

TECNICHE CONTRATTUALI E ATTIVITÀ NOTARILE

## Potere gestorio e circolazione dell'azienda

di Michele Perrino

Ordinario di Diritto commerciale, Università di Palermo

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. Il profilo della considerazione unitaria nella circolazione di azienda. - 3. L'indice di considerazione unitaria secondo l'impostazione dominante: l'obiettivo funzionalità all'impresa del complesso ceduto. - 4. Opzioni alternative: la teoria della "successione nell'impresa"; l'ipotesi di una connotazione funzionale del *quid* trasferito e dello stesso programma traslativo. - 5. Significato della connotazione funzionale del trasferimento d'azienda, in base alla disciplina codicistica: a) il divieto di concorrenza a carico dell'alienante; b) la successione automatica dell'acquirente nei rapporti contrattuali in corso. - 6. *Segue:* c) la responsabilità dell'acquirente per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta... - 7. ...e la continuità di destinazione del complesso come strumento di esercizio d'impresa. - 8. *Segue:* d) Il subentro del cessionario nei rapporti di lavoro; e) il regime di pubblicità dei trasferimenti d'azienda. - 9. Circolazione di impresa come decisione di impresa: atto di gestione o di organizzazione? - 10. Impresa individuale e preposizione institoria. - 11. Società di persone. - 12. Decisioni modificative della struttura d'impresa nelle s.r.l. e competenza dei soci. - 13. S.p.a. e teoria delle competenze legali implicite assembleari. - 14. *Segue:* potere/dovere di interpello dell'assemblea da parte degli amministratori. - 15. Oggetto sociale e pertinenza all'esercizio di impresa nella giurisprudenza.

1. Nel titolo della presente indagine il tema della circolazione dell'azienda si collega a quello della gestione, che è momento o profilo dell'impresa; ed il riferimento al "potere" gestorio vale a problematizzare l'argomento, in qualche modo risolvendolo in una questione, o in un reticolo di questioni, cioè volgendolo in chiave di interrogativo.

La circolazione dell'azienda appartiene al piano della gestione, è cioè un momento di *esercizio* dell'impresa, di guisa che può essere determinata ed attuata da chi appunto della gestione è incaricato? O risale piuttosto al piano delle determinazioni di fondo, di struttura, di selezione ed organizzazione dello stesso modello di impresa, di cui poi la gestione realizza l'esercizio?

La domanda è, cioè, se le decisioni in tema di circolazione d'azienda, anziché appartenere alla gestione in senso stretto, segnano piuttosto un momento di discontinuità dello stesso esercizio, equivalendo ad un mutamento della struttura, delle basi organizzative, delle prospettive essenziali di rischio dell'impresa; sì da rimontare all'ambito delle opzioni fondamentali circa le condizioni basilari di rischio e di indirizzo dell'attività, e da reclamare allora decisioni non dei gestori ma, se diversi da quelli, dei titolari finali o residuali della stessa impresa, vale a dire dei portatori ultimi del rischio e della responsabilità di impresa, e con ciò anche del potere di iniziativa imprenditoriale, transitando nell'area delle scelte che sono appannaggio del titolare dell'impresa.

La questione riguarda, a ben vedere, entrambe le parti della vicenda circolatoria, sia quella che cede in proprietà o in godimento, a titolo reale o personale, l'azienda, sia quella che un tale diritto acquista. E, per il fatto di collegare la circolazione di azienda al piano delle *decisioni* e dei *poteri* di impresa, va al cuore stesso della fattispecie, alla circolazione di azienda cioè come oggetto di *considerazione imprenditoriale*. Chiarirò fra breve cosa intendo.

2. Intanto, come accennato, il concetto di "circolazione di azienda" da assumere ai fini del presente discorso include: sia l'alienazione/acquisto in proprietà; sia l'alienazione/acquisto a titolo di conferimento in società; sia ancora la concessione ed assunzione in affitto o in usufrutto.

E, come per tutte le ipotesi di trasferimento di complessi o aggregati o "blocchi" di situazioni giuridiche, è il profilo della *considerazione unitaria*, in vista delle esigenze pratiche di volta in volta rilevanti, qui della considerazione in funzione dell'impresa, quello decisivo (1). Un rilievo questo, del resto, che è il frutto meno caduco della stessa teoria generale delle aggregazioni patrimoniali, a partire dal paradigma storico delle universalità patrimoniali; per le quali, si è autorevolmente argomentato, se non un nuovo bene giuridico, di cui difetterebbe lo statuto normativo, corrisponde all'espressione "universalità" - oggi diremmo al complesso aggregato o in blocco di situazioni giuridiche - quantomeno un peculiare modo di *considerare*, in via sintetica ed unitaria appunto, una pluralità di oggetti di diritto, e di situazioni e rapporti giuridici relativi a tali oggetti, per le diverse finalità per cui una siffatta considerazione risulti di volta in volta attuata o consentita dal legislatore (2).

