza di opposizione da parte del rappresentato, oppure l'utilizzo di segni distintivi simili da parte delle ditte del rappresentante e del rappresentato, in modo da ingenerare la convinzione che si tratti della stessa azienda. In altre occasioni poi il terzo può essere indotto a ritenere sussistente il rapporto di rappresentanza in base alla posizione rivestita dal presunto rappresentante all'interno di una struttura organizzativa complessa (in presenza di un comportamento tollerante dell'effettivo titolare del diritto).

b) Con riguardo al secondo aspetto, perché il vincolo contrattuale instaurato dal rappresentante al di fuori dei suoi poteri con il terzo sia valido ed efficace nei confronti del rappresentato rimasto estraneo alla contrattazione occorre che sussistano elementi atti ad ancorare direttamente la conclusione del contratto al comportamento del rappresentato stesso; in caso contrario, quest'ultimo subirebbe un'invasione della sua sfera giuridica in forza della sola condotta decettiva del *falsus procurator* e della buona fede del terzo.

Secondo autorevole dottrina detti elementi devono esser tali da determinare l'applicazione del principio di autoresponsabilità⁴⁸³. Perché possa operare detto principio si dice che il comportamento dell'apparente rappresentato deve essersi risolto o in un comportamento di tolleranza di una situazione di apparenza venutasi a creare indipendentemente da lui, o in un comportamento esso stesso idoneo a creare una situazione di apparenza che, con la dovuta diligenza, si sarebbe potuta riconoscere come tale e si sarebbe potuto/dovuto impedire che si realizzasse. Nel primo caso il falsamente rappresentato è consapevole della situazione di apparenza⁴⁸⁴; nel secondo non la conosce ma avrebbe potuto conoscerla⁴⁸⁵.

I due fenomeni nella loro essenza sono comunque compartecipi della stessa natura: la rappresentanza tollerata costituisce una particolare forma di rappresentanza apparente che si caratterizza per la conoscenza da parte del rappresentato dell'agire dell'apparente rappresentante, ma il cui fondamento rimane l'autoresponsabilità⁴⁸⁶.

⁴⁸³ ZACCARIA, *La rappresentanza apparente (in generale con alcune annotazioni in materia di enti collettivi)*, in *Studium iuris*, 2007, n. 9, p. 795 ss. e p. 965 ss. e p. 795 ss.; nonché in AA.VV., *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, a cura di Trimarchi, Milano, 2007, p. 47 ss.

⁴⁸⁴ Sulla rappresentanza tollerata, cfr. in particolar modo PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 143 ss.

⁴⁸⁵ Questa alternativa corrisponde alla distinzione propria della dottrina tedesca tra *Duldungsvollmacht* e *Scheinvollmacht* tra rappresentanza tollerata e rappresentanza apparente. Lì si è talvolta interpretata la tolleranza circa l'agire del rappresentante come idonea a manifestare la volontà di riconoscere l'agente quale effettivo rappresentante: la tolleranza costituirebbe comportamento concludente idoneo a fondare un conferimento negoziale del potere rappresentativo. Ma se si è pur tuttavia obiettato che tollerare non equivale a conferire una procura, ciononostante la tolleranza ha continuato ad aver valore come configurazione di una rappresentanza apparente, il cui fondamento risiede appunto nel principio di autoresponsabilità.

⁴⁸⁶ ZACCARIA, *La rappresentanza apparente (in generale con alcune annotazioni in materia di enti collettivi)*, op. cit., p. 796.

Per autoresponsabilità deve intendersi quella fattispecie in cui un soggetto tiene un comportamento (commissivo od omissivo, ma pur sempre un comportamento), deviante ed anomalo rispetto ad un modello di condotta che alla luce di una regola o di un principio giuridico possa essere qualificato come normale, comportamento che, pur senza violare alcun principio giuridico, sia comunque idoneo ad incidere nella sfera giuridica di altri soggetti e al quale, affinché si realizzi un adeguato bilanciamento dei contrapposti interessi, deve conseguire un sacrificio degli interessi di chi a quel comportamento è tenuto.

Altro elemento su cui occorre però attentamente interrogarsi è l'elemento soggettivo necessario per la configurazione di un'autoresponsabilità che sia rilevante a fondare una situazione di rappresentanza apparente. Ci si è dunque interrogati se occorra veramente la colpa dell'apparente rappresentato o se basti anche un comportamento non colposo, purché legato dal nesso di causalità con la situazione di apparenza venutasi a creare (il che configurerebbe un'ipotesi di "apparenza pura").

La domanda nasce dalla considerazione che il nostro ordinamento presuppone fattispecie di autoresponsabilità (siccome delineata), senza colpa: si pensi all'ipotesi sopra menzionata dell'art. 534 c.c., in cui un soggetto è costretto a subire conseguenze per sé negative anche se non ha contribuito con il proprio comportamento, nemmeno omissivo, ad integrare il fatto fonte del pregiudizio⁴⁸⁷. E lo stesso dicasi per l'art. 1153 c.c. o ancora per l'art. 1189 c.c.

Secondo la maggioritaria giurisprudenza e dottrina, comunque, l'apparenza non potrebbe giammai operare nei casi in cui non si possa muovere al rappresentato alcun rimprovero avente riguardo ad un suo atteggiamento

⁴⁸⁷ Come rileva correttamente ZACCARIA, *La rappresentanza apparente (in generale con alcune annotazioni in materia di enti collettivi)*, op. cit., p. 798, nel caso *de quo* l'interesse del vero erede viene totalmente sacrificato a favore di quello del terzo acquirente di buona fede a titolo oneroso dall'erede apparente, non essendogli offerto alcun mezzo di reazione per evitare l'acquisto da parte del terzo.

idoneo a provocare l'errore del terzo: la colpa funzionerebbe da correttivo della regola dell'apparenza, evitando che un'applicazione indiscriminata di questa conduca a soluzioni ingiustificatamente gravose per il terzo rappresentato⁴⁸⁸. Il principio dell'apparenza sarebbe idoneo a giustificare la circolazione della ricchezza indipendentemente dal consenso del legittimo proprietario, ma non a vincolare direttamente un soggetto senza il concorso della sua colpa.

A riprova della necessità dell'elemento della colpevolezza valga il seguente ragionamento: se non fosse invocabile un principio di autoresponsabilità in

⁴⁸⁸ *Ex plurimis*, MORCAVALLO, *Un'applicazione anomala dell'art. 1189 cod. civ.: il pagamento al rappresentante del creditore* (nota a Cass., 25.2.2002, n. 2732), in *Nuova giur. comm.*, 2003, I, p. 759; DI GREGORIO, *La rappresentanza apparente*, op. cit., p. 225 ss.; ID., *A margine di una recente sentenza della Cassazione sulla rappresentanza apparente*, in *Giurispr. It.* 1995, 1, I, p. 2031 ss. In giurisprudenza, Cass. Civ., 30.12.1997, n. 13099, in *Contr.*, 1998, p. 453, con nota di MULLACE, *Rappresentanza apparente: la responsabilità del «dominus apparentes»*; e in *Danno e resp.*, 1998, p. 456, con nota di LAGHEZZA, *Il contratto concluso dal falsus procurator ed il principio dell'apparenza*; Cass. Civ., 09.07.2001, n. 9289, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1355, con nota di CHINÈ, *Spunti critici in tema di ratifica dei contratti formali e di rappresentanza apparente*. Al contrario, non richiede la colpa del rappresentato Cass. Civ., 11.10.1991, n. 10709, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1833 e Cass. Civ. 13.12.2004, n. 23199, in *Corriere Giur.*, 2006, 1, p. 81 per la quale “*In ipotesi di rappresentanza apparente, chi invoca la propria incolpevole aspettativa deve fornire esclusivamente la prova di aver confidato senza colpa nella situazione apparente; non occorre, invece, l'ulteriore elemento costituito dal comportamento colposo del soggetto nei cui confronti è invocata l'apparenza, poiché la posizione giuridica di colui al quale la situazione giuridica appare, senza sua colpa, esistente, deve essere tutelata, nel conflitto di interessi contrapposti, anche senza ed indipendentemente dal concorso di un simile elemento*”. In dottrina sono contrari al requisito della colpa per l'apparente rappresentato BONELL, *Apparenza di diritto e pubblicità di fatto nell'affitto d'azienda* (nota a Cass., 3.2.1968, n. 355), in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 7 ss. e *ivi* p. 9 e nota 20, pur richiedendo che la situazione apparente sia determinata da un comportamento commissivo o omissivo del *dominus* non ritiene che tale comportamento debba essere anche colposo o doloso.

ogni caso di rappresentanza apparente inconsapevole, in capo all'apparente rappresentato potrebbe configurarsi solamente, al più, una responsabilità di tipo precontrattuale. Ma una tale responsabilità – ragionando a titolo esemplificativo sulla base dell'art. 1338 c.c. - presupporrebbe essa stessa necessariamente quanto meno una colpa. E se la colpa – al di fuori dell'operatività del principio dell'apparenza – risulterebbe ancora necessaria per fondare in capo all'apparente rappresentato anche solo una responsabilità risarcitoria, a maggior ragione la si dovrà ritenere necessaria quando allo stesso apparente rappresentato si voglia imputare proprio l'atto. Si deve quindi concludere che, se per il principio di autoresponsabilità in generale non occorre un comportamento colposo, questo è invece necessario quale presupposto per la fattispecie della rappresentanza apparente⁴⁸⁹.