Pure va ascritta alla migliore teoria giuridica universalistica la consapevolezza del carattere non assoluto, necessario e costante, bensì tutt'al contrario relativo (3), occasionale e discontinuo di quella stessa considerazione unitaria di cui s'è detto, nel senso che l'aggregazione di più entità giuridiche in un complesso non possa mai considerarsi una volta e per tutte data, conservando piuttosto le singole componenti la propria distinta individualità, e l'idoneità quindi ad una considerazione eventualmente singolare e separata dal complesso medesimo, in circostanze e per finalità diverse da quelle che ne giustificavano una rilevanza in forma aggregata (4).

In tale ottica, il connotarsi "in blocco" delle cessioni in oggetto ha più un valore *logico* che ontologico, nel senso del doversi porre l'accento sul profilo della *considerazione*, più che delle caratteristiche obiettive, di ciò che "si cede", e allora sul contenuto o programma negoziale, tenuto conto delle finalità pratiche perseguite a mezzo dell'operazione.

3. Nella circolazione di azienda, quale fattispecie circolatoria ad oggetto "aggregato" o "in blocco", ciò che si tratta anzitutto di individuare è dunque appunto lo specifico criterio di *considerazione* unitaria in sede di trasferimento del blocco di situazioni e rapporti giuridici aggregati sotto la qualificazione "azienda" o "ramo d'azienda", vale a dire, l'indice di unificazione tipico della fattispecie di cessione a contenuto complesso in discorso, che consenta, insieme, il richiamo sintetico e la successiva precisazione analitica degli elementi inclusi nella vicenda circolatoria in quanto tale indice condividano.

Un compito non semplice.

È noto infatti che, proprio con riferimento alle figure dell'*azienda*, e di ramo particolare di questa, la molteplicità e varietà delle configurazioni normative, così come del punto di vista di volta in volta giustificativo della corrispondente disciplina, se non ha impedito il prevalere fra gli interpreti di un esteso consenso circa il carattere immancabilmente "funzionale" all'esercizio dell'impresa del nesso tra le componenti del complesso aziendale (5), dall'altro lato, però, non poteva fare a meno di sfociare nell'altrettanto condivisa constatazione della non rintracciabilità, al di là di un nesso siffatto, di una fattispecie monolitica di azienda, unitaria - nei suoi elementi costitutivi, nelle sue articolazioni e nella sua giuridica rilevanza, sul piano degli interessi coinvolti e delle relative esigenze di tutela - in ciascuna delle ricorrenze normative. Di guisa che, piuttosto che *la* azienda, sono *le* aziende che l'interprete - con approccio schiettamente pluralistico - ha il compito ineludibile di ricostruire (6): non soltanto una per ciascuna categoria di impresa che dell'azienda, appunto, si avvale come strumento di attività; bensì - ancor più frastagliatamente - tante quante sono le prospettive, le occasioni e le finalità cui si ricollega ciascun intervento normativo, in cui di volta in volta ci si riferisce appunto, più o meno esplicitamente, a figure di "azienda" o di "ramo di azienda" (7).

Ciò su cui sembrano peraltro convergere le opinioni è almeno sul condiviso riconoscimento, quale connotato minimo di "ogni" fattispecie d'azienda, della natura *organizzativa*, e soprattutto del carattere *funzionale* del collegamento fra gli elementi costitutivi, idoneo a realizzarne l'unificazione nel complesso aziendale intorno al dato essenziale della *comune destinazione all'esercizio dell'impresa* (8): un dato peraltro esplicitato dalla definizione innegabilmente centrale in materia, contenuta nel predetto art. 2555.

Quel che più conta, ai presenti fini, è però che a tale condiviso riconoscimento del nucleo minimo della fattispecie *azienda* si ritiene (in prevalenza, almeno) debba ulteriormente corrispondere un'accezione della relativa fattispecie di *trasferimento*, quale vicenda traslativa avente ad oggetto, appunto, un complesso così obiettivamente caratterizzato: in cui, cioè, sono le peculiari caratteristiche dell'oggetto alienato ("oggetto", si noti, nel senso

specifico di "ciò che si trasferisce", e in cui corrispondentemente si subentra; non nel senso, invece, del pari tecnico come ricordato, del "contenuto" o programma del negozio traslativo) a connotare il trasferimento nei termini di vera e propria "cessione d'azienda".