L'affermazione della necessità della presenza dell'elemento *sub b)* fa ritenere ad oggi prevalente l'opinione per cui in materia di rappresentanza non opera il principio di apparenza c.d. “pura”, fondata solo sull'affidamento incolpevole di un terzo in merito alla sussistenza di una situazione giuridica in realtà inesistente (che trova applicazione in varie fattispecie legali, fra cui anche l'art. 1189 c.c.), bensì quella “colposa”, con ciò intendendosi quindi che la tutelabilità della posizione del terzo è subordinata all'accertamento di un comportamento quanto meno colposo dello pseudo rappresentato⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ ZACCARIA, *La rappresentanza apparente (in generale con alcune annotazioni in materia di enti collettivi)*, op. cit., p. 802. Guardando alla casistica, con riferimento alle condotte commissive colpose del rappresentato, si può ricordare, a titolo di esempio, il caso in cui il terzo era stato indotto a contrattare con l'apparente agente di una società di intermediazione mobiliare sulla base del fatto che il nominativo di tale soggetto risultava inserito in una lettera-depliant inviata dalla società stessa ai propri clienti. La condotta del rappresentato può altresì consistere in comportamenti omissivi di tolleranza della situazione creata dallo pseudo rappresentante o di negligenza nell'impedire il protrarsi di situazioni ambigue idonee a trarre in errore altri soggetti.

⁴⁹⁰ La distinzione fra apparenza “pura” (o “oggettiva”) e “colposa” risale a FALZEA, *Apparenza*, op. cit., secondo cui nella prima l'errore del terzo “è causato soltanto dalla

La *ratio* di siffatta disciplina riposa nell'esigenza di trovare un bilanciamento fra la tutela del soggetto in buona fede e la posizione dell'apparente rappresentato che sia del tutto ignaro dell'operato del *falsus procurator*. In altri termini, sarebbe iniquo - prima ancora che contrario al principio fondamentale di cui all'art. 1372 c.c. - che un soggetto si trovi vincolato ad un atto compiuto da altri a sua insaputa, se non fosse possibile muovere allo stesso un rimprovero, quanto meno a titolo di colpa, per l'affidamento creato nel terzo⁴⁹¹.

situazione di fatto che manifesta falsamente una situazione di diritto”, mentre nella seconda “l'errore del terzo è provocato [anche] dal comportamento colposo o doloso del titolare reale del diritto soggettivo”. Deve peraltro rilevarsi che in realtà ad oggi si riscontrano anche pronunce che legittimano anche la rappresentanza apparente pura. Sembra debba così potersi leggere la Sentenza Cass. Civ. 21.12.1987, n. 9485. Qui, infatti, la Corte nell'esaminare la questione legata alla efficacia o inefficacia del negozio (transazione) concluso da un addetto alla liquidazione sinistri di una compagnia di assicurazione sprovvisto dei poteri (in quanto l'atto transattivo andava autorizzato da un ispettore gerarchicamente sovraordinato) conclude con il sostenere: “... *Appunto perché l'interessato si vide offrire la somma da un funzionario della società, s'imponessa, con precedenza logica, l'esigenza di accertare se egli avesse avuto ragione di ritenere che il funzionario anziché della sola istruttoria della pratica sinistri e della mera formazione di proposte per la loro definizione consensuale, fosse incaricato di esprimere, per l'ente dichiarazioni vincolanti*”. In questo senso la sentenza appena citata lungi dall'incentrare la propria analisi concreta sul regime di opponibilità dei limiti del potere di rappresentanza e/o amministrazione - ciò che non avrebbe potuto, peraltro, trattandosi di società di capitali, - si sforza di esaminare, invece, e correttamente, la posizione del terzo, che senza colpa malgrado l'impiego di ordinaria diligenza abbia confidato sul potere d'impegnativa dell'"organo" dell'ente, ossia sulla sua idoneità a riferire alla società i risultati del suo *agere*. Ecco perché questa sentenza non applica al caso le conseguenze derivanti dall'articolo 1398 c.c., e rinvia per riconoscere, in sostanza la piena efficacia del negozio per cui vi fu causa.

⁴⁹¹ Si è fatto leva sul punto sul principio di auto responsabilità, il quale «esprime la soluzione normativa nel senso che chi immette, da causa all'immissione di

c) Il terzo elemento è costituito dalla presenza di un affidamento incolpevole del terzo. Il requisito pare essere espressione del principio generale sul comportamento di buona fede, valevole innanzitutto con riguardo all'interpretazione delle dichiarazioni da parte del destinatario e alla luce delle quali si afferma che il destinatario di una dichiarazione è legittimato a fare affidamento sul significato della dichiarazione medesima come da lui compreso, a patto che sia stato diligente nell'interpretarla.

Il principio così espresso è di matrice tedesca ma trova applicazione anche nel nostro ordinamento, come, a titolo esemplificativo, nella disciplina dell'errore ostativo, il quale può fondare l'annullamento del contratto in cui rileva solo se riconoscibile. Se ne trae quindi che il principio dell'affidamento incolpevole governa, anche presso il nostro ordinamento, l'efficacia delle dichiarazioni recettizie.

Da tale assunto è necessario fare un ulteriore sforzo logico in avanti per sostenere che la regola dell'affidamento incolpevole vale anche nella materia della rappresentanza apparente, nella quale ci si confronta con fattispecie che nascono non necessariamente da una dichiarazione, ma più propriamente da un comportamento.

Ma come autorevole dottrina ha rilevato, non si vedono ragioni ostative al ritenere che il principio si possa comunque applicare anche laddove manchi una dichiarazione, e precisamente in tutte quelle situazioni concrete in cui il terzo, anche usando l'ordinaria diligenza, non avrebbe potuto rilevare che si trattava di una situazione, appunto, apparente.

Appurata la necessità di un affidamento incolpevole, arriviamo ora al quesito che più rileverà ai nostri prossimi fini, ovvero la questione se

dichiarazioni negoziali nel traffico giuridico è assoggettato alle conseguenze di esse secondo il loro obiettivo significato» (così, testualmente, BIANCA, *Il contratto*, op. cit., p. 21).

possa considerarsi diligente colui che non ha chiesto al rappresentante di giustificare i propri poteri. La questione si fa infatti particolarmente rilevante con riferimento a talune delle ipotesi in questo lavoro analizzate, quali la necessaria verifica da parte del terzo della sussistenza di una delibera autorizzativa in caso di dissociazione dei poteri, ovvero la richiesta di dimostrazione dell'ipotesi di assenza del rappresentante principale rispetto al vicario, o ancora la delibera autorizzativa e valida in caso di negozio potenzialmente in conflitto di interessi con l'ente rappresentato.

La giurisprudenza sul punto appare piuttosto consolidata: la norma dell'art. 1393 c.c., che (come peraltro già rilevato) autorizza il terzo a chiedere al rappresentante di giustificare i propri poteri attribuisce al medesimo una facoltà e non un obbligo, di talché la mera omissione da parte del terzo non dovrebbe dirsi sufficiente ad integrare la colpa prevista dall'art. 1398 c.c.

Si ritiene, tuttavia, che *in medio stat virtus*. Recuperando i principi già sopravvisti in tema di autoresponsabilità, pare corretto affermare che la norma citata attribuisca sì una "facoltà", ma che questa stessa possa esser tratteggiata nei termini di un "onere", il cui mancato assolvimento comporta l'imputabile pregiudizio di un interesse dello stesso soggetto che tiene il comportamento fonte dell'autoresponsabilità, pur non implicante la violazione di un dovere giuridico.

Si è detto come il principio dell'autoresponsabilità scatti in presenza di una situazione anomala, dove sia necessario un bilanciamento degli interessi.

Ora se sia anomalo o meno concludere un contratto con un rappresentante senza chiedere la giustificazione dei suoi poteri è un qualcosa che dipende dalla situazione concreta.

E' nel caso concreto che è possibile valutare se il confidare in una situazione di apparenza sia determinato da un ragionevole affidamento circa la corrispondenza dell'apparenza alla sostanza⁴⁹² ovvero da una mera negligenza del contraente.

In conclusione non si ritiene che l'omissione della richiesta debba necessariamente escludere una colpevolezza da parte del terzo, ma questa può esser fonte di autoresponsabilità solo quando l'omissione medesima, in rapporto alle circostanze concrete, si presenti come comportamento anomalo, o deviato, nei termini sopra visti.

4. Limiti all'applicazione dell'istituto: principio di apparenza e pubblicità legale.

Orbene, chiariti i principi che governano la rappresentanza apparente nei termini generali, veniamo ora a parlare della rappresentanza apparente nell'ambito degli enti collettivi. Come anticipato nelle premesse sarà quindi da domandarsi se e in che termini il principio dell'apparenza sia applicabile anche in un contesto di rappresentanza organica⁴⁹³.

Va infatti premesso che il ricavato generale principio dell'apparenza, come sopra brevemente tratteggiato, comunque non trova applicazione in talune ipotesi.

Innanzitutto, lo stesso non è invocabile nell'ambito del processo, gravando sull'attore l'onere di verificare che il convenuto sia effettivamente il soggetto nei confronti del quale si ha intenzione di far valere un determinato diritto.