In tal senso, anche in sede di trasferimento la strumentalità all'impresa denoterebbe una mera qualità obiettiva degli ingredienti dell'azienda, nel senso dell'obiettiva attitudine degli stessi a porsi quale sostrato di un'attività d'impresa, e dell'obiettivo nesso corrispondentemente impressovi da chi ha organizzato il compendio: e ciò indipendentemente dalle finalità economico-pratiche dell'operazione, ed in particolare a prescindere dal rilievo e dal ruolo che a quella funzionalità imprenditoriale del compendio risultino obiettivamente assegnati dal concreto regolamento negoziale, per la realizzazione degli interessi delle parti e dell'economia complessiva del negozio di alienazione (9).

4. Diversamente, per una seconda alternativa, autorevolmente sostenuta seppure minoritaria, la funzionalità all'esercizio imprenditoriale non soltanto varrebbe a connotare l'*azienda* in sé e per sé considerata, quale dato intorno a cui si organizza la pluralità dei suoi elementi costitutivi; ma ne caratterizzerebbe altresì lo stesso *trasferimento*, esprimendone e identificandone al contempo la funzione obiettiva: nel senso della sua proiezione al subentro da parte del cessionario ed alla continuazione della *stessa impresa* già esercitata dall'alienante, sì da indurre a configurare un fenomeno di *successione nell'impresa* (sebbene in senso dichiaratamente atecnico), - quale coelemento indefettibile della fattispecie "trasferimento di azienda" accanto all'alienazione del compendio organizzato (10); ovvero, più limitatamente, quale suo coelemento *normale* (11), presupposto per l'applicazione (se non di tutta) di una porzione almeno, e però della più cospicua, della relativa disciplina (12).

Vi è poi una terza alternativa che pare ipotizzabile, e che altrove ho provato ad argomentare più diffusamente (13): quella per cui in rapporto alla fattispecie traslativa d'azienda, la valenza funzionale all'impresa sia un dato attinente oltre che al piano delle caratteristiche obiettive del complesso, anche all'operazione stessa di trasferimento, vale a dire al piano della *considerazione* negoziale unitaria del complesso, collocandosi per questo verso a pieno titolo al livello dell'*oggetto*, qui inteso come concreto contenuto dispositivo o regolamento dell'atto traslativo. E però non in vista di un immancabile diretto esercizio di attività imprenditoriale da parte dell'acquirente, né tanto meno della "successione" di questi nell'attività del cedente; bensì, più ampiamente, in rapporto ad un programma negoziale traslativo, idoneo obiettivamente a porre il cessionario in condizione di acquisire e sfruttare nelle forme più varie la specifica strumentalità all'impresa espressa dall'azienda come complesso organizzato, non solo attraverso l'esercizio diretto di attività imprenditoriale avvalendosi del compendio acquisito, ma anche, ad esempio, attraverso la successiva rialienazione di quest'ultimo - mantenutane l'unità e valenza funzionale - o la sua concessione in godimento a terzi, interessati al suo utilizzo come sostrato d'impresa.

La specifica attitudine strumentale del complesso la sua salvaguardia, valorizzazione ed acquisizione al cessionario si porrebbe qui, in altre parole, e rilevarebbe obiettivamente come ragione pratica, funzione economica e giustificazione dell'alienazione medesima, o se si preferisce, come *causa* concreta dell'operazione traslativa (14).

Ad ostacolare il riconoscimento diffuso di una tale fisionomia della fattispecie, nella dottrina italiana, è valsa forse fin qui la motivata reazione ad una lettura delle finalità obiettive dell'operazione traslativa d'azienda nei termini, tutto sommato riduttivi, di una "successione nell'impresa" come proiezione immancabile della vicenda. Una reazione che, per contrapposto dialettico, ha indotto probabilmente a enfatizzare l'attenzione sulle sole qualità funzionali del compendio aziendale in sé e per sé obiettivamente considerato, così come dei suoi elementi costitutivi (ancorché unitariamente visti nella loro reciproca connessione organizzativa), espellendo invece dall'area di analisi ogni riguardo a significato e profili del corrispondente programma negoziale.

Si tratta, del resto, di una reazione comprensibile. Si è a più riprese fatto cenno, infatti, delle fondate riserve interpretative intorno alla stessa ammissibilità e rilevanza giuridica di un fenomeno di successione imprenditoriale, quale coelemento della fattispecie di alienazione di azienda. E ciò non solo - conviene ora aggiungere - in ragione dell'argomento d'indole logica, tratto dall'impossibilità di concepire un genuino "succedere" nell'impresa altrui (da intendersi) come attività già ad altri imputabile, posto che l'attività è propria ed esclusiva di chi la eserciti e non sopravvive al soggetto, sicché non è realmente suscettibile - per autorevole avvertimento, già ad altro proposito richiamato (15) - né di vera cessione, né propriamente di acquisto, né, ancora, di "successione" tecnicamente detta (16).