⁴⁹² ZACCARIA, *La rappresentanza apparente (in generale con alcune annotazioni in materia di enti collettivi)*, op. cit., p. 798

⁴⁹³ Cfr. anche DELLE MONACHE, *Clausola compromissoria unilateralmente predisposta e forma della ratifica*, in *Riv. dir. civ.* 2012, n. 2, p. 147 ss. e *ivi* p. 149.

Inoltre – in forza di un orientamento giurisprudenziale abbastanza consolidato – il principio di apparenza non può applicarsi in tutti i casi in cui per il contratto stipulato dal *falsus procurator* sia richiesta la forma scritta ad *substantiam*, in quanto, per tali ipotesi, l'art. 1392 c.c. prescrive, per la validità del negozio giuridico posto in essere dal rappresentante, il conferimento della procura per atto scritto. Conseguentemente, non è possibile che un atto necessariamente formale nella sua modalità espressa (quale la procura o la ratifica) sia surrogato da fatti concludenti, ontologicamente privi del connotato formale vincolato.

Ma, venendo alla questione che più ci interessa, un aspetto su cui incidono particolari dubbi manifestatisi in giurisprudenza riguarda la sfera operativa dell'istituto della rappresentanza apparente laddove si sia in presenza di adeguati indici di pubblicità.

Va infatti rilevato come un consistente indirizzo giurisprudenziale⁴⁹⁴, supportato anche da parte della migliore dottrina⁴⁹⁵, affermi che in ipotesi di enti sottoposti al regime pubblicitario verrebbe necessariamente meno il requisito sopra esaminato sub c); precisamente, l'affidamento del terzo contraente mai potrebbe dirsi incolpevole posto che, come per le società o le persone giuridiche soggette all'obbligo di iscrizione dei rispettivi registri, esiste un sistema di pubblicità capace di fornire certezze in ordine alla spettanza del potere rappresentativo.

⁴⁹⁴ Così Cass. Civ. 18.05.2005 n. 10375 in *Giur. It.* 2005, p. 2295 ss, e prima Cass. Civ., 11.10.1991, n. 10709, in *Corriere giur.*, 1992, p. 437; Cass. Civ., 05.07.1882, n. 3390, in *Giust. civ. mass.*, p. 1982; Cass. Civ., 24.11.1981, n. 6244, *ivi*, p. 1981; Cass. Civ., 17.03.1975, n. 1020, in *Foro it.*, 1975, I, p. 2272; App. Bologna, 1.7.1993, in *Soc.*, 1994, p. 207.

⁴⁹⁵ Così, testualmente, PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1, in *La pubblicità in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1957, p. 264. Nello stesso senso, CAVONE, *La rappresentanza apparente nei negozi formali*, in *Contr.*, 2002, p. 485.

Osserva infatti il citato indirizzo, come apparenza e pubblicità siano “*strumenti concorrenti di tutela giuridica di una medesima esigenza pratica*” ossia quella di impedire l'insorgenza di situazioni apparenti difformi dalla realtà giuridica tali da trarre in inganno un terzo in buona fede.

L'apparenza, quindi, si presenterebbe come “uno strumento elastico, idoneo a penetrare nei campi in cui il formalismo giuridico non ha avuto possibilità di esplicarsi e mira a proteggere l'interesse dei terzi tutte le volte che essi non hanno una dichiarazione formale su cui poggiare”⁴⁹⁶.

Anzi, secondo parte della dottrina l'istituto in questione troverebbe proprio la sua ragion d'essere nell'esigenza di porre un rimedio alle carenze del sistema pubblicitario⁴⁹⁷ cosicché lo spazio di applicazione dell'apparenza sarebbe inversamente proporzionale al grado di sviluppo degli strumenti del formalismo giuridico⁴⁹⁸.

Un tale indirizzo interpretativo, tuttavia, non sembra a parere di chi scrive meritare accoglimento, quantomeno se inteso nei termini rigorosi con i quali è stato generalmente presentato⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ PUGLIATTI, *La trascrizione*, op. cit., 265.

⁴⁹⁷ In tal senso FALZEA, *Apparenza*, op. cit., p. 690, secondo cui “*la imperfetta organizzazione del sistema di pubblicità nel diritto italiano e l'insufficiente sviluppo degli strumenti del formalismo giuridico rendono necessario un mezzo che supplisca a codeste deficienze, garantendo la tutela di interessi considerati eminenti?*”. Nello stesso senso, SACCO, *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 660.

⁴⁹⁸ Così BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, cit., p. 374: «la legge deve assicurare alle apparenze una rilevanza tanto maggiore quanto più imperfetto è il sistema dei mezzi di pubblicità, mentre invece un adeguato sistema di pubblicità riduce i limiti entro i quali deve attribuirsi rilevanza a situazioni apparenti». Lo stesso autore rileva che in presenza di un «adeguato sistema di pubblicità» l'errore di chi ha confidato in una situazione apparente non è scusabile.

⁴⁹⁹ Cfr. DELLE MONACHE, *Clausola compromissoria unilateralmente predisposta e forma della ratifica*, op. cit., p. 150; ZACCARIA, *La rappresentanza apparente (in generale con alcune annotazioni in materia di enti collettivi)*, op. cit., p. 967.

5. Apparenza e rappresentanza organica. Considerazioni generali.

Secondo il predetto orientamento, quindi, il principio sostenuto dal citato indirizzo - secondo cui l'esistenza di forme di pubblicità legale renderebbe sempre inapplicabile il principio di apparenza - potrebbe essere superato solo in presenza di un'espressa previsione normativa, qual è quella attualmente prevista dall'art. 2384 c.c. La nuova formulazione della citata disposizione, ormai nota in questo lavoro, ha in sostanza recepito e legittimato proprio il principio dell'apparenza, siccome sopra tratteggiato. Il legislatore, avvertendo la più volte ribadita esigenza di agevolare la speditezza nei traffici, ha dato, in tale settore, prevalenza alla situazione di apparenza rispetto all'esistenza di sistemi di pubblicità, essendo necessario, al fine di far valere l'insussistenza del potere rappresentativo in capo all'amministratore per il compimento dell'atto, la prova spesso non agevole che il terzo abbia volutamente agito a danno della società.

Un tanto certamente vale, quindi, nell'ambito delle società per azioni, ove come più volte ricordato, la norma ha privato di rilevanza esterna la pubblicità resa alle limitazioni dei poteri degli amministratori (salva *l'exceptio doli*) e ha definito "generale", nel senso più esteso del termine, il potere di rappresentanza conferito statutariamente agli stessi, imponendo un regime di piena inopponibilità ai terzi di qualsivoglia limitazione.

In tale ambito, precisamente, il principio della tutela dell'apparenza e, in particolar modo, l'istituto della rappresentanza apparente, sono divenuti diritto positivo.

Quindi, posto che con riferimento all'amministratore di società per azioni opera il principio appena ricordato, l'ambito sul quale ci si può ancora interrogare circa un'applicazione autonoma del principio dell'apparenza riguarda la sorte di un atto posto in essere da un terzo, non amministratore, che agisca come *falsus procurator* della società, perché non

investito di alcuna delega rappresentativa ovvero perché spintosi oltre i limiti della stessa. In particolare ci si è interrogati se l'atto posto in essere da tale presunto rappresentante sia inefficace per la società ovvero se, ricorrendo circostanze obiettive, in concomitanza con un comportamento colposo dell'ente, sia possibile applicare il principio della rappresentanza apparente e, conseguentemente, ritenere la società vincolata al rispetto delle disposizioni contenute nel contratto.

La tematica non avrebbe diretto interesse per questo lavoro, se non fosse che offre spunti che invece possono essere traslati allorquando ci si interroghi sulla rappresentanza delle altre persone giuridiche. Appare dunque opportuno spendere qualche parola sulle valutazioni espresse da dottrina e giurisprudenza sul punto.

Se, come anzidetto, la giurisprudenza per lungo tempo ha ritenuto che *“l'assoluta carenza di potere rappresentativo da parte di chi agisce in nome e per conto di una società di capitali preclude al terzo contraente l'adozione di qualsiasi strumento di tutela nei confronti della società medesima (salvo gli effetti di una sopraggiunta ratifica), non essendo invocabile il principio dell'apparenza del diritto nei casi in cui la legge prescrive specifici mezzi di pubblicità per accertarsi della consistenza dell'altrui potere”*⁵⁰⁰, ultimamente si è affacciata e ha preso piede una diversa tesi interpretativa⁵⁰¹ per cui *“il principio dell'apparenza del diritto*

⁵⁰⁰ Così, testualmente, Trib. Pavia, 11.7.1988, in *Soc.*, 1989, p. 1061: nel caso di specie si trattava di obbligazioni nascenti dall'emissione di titoli di credito da parte del *falsus procurator* su conto corrente intestato alla società; in senso analogo, fra le altre, Cass. Civ., 26.11.2002, n. 16650, in *Mass. Foro it.*, 2002; Cass. Civ., 03.03.1994, n. 2123, *Mass. Foro it.*, 1994.

⁵⁰¹ Ad es., Cass. Civ., 19.09.1995, n. 9902, in *Corriere giur.*, 1996, p. 671 ha ritenuto incolpevole il comportamento del terzo che, pur avendo omesso di controllare i libri sociali per accertarsi dell'esistenza del potere rappresentativo, ha fatto affidamento sul fatto che le lettere a lui indirizzate erano redatte su carta intestata della società, in presenza dell'identità di cognome fra *falsus procurator* ed affettivo amministratore della

può essere invocato anche nel caso in cui il terzo, contrattando con una società di capitali, sia in grado di verificare, sulla base dei pubblici registri, l'esistenza dei poteri di rappresentanza del soggetto che agisce in nome e per conto della società"⁵⁰². Secondo tale pronuncia, la mancata verifica dei pubblici registri costituisce solo un elemento da valutare, insieme ad altri, al fine di decidere se il comportamento del terzo contraente possa o meno dirsi "colposo"⁵⁰³.

In caso quindi di contratto concluso con un sedicente rappresentante della società che non sia però amministratore della stessa (per il quale non possa farsi applicazione dell'art. 2384 c.c.), i principi dell'apparenza potranno essere invocati dal terzo contraente, e nell'ipotesi di ricorrenza dei tre presupposti di cui si è discusso, il contratto dovrà dirsi produttivo di effetti nei confronti della società all'apparenza rappresentata.

Alla luce di quanto sopra esposto, la posizione che ci appare come la migliore soluzione in grado di temperare equamente gli interessi coinvolti con il minor sacrificio del rispetto del dettato normativo è quella, nelle ipotesi in cui tendenzialmente il difetto di potere

società; cfr. anche Cass. Civ., 30.03.2004, n. 6301, in *Mass. Foro it.*, 2004; Cass. Civ., 12.04.2001, n. 5468, in *Giur. it.*, 2002, I, 1, p. 106.

⁵⁰² Cass. Civ., 13.08.2004, n. 15743, cit., nonché Cass. Civ. 12 gennaio 2006, n. 408 in *Giust. Civ.* 2006, I, p. 1490

⁵⁰³ Già si è visto come sia stato sostenuto in dottrina che l'art. 2384, 2° co., c.c. non sarebbe applicabile al caso in cui i limiti al potere dell'amministratore siano non di origine statutaria ma frutto di una deliberazione del consiglio di amministrazione: in tal caso è stata ravvisata la possibilità di applicare le norme sulla rappresentanza al fine di determinarne l'opponibilità o meno ai terzi che abbiano contrattato con l'amministratore al di fuori dello spazio delineato dai limiti stessi. Cfr. FORMICA, *Rappresentanza di società per azioni: amministratori e apparenza del diritto*, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1916.

rappresentativo ben sarebbe opponibile al terzo anche nella società di capitali, ritenere comunque applicabile il principio della rappresentanza apparente allorquando, nel caso concreto, risulti invocabile un affidamento incolpevole del terzo e un atteggiamento colposo dell'ente.

Se un tanto, in caso di società di capitali, vale con riferimento alle sole ipotesi di rappresentante non amministratore (e quindi solo laddove non opera l'art. 2384 c.c.), il principio dovrà invece generalmente valere, con riguardo agli altri collettivi, per ogni caso in cui il difetto del potere rappresentativo non sarebbe altrimenti opponibile al terzo in forza di uno specifico riferimento normativo.

Ci riferiamo quindi, sia a quanto contemplato dall'art. 2266 c.c. e dall'art. 2298 c.c. con riferimento alle società di persone, sia a quanto previsto dall'art. 19 c.c. in ambito di persone giuridiche *non profit*.

Già si abbondantemente detto circa la considerazione che il principio della tendenziale inopponibilità dei limiti al potere di rappresentanza risulta “*non suscettibile di applicazione analogica nei confronti delle società di persone. Da ciò consegue, sul piano della tutela dei terzi, che, in forza degli artt. 2266 e 2298, la società non risulta vincolata all'atto posto in essere dall'amministratore che ecceda i limiti posti al suo potere di rappresentanza, qualora gli stessi risultino idoneamente pubblicizzati*”⁵⁰⁴.

La posizione dell'amministratore dell'ente la cui titolarità del potere di rappresentanza risulti iscritta, unitamente ai suoi limiti, appare quindi sostanzialmente equiparabile non tanto al rappresentante-amministratore delle società di capitali, quanto al rappresentante non amministratore delle stesse.

Ma se, come si è detto, anche per quelle ipotesi deve dirsi non da escludere che il principio dell'apparenza possa condurre a rendere efficace

⁵⁰⁴ Cass. Civ., 14.05.1999, n. 4774, in *Soc.*, 1999, p. 1326.

per il terzo in buona fede l'atto compiuto dal *falsus procurator*, allo stesso modo deve potersi sostenere che in virtù dell'istituto della rappresentanza apparente, a determinate condizioni, l'atto concluso dal rappresentante organico in eccedenza rispetto ai limiti del potere conferitogli o con il mancato rispetto delle procedure deliberative, possa vincolare la persona giuridica anche laddove essa abbia adempiuto agli oneri pubblicitari su di lei gravanti⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ Occorre qui precisare come le considerazioni che ora svolgeremo riguardano le ipotesi che ricadrebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 19 c.c. e quindi ipotesi di eccesso di potere rappresentativo che sono rese opponibili ai terzi solo in forza dell'adempimento degli oneri pubblicitari. Si ripensi all'ipotesi sopra tracciata di dissociazione tra potere di rappresentanza e potere di gestione. Si è detto infatti che il difetto della previa delibera dell'organo amministrativo, laddove lo statuto debitamente "pubblicato" ne prescriva la necessità, può esser letto sia come limite al potere di rappresentanza rientrante nell'ambito dell'art. 19 c.c. perché iscritto, e quindi opponibile al terzo con conseguente inefficacia del contratto concluso dall'amministratore in violazione del disposto, ovvero quale limite al solo potere di gestione, il quale però si riverbererebbe nel potere di rappresentanza sostanzialmente privando, per quell'atto non deliberato correttamente, l'amministratore del potere rappresentativo, che in quanto connotato dalla caratteristica tipica del rapporto organico (ovvero il suo esser funzionale rispetto all'ente stesso), verrebbe meno laddove l'ente "non ha sostanzialmente voluto" ciò che il suo organo dichiara invece come "voluto". Entrambe le prospettazioni, l'una in forza dell'art. 19, l'altra in forza dell'art. 1398 c.c., giungono a determinare l'inefficacia dell'atto nei confronti del terzo, per eccesso (secondo la prima prospettiva) o difetto (alla luce della seconda) del potere di rappresentanza. Orbene, le considerazioni che ci apprestiamo a svolgere conclusivamente in questa parte del lavoro, tuttavia, valgono solo con riguardo al primo inquadramento dogmatico della fattispecie, posto che nel secondo caso non vi è da interrogarsi sul rapporto tra rappresentanza apparente e limiti pubblicitari: qui, si è detto, l'inefficacia dell'atto deriverebbe direttamente dall'applicazione dell'art. 1398 c.c. a nulla rilevando l'eventuale iscrizione pubblicitaria. Qualora il difetto della delibera o l'invalidità della stessa configurassero un solo limite gestorio, il cui effetto,

Deve infatti ricordarsi il principio sotteso a limitare la tutela fondata sul principio dell'apparenza, ovvero la necessità di negare la tutela allorché il terzo, con l'uso dell'ordinaria diligenza, avrebbe potuto rendersi conto del reale stato delle cose⁵⁰⁶. Ma se è così, non si vede come possa affermarsi che il mancato accesso ai sistemi pubblicitari o la mancata verifica delle risultanze dei registri delle persone giuridiche (o delle imprese) possano e debbano considerarsi incontrovertibilmente quali indici di una leggerezza che rende colpevole il terzo contraente con conseguente impossibilità da parte sua di richiamarsi ai principi dell'apparenza⁵⁰⁷.

secondo la tesi che si è sopra illustrata, comporterebbe l'effettiva mancanza del potere di rappresentanza per la conclusione di quegli atti non o mal deliberati, allora non potrebbe opporsi all'eventuale applicazione del principio dell'apparenza l'esistenza di un regime pubblicitario. Non si ragionerebbe più su limiti iscritti e opponibili o meno, ma sull'effettivo o meno conferimento di un potere che deriva dallo statuto e che è connesso alla funzione dell'organo. E se quindi non si discutesse più di applicazione dell'art. 19 c.c. o meno ma direttamente si sussumesse la disciplina in questione nell'ambito del 1398 c.c., allora non vi sarebbero ostacoli all'applicazione della disciplina della rappresentanza apparente. Così interpretata la fattispecie, l'operatività astratta dei principi sulla rappresentanza non potrebbe essere quindi messa in discussione, salva la verifica effettiva del ricorrere dei requisiti prescritti. Diversamente, varranno le considerazioni che si intende svolgere per le ipotesi in cui il difetto del potere rappresentativo derivi direttamente da clausole statutarie di cui si è data adeguata pubblicità.

⁵⁰⁶ Così Cass. Civ., 26.05.2004 n. 10133, in *Pluris* secondo cui a rendere efficace l'atto nei confronti del terzo occorre "l'erroneo ed incompleto convincimento che la situazione apparente rispecchi la realtà". In dottrina, DELLE MONACHE, *Clausola compromissoria unilateralmente predisposta e forma della ratifica*, op. cit., p. 150; ZACCARIA, *La rappresentanza apparente (in generale con alcune annotazioni in materia di enti collettivi)*, op. cit., p. 967, ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 305 per il quale il criterio da adottarsi è quello dell'ordinaria diligenza, nonché BIANCA, *Il contratto*, op. cit., p. 118.

⁵⁰⁷ DELLE MONACHE, *Clausola compromissoria unilateralmente predisposta e forma della ratifica*, op. cit., p. 150; ZACCARIA, *La rappresentanza apparente (in generale con alcune*

Riprendendo le considerazioni svolte al capitolo precedente, si è là concluso, quando ci si è interrogati se possa considerarsi diligente o meno colui che non abbia chiesto al rappresentante di giustificare i suoi poteri ai sensi dell'art. 1393 c.c., che, solo ove l'omissione si presenti come comportamento anomalo in rapporto alle circostanze del caso, potrà ravvisarsi una autoresponsabilità giuridicamente rilevante del terzo⁵⁰⁸.

Si ritiene debba qui valere lo stesso principio: spetterà sostanzialmente al giudice accertare se, in relazione alle circostanze obiettive della fattispecie, il comportamento tenuto dal rappresentante sia stato tale da ingenerare nel terzo il ragionevole convincimento della corrispondenza della situazione reale a quella apparente: non sarebbe dunque possibile considerare in colpa il terzo che, non avendo motivo alcuno di dubitare del conferimento dei poteri di rappresentanza in base alle regole dell'ordinaria diligenza, abbia ommesso di verificare l'esistenza dei poteri mediante l'esame dei pubblici registri.

E se un tanto deve dirsi vero, certamente ancor più lo sarà quando l'omissione non riguarda l'accertamento dell'esistenza della nomina e del conferimento, ma la sussistenza di requisiti ulteriori volti a valutare se il rappresentante ha agito nel perimetro dei limiti consentiti, come accade, secondo le fattispecie analizzate in questo lavoro, nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere rappresentativo è subordinato al valido esercizio del potere gestorio, ovvero ci si muove in ambito di contratti in potenziale conflitto di interessi o di atto eccedente lo scopo sociale.

Ciò appare ancora più evidente laddove si ricordi che l'asserita incompatibilità tra la rappresentanza apparente ed i sistemi di pubblicità deriverebbe dal fatto che questo offrono "certezze" in ordine alla spettanza del potere rappresentativo, tali da non far residuare spazi per la

annotazioni in materia di enti collettivi), op. cit., p. 967.

⁵⁰⁸ ZACCARIA, *ibidem*.

sussistenza di un'apparenza tutelabile. Ma proprio qui sta il punto. Nelle fattispecie esaminate questa pretesa "certezza" non può dirsi sussistere, perché se è vero che il sistema pubblicitario può dar atto del limite al potere rappresentativo in linea astratta e teorica, la concreta conoscibilità del rispetto o meno della limitazione da parte dell'organo non è altrettanto verificabile.

Così è stato attentamente rilevato che il compimento di atti di verifica quali le visure camerali e/o l'accertamento dell'avvenuta corretta deliberazione prodromica al compimento dell'atto da parte del rappresentante può forse costituire una misura richiesta, secondo il parametro della diligenza media, con riferimento a certi tipi di rapporti, ma non certo ad altri che si tratti di instaurare con la persona giuridica⁵⁰⁹; mentre con riferimento ad altri non sarebbe ancora sufficiente al fine di accertare la titolarità del potere di rappresentanza o il rispetto dei limiti su di questo imposti statutariamente.

Così è la prassi che insegna come, in mancanza di specifiche ragioni di dubbio, non costituisce un comportamento normale e uno scrupolo consueto quello di verificare attraverso le risultanze pubblicitarie se sia legittimato ad impegnare l'ente colui che, qualificandosi abitualmente come rappresentante, concluda un contratto inerente alla ordinaria gestione: imputare al terzo di non aver eseguito adempito agli imposti oneri dirigenziali, in tali determinate circostanze, significherebbe muovergli il rimprovero di non aver tenuto una soglia di attenzione più elevata però del normale, il che ci condurrebbe fuori dell'ambito dell'autoresponsabilità rilevante giuridicamente siccome sopra tratteggiata.

⁵⁰⁹ DELLE MONACHE, *Clausola compromissoria unilateralmente predisposta e forma della ratifica*, cit., p. 150.

Quanto alla tutela che può essere offerta a chi ha contratto con il rappresentante apparente, è data possibilità di scelta.

In primo luogo, accertata la creazione di una situazione di apparenza, il terzo potrebbe agire nei confronti del rappresentato per l'esecuzione del contratto. Inoltre, nel caso in cui abbia già eseguito la propria prestazione e da ciò gli sia derivato, come conseguenza immediata e diretta, un danno, il ricorrente potrà far valere la responsabilità precontrattuale del rappresentato, a norma degli artt. 1337 e 1338 c.c., per violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative. Ancora, qualora sia venuto meno l'interesse al mantenimento del vincolo contrattuale, il terzo potrà farne valere l'inefficacia ed agire *ex art.* 1398 c.c. nei confronti del *falsus procurator* per il risarcimento del danno (nei limiti dell'interesse negativo)⁵¹⁰.

⁵¹⁰ Il principio dell'apparenza del diritto è invece inapplicabile alla rappresentanza nell'ambito del processo. Così, è stato affermato che il terzo che vuol far valere un diritto nei confronti del condominio ha l'onere di chiamare in giudizio il legale rappresentante dello stesso (art. 1131 c.c.), come risulta dalla delibera dell'assemblea dei condomini, non potendo tener conto delle risultanze derivanti da documenti diversi da tale verbale; in caso contrario la notifica a chi appare, senza esserlo, amministratore, è giuridicamente inesistente.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Rappresentanza e gestione* a cura di Visintini, Padova, 1992.
- AA.VV., *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, a cura di Granelli e Stella, Milano, 2007.
- AA.VV., *Amministrazione e controllo negli enti diversi dalle società*, Milano, 1990.
- AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, II ed., Milano, 2006.
- AA.VV., *Fondazioni e associazioni, proposte per una riforma del Primo Libro del Codice Civile*, Rimini, 1995.
- ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nelle società per azioni*, Milano, 1975.
- ABBADESSA, *Potere deliberativo e potere di rappresentanza nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.* 1970, II, p. 164 ss.
- ABRIANI-MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in *Le società per azioni*, Vol. IV, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2010.
- AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società*, a cura di Ambrosini, Torino, 2004.
- ANGELICI, *Amministratori di società, conflitti i interessi ed art. 1394 c.c.* in *Riv. dir. comm.*, 1970, n. I. p. 104 ss.
- ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Vol. I, Milano, 1951.
- ASCARELLI, *Consorzi volontari fra imprenditori*, Milano, 1936.
- ASCARELLI, *Fideiussione, conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio: oggetto e capacità sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 741 ss.

- ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano, 1959.
- ASCARELLI, *Vizi delle deliberazioni assembleari e tutela dei terzi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1954, I, p. 103 ss.
- ASQUINI, *Limiti dei diritti dell'azionista in relazione all'art. 163 cod. comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, II, p. 1 ss.
- *Atti della commissione delle assemblee legislative (o parlamentari) chiamate a dare il loro parere sul progetto del codice civile, Libro delle persone e della famiglia*, Tip. del senato, Roma, 1940.
- AURICCHIO, *Associazioni riconosciute*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. III, Milano, 1958.
- BADINTER, *Les pouvoirs du président – directeur général de la société anonym e de type classique après la réforme du droit des sociétés commerciales*, Parigi, 1969.
- BARBA, *Associazione, fondazione e titolarità d'impresa*, Napoli, 1995.
- BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, VI ed., Torino, 1962.
- BARILLARI, *Sul concetto della persona giuridica. Contributo alla teoria filosofica della persona giuridica*, Roma, 1910.
- BARTALINI *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Torino, 2000.
- BASILE, *Gli enti di fatto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, II ed. 1999.
- BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2003.
- BASILE-FALZEA, *Persona giuridica (dir. Priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1969.
- BASSI, *Contributo allo studio dell'atto di riconoscimento della personalità giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1961, p. 877 e ss.
- BELLACOSA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore unico di società per*

- azioni e l'art. 2391 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1997 n. 1, p. 143 ss..
- BENETTINI, *Invalidità di deliberazioni assembleari e diritti dei terzi*, in *Foro pad.*, 1955, n. III, p. 19 ss.
 - BERNATZIK, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 1901, p. 23 ss.
 - BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi* (nota a Cass., 03.02.1968, n. 355), in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 369 ss.
 - BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1960, p. 580 ss.
 - BIANCA, *Diritto Civile 3. Il contratto*, Padova, 2000.
 - BIANCA, *I gruppi minori e la responsabilità della associazione non riconosciuta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 1319 ss.
 - BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza in generale*, in *Il contratto in generale*, Tomo IV, *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000.
 - BLANDINI, *Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 405.
 - BOERI, *Sull'opponibilità a terzi dello statuto di un'associazione non riconosciuta* (nota a Cass. Civ., 7.06.2000, n. 7724), in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2001, n. 5, p. 542 ss.
 - BONELL, *Apparenza di diritto e pubblicità di fatto nell'affitto d'azienda* (nota a Cass., 3.2.1968, n. 355), in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 1 ss.
 - BONELLI F., *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.* 2004, I, p. 924 ss.
 - BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
 - BONELLI F., *Responsabilità di amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*,

- 2004, suppl. n. 3, p. 620 ss
- BONELLI G., *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 445 ss.
 - BORGIOLO, *La delega di attribuzioni amministrative* in *Riv. Soc.* 1981, p. 17 ss.
 - BORGIOLO, *La rappresentanza cambiaria nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 383 ss.
 - BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982.
 - BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Deichert, Erlangen, 1884-1886.
 - BRUNETTI, *Trattato di diritto delle società*, Vol. 1, III ed., Milano, 1950.
 - BRUNO, *Questioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 38.
 - BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 389 ss.
 - BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1995.
 - BUONOCORE, CASTELLANO, COSTI, *Società di persone (Casi e materiali)*, Milano, 1978.
 - CABRAS, *Dissociazione tra potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori: vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 211 ss.
 - CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2000.
 - CABRAS, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, I, p. 359 ss.
 - CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, II ed., 2007, nonché in *Notariato e Nuovo diritto societario*, Collana diretta da Laurini, Milano 2004.

- CAGNASSO, *Gli organi delegati nelle società per azioni*, Torino, 1976.
- CAGNASSO, *La società semplice*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da Sacco, Torino, 1998.
- CAGNASSO, *Obbligo di rendiconto e responsabilità dell'amministratore investito di potere delegato*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 660 ss.
- CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Liber Amicorum*, diretto Campobasso, Torino, Vol. II, 2006.
- CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, Vol. 4, diretto da Colombo-Portale, Torino, 1991.
- CALLEGARI, *Per la codificazione delle persone giuridiche. Osservazioni e proposte*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, p. 3 ss.
- CAMISA, *L'apparenza del diritto come principio generale* (nota a Cass. Civ., 28.01.1985, n. 484), in *Foro padano*, 1985, I, p. 318 ss.
- CAMPITELLI, *"Cum collegium in causa universitatis fingatur persona"*. *Riflessioni sul commento di Sinibaldo dei Fieschi (c. presentium, de testibus et attestationibus, 57 X, 2, 20)*, in *Apollinaris*, 63, 1990, Roma, Ed. Pontificia Università Lateranense, p. 1-2, p. 125 ss.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, V. ed., Torino, 2006.
- CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2004.
- CANDELLERO, *Ad art. 2391*, in *Il nuovo diritto societario, artt. 2325 – 2409 cc. Commentario* diretto da Cottino e altri, Bologna, 2004.
- CARBONE, *Il comportamento delle parti tra apparenza e affidamento*, in *Giur. it.* 1993, I, p. 1036 ss.

- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949.
- CARNELUTTI, *L'intervento del "nuncius" e il contratto scritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, II, p. 580.
- CARRESI., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo*, I, Milano, 1987.
- CASELLI, *Gli atti "ultra vires" degli amministratori*, Padova, 1968.
- CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, Padova, 1970.
- CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires: dieci anni dopo*, in *Rivista delle soc.* 1980, p. 754 ss.
- CAVONE, *La rappresentanza apparente nei negozi formali*, in *Contratti*, 2002, p. 485 ss.
- CECCHERINI, *Apparenza di rappresentanza e responsabilità del dominus* (nota a Cass. Civ., 29.04.1999, n. 4299), in *Corriere giur.*, 1999, p. 1504 ss.
- CERAMI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Riv. Soc.*, 1959, p. 653 ss.
- CHINÈ, *Spunti critici in tema di ratifica dei contratti formali e di rappresentanza apparente* (nota a Cass. Civ., 09.07.2001, n. 9289), in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1355.
- CIAN, *L'intervento di un nuncius nella formazione delle fattispecie negoziali*, in *Studium juris* 1996, n. 13
- CONTINO, *Apparenza: principio generale od eccezionale?. Nota a Cass.*, 17.5.2001, n. 6756, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1638 ss.;
- COSSU, *Nuncius*, in *Dig. priv. sez. civ. XII*, Torino, 1995, p. 329.
- COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *I contratti in generale* a cura di Gabrielli, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, Torino, 2006.
- COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1999.

- COTTINO, *Note minime, divaganti ed irriverenti, su amministratori, perizia, “tangenti” e responsabilità*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2333 ss.
- D’ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, p. 243 ss., nonché volume autonomo *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989.
- D’AVANZO, *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 800 ss.
- DALLA CASA, *La rappresentanza delle associazioni non riconosciute: regime delle contrattazioni e regole di formazione dottrinale*, in *Contratto e Impresa*, 2002, p. 378 ss.
- DE ACUTIS e SANTINI, *S.p.A. – Amministrazione e controllo*, Milano, 2003, p. 31 ss.
- DE GIORGI, *La riforma del procedimento di attribuzione della personalità giuridica per gli enti senza scopo di lucro*, in *Studium iuris*, 2000, p. 499 ss.
- DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l’attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro c.c.*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 2000, p. 1321 ss.
- DE GIORGI, *La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II. p. 95 ss.
- DE GIORGI, *Le persone giuridiche, associazioni e fondazioni* in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Torino, 1999.
- DE GIORGI, *Persone giuridiche e enti no profit*, in *Le fonti e i soggetti*, Vol.1, Tomo. 1, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, Milano, 2009.
- DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da Bolaffio-Rocco-Viavante, Torino, 1938.
- DE GREGORIO, *Gli atti di amministrazione nelle società per azioni ed a responsabilità limitata*, in *Foro.it*, 1954, I, p. 1274 ss.

- DE NOVA, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Sacco, Vol. II, III ed., Torino, 2004.
- DE NOVA, *La rappresentanza*, in *Obbligazioni e contratti*, *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Torino, 1982.
- DEL PRATO, *Organizzazione associativa e rappresentanza sostanziale*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 469 ss.
- DELLE MONACHE, *Art. 1387*, in *Dei contratti in generale*, coordinato da Navarretta ed Orestano, in *Commentario al Codice Civile* diretto da Gabrielli, Vol. III, Torino, 2012.
- DELLE MONACHE, *Clausola compromissoria unilateralmente predisposta e forma della ratifica*, in *Riv. dir. civ.* 2012, n. 2, p. 147 ss.
- DELLE MONACHE, *La Contemplatio Domini. Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001.
- DENECKE - JOHANNSEN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes - Kommentar, I, sub § 27. Anm. 3*, Berlin, 1970.
- DENTAMARO, *Art. 2384*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da COTTINO - BONFANTE - CAGNASSO - MONTALENTI, Vol. I, Bologna, 2004.
- DI GREGORIO, *A margine di una recente sentenza della Cassazione sulla rappresentanza apparente*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 2032 ss.
- DI GREGORIO, *La rappresentanza apparente*, Padova, 1996.
- DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003.
- DI SABATO, *La società semplice*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Rescigno, Vol. XVI, Torino, 1985.
- DI SABATO, *Manuale delle società*, V ed., Torino, 1995.
- DISTASO, *Responsabilità extra-contrattuale del mandante e suoi effetti rispetto alla tutela del terzo. Apparenza del diritto: applicabilità e limiti di essa* (nota a

- Cass. Civ., 10.06.1949, n. 1440), in *Giur. completa della Corte Suprema di Cass. civ.*, 1949, p. 525 ss.
- ENRIQUES e POMELLI, *Sub art. 2391 c.c. in Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Vol. I, Padova, 2005.
 - ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000.
 - ENRIQUES, *L'opponibilità ai terzi del conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 1999, p. 265 ss.
 - EULA, *Persone giuridiche*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da D'Amelio, Libro I, Firenze, 1940.
 - FALASCHI, *Fideiussioni, garanzia data a terzi e conflitto di interessi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1954, I, p. 292 ss.
 - FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. II, Milano, 1958.
 - FALZEA, *Capacità (teor. gen)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VI, Milano, 1969.
 - FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.
 - FANELLI, *La delega di potere rappresentativo nelle società per azioni*, Milano, 1952.
 - FANTI, *L'attuazione dell'oggetto sociale quale parametro per definire l'ordinaria amministrazione*, in *Le Società* 2010, n. 8 p. 929.
 - FEDE, *Amministratore di s.p.a.: dissociazione tra potere gestorio e rappresentativo, conflitto di interessi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 132 ss.
 - FERRARA Jr., *Imprenditori e società*, VI ed., Milano, 1975.
 - FERRARA Sr., *Le persone giuridiche*, vol. II, II ed., con note di Ferrara jr, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1958.
 - FERRARA Sr., *Teoria delle persone giuridiche*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Fiore e continuato da

Brugi, Napoli-Torino, 1915.

- FERRERO, *Appunti in tema di apparenza giuridica*, *Giust. Civ.* 1965, I, p. 189 ss.
- FERRI, *Delle Società (Disposizioni generali. Società semplici. Società in nome collettivo. Società in accomandita semplice)*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, III ed., 1987.
- FERRI, *Fideiussione prestata da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, p. 27 ss.
- FERRI, *Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui e atti estranei all'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 226 ss.
- FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959.
- FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, II ed., Torino, 1965.
- FERRO LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori: profili di sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 661 ss.
- FERRO LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori: profili di sistema*, in AA.VV., *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, op. cit.
- FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971.
- FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950.
- FORMICA, *Rappresentanza di società per azioni: amministratori e apparenza del diritto*, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1916 ss.
- FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, Trattato diretto da Galgano, Torino, 2002.
- FRANZONI, *Società per azioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2008.
- FRÈ E SBISÀ, *Società per azioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1997.
- FRE', *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938.

- GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Cicu e Messineo e Mengoni, (continuato da Schlesinger), Padova, 2009.
- GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, II ed., in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1976.
- GALGANO, *Delle persone giuridiche*, II ed., in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2006.
- GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, IV ed., Padova, 2004.
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Vol. I, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, III ed., Padova, 2006.
- GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni (e continuato da Schlesinger), Milano, 2007.
- GALGANO, *La società per azioni*, Padova, 1988.
- GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in Galgano e Genghini, *Il nuovo diritto societario*, II ed., in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Vol. XXIX, Padova, 2004.
- GALGANO, *Molti opinabili obiter dicta per una buona ratio decidendi*, in *Contratti e impresa*, 1994, p. 1045 ss.
- GALGANO, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, Vol. II, in *Trattato di diritto civile* a cura di Galgano, II ed., Padova, 2010.
- GALGANO, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2009, spec. 1137 ss.
- GALGANO, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Vol. I, in *Trattato di diritto civile* a cura di Galgano, Padova, 2008.

- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009.
- GIAMPIERI, *Organi di persone giuridiche*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 626 ss.
- GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXI, 1981.
- GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlino, 1887.
- GIERKE, *Über die Geschichte des Majoritätsprinzips*, in *Essay in legal history*, 1913, p. 315 ss.
- GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1889.
- GISOLFI-LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. notariato*, 2004, p. 1329 ss.
- GIULIANI, *Legittimazione al compimento di atti non statutariamente previsti*, in *Riv. notariato*. 1954, p. 588 ss.
- GLIOZZI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni*, Milano, 1970.
- GLIOZZI, *Società di capitali amministratore di società per azioni?*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 138 ss.
- GRANELLI, *Spunti in tema di conflitti di interessi negli enti no profit*, in AA.VV., *Conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, a cura di Granelli e Stella, Milano, 2007.
- GRAZIANI, *Diritto delle società*, IV ed., Napoli, 1955.
- GRAZIANI, *Se una società per azioni possa prestare garanzie per altra società qualora tale prestazione non sia prevista nell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 36 ss.
- GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Torino, 1959.
- GUARRINO, *Le fondazioni, alcune considerazioni generali*, in AA.VV. *Le*

fondazioni in Italia e all'estero, a cura di Rescigno, Padova, 1989.

- GUIZZI, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno D'Alcontres, II, Napoli, 2004.
- HAMEL, LAGARDE, JAUFFRET, *Droit commercial*, II ed., Parigi, p. 1980.
- HEISE, *Grundriis eines Systems des gemeinen Civilrechts*, Heidelberg, 1807.
- IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 1997.
- IRRERA, *La supplenza nell'esercizio del potere di rappresentanza nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1984, p. 208 ss.
- JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912.
- JEMOLO, *Opposizione di socio alla delibera di stipulazione di un contratto e suoi effetti sul contratto già adempinto*, in *Riv. dir. comm.*, 1925 II, p. 486 ss.
- JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 18, V ed., Volumi 4, 1891-1906.
- KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traduz. curata Treves, Milano, 1952.
- KESSLER, *The Statutory Requirement of a Board of Directors: a Corporate Anachronism*, in *Chicago Law Rev.* 1960, p. 669.
- KOHLER, *Recht der Stiftungen*, in *Archiv. T. burg. Recht*, III, 1890.
- KUSTERMANN, *Immedesimazione organica, poteri di rappresentanza e obbligazioni cambiarie*, in *Le società*, n. 2, 1996, p. 132 ss.
- LA VILLA, *L'oggetto sociale*, Milano, 1974.
- LAGHEZZA, *Il contratto concluso dal falsus procurator ed il principio dell'apparenza*, in *Danno e responsabilità*, 1998, p. 456 ss.
- LAURENT, *Cours de droit civil*, I, Bruxelles-Parigi, 1886.
- LAURENT, *Principes de droit civil français*, III ed., Bruxelles-Paris, 1878.
- LAURINI, *A proposito dell'opponibilità dei limiti del potere di rappresentanza dell'amministratore delegato*, in *Giur. Comm.* 1986, II ed., p. 166 ss.

- LAURINI, *La rappresentanza nelle società e nel settore bancario*, in *Riv. delle società*, 1999, p. 1469 ss.
- LAURINI, *Legittimazione e rappresentanza nelle società di capitali*, in *Riv. delle società*, 1984, p. 825.
- LAURINI, *Statuti di società e certezza dei poteri rappresentativi*, in *Riv. delle società*, 1981, p. 921 ss.
- LENZI, *Art. 1354 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta ed Orestano, in *Commentario del Codice civile* diretto da Gabrielli, Vol. II, Torino, 2011.
- LEPRI, *Contratto e gestione*, in *Giurisprudenza Sistematica di Diritto Civile e Commerciale, I, Contratti in Generale, II*, Torino, 1992.
- LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XII, Vol. IV, Torino, 1989.
- LUPE'TTI, *La rappresentanza generale degli amministratori*, *Riv. notariato*, 2004, n. 6, p. 1329 ss.
- LURENT, *Principes de droit civil français*, Bruxelles- Parigi, 1876-1878, volumi 33.
- MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002.
- MAFFEIS, *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali* in *Riv. dir. comm.*, 2004, n. 1, p. 1053 ss.
- MAFFEIS, *Il conflitto di interessi nel contratto dell'amministratore di società per azioni* in *Contratti*, 2006, n. 5, p. 437 ss.
- MAJORCA, *La nozione di organo nel diritto privato con particolare riguardo alla teoria delle associazioni*, in *Annali della facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, Vol. XI, Napoli, 1937.
- MALBERTI, *Art. 2384 (Poteri di rappresentanza)*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, I, *Amministratori* (artt. 2380-

- 2396 c.c.), a cura di Ghezzi, Milano, 2005.
- MARASA' *Attività imprenditoriali e scopi mutualistici nelle associazioni*, in *Contratti associativi e impresa*, Padova, 1995.
 - MARASA', *La riforma delle società, cooperative, associazioni e fondazioni*, *Scritti*, Padova, 2005.
 - MARASA', *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984.
 - MARASA', *Riflessioni sulla riorganizzazione dei controlli e della pubblicità degli enti del libro I e del libro V* (con particolare riguardo all'associazione-impresa), relazione al convegno *Associazioni e fondazioni: dal codice civile alle riforme annunciate* (II), Gardone-Riviera, 5-6 ottobre 2001.
 - MARCHETTI, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni: i modelli di definizione di un problema in un'analisi economica comparata*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 1229 ss..
 - MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXII, Roma, 1990.
 - MARTORANO, *Le limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali*, in *Problemi di diritto societario nell'attività bancaria*, a cura di Mineo, *Raccolta di lezioni pubblicate dall'ASSBB e dall'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*, Milano, 1980, p. 14 ss.
 - MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Festgabe für Paul Laband, Bd. 1, S. 1*, 1908, p. 16 ss.
 - MENARINI, *Supplenza, rappresentanza sociale, pubblicità e tutela dei terzi*, in *Giur. Comm.*, 1984, II, p. 450 ss.
 - MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al «falsus procurator»* (nota a Cass., 25.2.1953, n. 457), in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 119 ss.
 - MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975.
 - MENGONI, *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011.

- MESSINEO, *Il contratto in genere*, Vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III ed., Milano, 1958.
- MIGNOLI, *Invalidità di deliberazioni assembleari di società operazioni e diritti dei terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 303 ss.
- MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960.
- MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 935 ss.
- MINERVINI, *Gi amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.
- MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.* in *Giur. Comm.* 2006, I, p. 147 ss.
- MIOLA, *Atti estranei all'oggetto sociale ed autorizzazioni e ratifiche assembleari dal vecchio al nuovo diritto societario* (nota a sent. Cass. Civ. 15.04.2008, n. 9905) in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, n. 3, p. 275 ss.
- MIRABELLI., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ., sub artt. 1321-1469 c.c.*, 3^a ed., Torino, 1980, p. 357 ss.
- MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 422 ss.
- MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governante*, Padova, 1999.
- MONTALENTI, *Rappresentanza societaria e amministratori delegati*, in *Imprese e tecniche di documentazione giuridica*, II ed., *Documentazione e vita d'impresa*, Milano, 1990.
- MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiunta nelle società di capitali*, in *Giur. Comm.* 1999, I, p. 39 ss.
- MORANDI, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005.
- MORANDI, *La fallibilità degli enti no profit*, in *Contr. e impresa*, 1998, p.

336 ss.

- MORCAVALLO, *Un'applicazione anomala dell'art. 1189 cod. civ.: il pagamento al rappresentante del creditore* (nota a Cass., 25.2.2002, n. 2732), in *Nuova giur. comm.*, 2003, I, p. 759.
- MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961.
- MOSCO, *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno D'Alcontres, II ed, Napoli, 2004.
- MULLACE, *Rappresentanza apparente: la responsabilità del «dominus apparente»* (nota a Cass. Civ., 30.12.1997, n. 13099), in *Contratti*, 1998, p. 453 ss.
- NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977.
- NAZZICONE e PROVIDENTI, *Società per azioni: amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, V, Milano, 2003.
- ORESTANO, *Il “problema delle persone giuridiche” in diritto romano*, I, Torino, 1968.
- ORESTANO, *Rappresentanza (diritto romano)*, in *Nss. D.I.*, XIV, Torino 1967, p.793 ss.
- ORLANDONI, *Opponibilità ai terzi della clausola statutaria di rappresentanza congiunta* (nota a Cass. Civ., 1.12.1995 n. 12420), in *Notariato*, 1996. 437 ss.
- PACCHI, *Gli interessi degli amministratori e i limiti ai loro poteri*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 662 ss.
- PAPANTI PELLETTIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984.
- PAROLA, *La rappresentanza apparente nelle società di capitali*, in *Obbl. e Contr.*, 2011 n. 7, p. 525 ss.
- PAROLA, *La rappresentanza apparente*, in *Obbl. e Contr.*, 2005 n. 3, p. 246

ss.

- PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.
- PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954.
- PEDERZINI, *Investitura rappresentativa dell'amministratore delegato di società e opponibilità delle relative limitazioni ai sensi dell'art. 2384 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 1990, I., p. 613 ss.
- PELLIZZI, *Il realismo e l'inquietudine del giurista (a proposito di soggettività giuridica)*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, p. 559 ss.
- PERRECA, *Note sull'apparenza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 321 ss.
- PERRONE, *Art. 2932*, in *Commentario breve al codice civile Cian-Trabucchi*, IX ed., Padova, 2009.
- PESCATORE, *La società per azioni*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario* a cura di Buonocore, Torino, 2003.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Parigi, 1937.
- PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, II ed., Torino, 2000.
- PONZANELLI, *La nuova disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica degli enti del libro primo del codice civile*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 46 ss.
- PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum* di Campobasso, diretto da Abbadessa-Portale, vol. 2, Torino, 2006.
- PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlino, 1889.
- PUBUSA, *Poteri di rappresentanza degli amministratori di spa e loro limiti ai*

- sensi degli artt. 2384 e 2384bis c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1972, I, p. 381 ss.
- PUGLIATTI, *Gli istituti di diritto civile*, Milano, 1943.
 - PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.
 - PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *La pubblicità in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu e Messineo, Vol. XIV, 1, Milano, 1957.
 - PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965.
 - RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, Milano, 1992.
 - RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 311 ss.
 - RESCIGNO, *Capacità di agire* in *Noviss. Dig. It*, II Torino, 1958, p. 861 ss.
 - RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Dig. disc. Priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 209 s.
 - RESCIGNO, *Sulla validità degli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1968, II, p. 263 ss.
 - RESCIGNO, *v. Fondazione (Dir. Civ.)* in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVII, Milano, 1968.
 - RESTAINO, *Commento sub art. 2384 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003.
 - RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1982.
 - ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928.
 - ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945.
 - ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951,
 - ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1953.

- ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001.
- RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, II ed., Milano, 1952.
- SACCO e CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2000,
- SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958.
- SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Torino, 1955.
- SACCO, *La buona fede*, Torino, 1949.
- SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 29 ss.
- SALAFIA, *Amministratori, limitazioni al potere di rappresentanza e opponibilità ai terzi*, in *Le società*, n. 11, 1995, p. 1397 ss.
- SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Le Società*, 2002, p. 1468.
- SALAFIA, *Il conflitto di interessi nelle società di capitali*, in *Le società*, 1996, p. 391 ss.
- SALAFIA, *Limiti della responsabilità delle società personali per atti degli amministratori eccedenti il potere di rappresentanza*, in *Le società*, n. 8, 1999, p. 905 ss.
- SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 51 ss.
- SALANITRO, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milano, 1965.
- SALEILLES, *La personnalité juridique*, Parigi, 1922.
- SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1949.
- SANTARSIERE, *Sulla devianza della gestione di società capitalistiche*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2273 ss.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IV ed., Napoli, 1977.

- SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, nella traduzione dall'originale tedesco di SCIALJA, volumi 8, Torino, 1886-1889.
- SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Milano, 1968.
- SCALFI, *Persone giuridiche*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XXIII, Roma, 1990.
- SCALISI, *Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione*, in *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, a cura di Trimarchi, Milano, 2007.
- SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1966.
- SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961.
- SERICK, *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*, Berlin, 1955.
- SILVETTI, *Rappresentanza e collegialità dell'organo amministrativo nella società per azioni*, ed. provv. s.d. ma 1984.
- SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.
- SPANO, *La rappresentanza sociale vicaria*, in *Banche e banchieri*, 1984, p. 554 ss.
- STAUDINGER - COING, *Kommentar zum BGB, I, sub. § 32, Anm. 3*, Berlino, 1957, p. 269.
- STELLA, *La rappresentanza*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006.
- STOLFI, *In tema di apparenza giuridica* (nota a App. Milano, 5.12.1971), in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 107 ss.
- TAMBURRINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati* in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, II ed., Torino, 1997.
- TAMMARO, *Apparenza del diritto e contratto concluso dal falsus procurator*, in

Obblig. e contr., n. 3, 2012, p. 191 ss.

- TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1892.
- TASSI, *Conflitto di interessi dell'amministratore: rapporto tra art. 1394 e art. 2391 c.c.*, in *Società*, 1992, p. 787.
- TASSINARI, *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, 1993.
- TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, V ed. Milano, 2012.
- TOMASSETTI, *La rappresentanza*, Torino, 2005.
- TORRENTE, *Nota a Cass. 14.12.1957, n. 4703*, in *Foro it.*, 1958, I, p. 391 ss.
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XXXIX ed., Padova, 1999.
- TRIMARCHI, *Associazioni non riconosciute: opponibilità ai terzi dei limiti al potere di rappresentanza* (nota a Cass. Civ. 7.06.2000, n. 7724), in *Notariato*, 2001, p. 461 ss.
- TUOZZO, *La fondazione e i suoi organi*, Padova, 2005.
- VALERY, *Contribution à l'étude de la personnalité morale*, in *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, Parigi, 1903, p. 23 ss.
- VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, Parigi, 1902.
- VASELLI, *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, Padova, 1947.
- VECCHI, *Apparenza e rappresentanza «tollerata»* (nota a Cass. Civ., 18.12.1984, n. 6625), in *Riv. dir. comm.*, 1985, I, p. 395 ss.
- VISINTINI, *Della rappresentanza*, in *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza*, nel *Commentario del codice civile Sialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna, 1993.
- VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile*, in AA.VV. *Le fondazioni*

in Italia e all'estero, a cura di Rescigno, Padova, 1989.

- VIVANTE, *La personalità giuridica delle società commerciali*, *Riv. dir. comm. industr. e marit.*, 1903, p. 1 ss.
- WEIGMANN, *Rappresentanza e oggetto sociale nelle società di capitali*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, Vol. II, Milano, 1990.
- WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.
- WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, Torino, rist. 1930.
- ZACCARIA, *La rappresentanza apparente (in generale con alcune annotazioni in materia di enti collettivi)*, in *Studium iuris*, 2007, n. 9, p. 795 ss. e p. 965 ss., ; nonché in AA.VV., *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, a cura di Trimarchi, Milano, 2007.
- ZACCARIA, *Rappresentanza*, in *Rivista dir. civ.*, 1995, p. 351.
- ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962.
- ZANELLI, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Padova, 1996.
- ZOPPINI, *Le fondazioni*, Napoli, 1995.
- ZOPPINI, *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 291 ss.
- ZUCCONI, *Potere di rappresentanza ed efficacia degli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Società*, 4, 1998, p. 427 ss.

RIASSUNTO

Fulcro di questo lavoro, che si occupa della rappresentanza degli amministratori delle persone giuridiche del Libro Primo del Codice Civile, è l'esame delle fattispecie di patologico esercizio del potere rappresentativo e la ricognizione - ed analisi - delle principali forme di limitazioni, statutarie o legali, al potere medesimo, avendo particolare riguardo all'incidenza di detti limiti sui rapporti con i terzi che si trovano a contrarre con il rappresentante organico.

Il lavoro è stato così strutturato muovendo da un previo richiamo a concetti ed istituti che costituiscono il fondamento del tema in esame, quali le diverse teorie sulla persona giuridica e sulla rappresentanza organica.

L'analisi delle principali fattispecie limitative del potere rappresentativo e della sorte degli atti conclusi dal rappresentante degli enti non societari in violazione dei limiti suddetti è stata svolta sulla base di un confronto dialettico con la riformata disciplina prevista per le società di capitali, per cogliere quali principi maturati in ambito societario siano soggetti ad applicazione analogica e quanti invece vadano disattesi, con applicazione delle generali norme in materia di rappresentanza volontaria.

La ricerca conclude con l'esame dell'applicabilità, con riferimento alla rappresentanza organica, dei principi della rappresentanza apparente, quale forma di tutela per i terzi altrimenti esposti a conseguenze eccessivamente pregiudizievoli.

ABSTRACT

The focus of this work, which deals with the powers of representation granted to the directors of legal entities pursuant to the First Book of the Italian Civil Code, is the examination of the cases of pathological management of the representative power and the reconnaissance - and analysis - of the main forms of limitations, both statutory or legal, to such power, with particular reference to the effect of said restrictions on the relationships with third parties who deal with the legal representative.

The work therefore has been structured moving from a prior recall to concepts and institutions that constitute the foundation of the subject under consideration, such as the various theories on the legal entity and the legal representation.

The analysis, about the main limiting cases of the representative power and about the fate of the acts executed by the representative of non-corporate bodies in violation of the abovementioned limits, was carried out on the basis of a dialectical confrontation with the reformed rules applicable to corporate companies, in order to seize which principles - accrued within the corporate purview - are subject to analogous application and which instead should be disregarded, with the application of the general rules for voluntary representation.

The research concludes with an examination of the applicability, with reference to the legal representation, of the principles of apparent representation, as a form of protection for third parties otherwise exposed to excessively detrimental consequences.