Un argomento peraltro confermato sul terreno della disciplina positiva del sistema vigente di pubblicità delle imprese, soggettivamente strutturata in guisa che l'attività s'inizi e finisca in capo alla stessa persona cui giuridicamente si imputa, mentre non v'è spazio per documentarne una "cessione", o "voltura", o modificazione comunque soggettiva, se non sotto forma di esaurimento dell'attività del primo titolare e successivo inizio di altra attività - tutt'al più *oggettivamente* conforme alla precedente - in capo allo pseudo-cessionario, in effetti nuovo imprenditore.

5. Il fatto è - sembra - che una ricostruzione della fattispecie generale di cessione di azienda, la quale implichi la proiezione funzionale all'impresa non solamente del *quid* trasferito, ma anche del modo della sua *considerazione* unitaria, e perciò dello stesso programma negoziale traslativo, è la lettura che più corrisponde alla *disciplina* della fattispecie medesima, integrandone l'antecedente adeguato.

Così, con riguardo anzitutto al divieto di concorrenza, imposto dall'art. 2557 c.c. a chi alieni (o conceda in usufrutto o in affitto) il complesso aziendale, non sembra seriamente dubitabile che il correlativo obbligo di astensione a carico dell'alienante presupponga, come suo fondamento, una vicenda traslativa d'azienda funzionalmente orientata al perdurante utilizzo imprenditoriale del complesso ceduto, da parte del cessionario o degli aventi causa da questi; e ciò una volta che si ammetta come quel divieto assolva in effetti al ruolo di assecondare l'acquisizione al cessionario della clientela (17), vale a dire, della composita rete di relazioni commerciali ("relativamente oggettive") (18) inerenti all'azienda ceduta, cui l'acquirente non potrebbe avere interesse se non, appunto, nella prospettiva di uno sfruttamento (quale che ne sia la modalità, per come prima evidenziato) della strumentalità imprenditoriale del compendio acquisito (19).

A non diverse conclusioni, del resto, sembra doversi giungere con riferimento alla regola - pur suscettibile di patto contrario - della successione automatica dell'acquirente in tutti i rapporti contrattuali in corso stipulati per l'esercizio dell'impresa e non aventi carattere personale, disposta dall'art. 2558, 1° comma, c.c. Ed invero la citata regola di successione automatica rispecchia il presumibile assetto degli interessi delle parti (20), nel senso di consentire il mantenimento dell'unità del complesso aziendale e soprattutto la conservazione della clientela in favore del cessionario (unico soggetto a questo punto interessato alla prosecuzione in vita dei rapporti contrattuali in corso (21), ed oltretutto l'unico specificamente in grado di adempiere i rapporti "d'impresa", laddove nessun interesse nutrirebbe più a conservarli l'alienante, né quest'ultimo - quanto in particolare ai contratti "d'impresa" - sarebbe più in condizione di adempiervi, per aver dismesso l'azienda cui si riferiscono).

Appare allora chiaro come nessuna corrispondenza sussisterebbe invece tra quella regola e la sintassi degli interessi in gioco - difettando con ciò la *ratio* stessa della norma - allorché la cessione non risultasse obiettivamente programmata in *considerazione* specifica della capacità strumentale del compendio, in vista della sua valorizzazione e del suo sviluppo - in via diretta o mediata, come detto - da parte dell'acquirente, ed ove perciò nessun significato risultasse obiettivamente annesso dalle parti al permanere dell'unità del complesso, né all'acquisizione di clientela al cessionario.

In secondo luogo, in difetto di idonea proiezione funzionale del trasferimento al perdurante utilizzo imprenditoriale del complesso, verrebbe palesemente a mancare quel bilanciamento al sacrificio imposto agli interessi della controparte ceduta attraverso la deroga alla necessità del suo consenso alla circolazione del rapporto a norma dell'art. 1406 c.c., bilanciamento che appare corretto individuare, più che in una supposta maggior garanzia patrimoniale offerta al terzo contraente - considerato in veste di mero creditore - dal cessionario, quale nuovo titolare del diritto sull'azienda (argomento questo che potrà valere in certi casi, forse tipici al tempo della codificazione del 1942, in cui più estesa sia la sostanza patrimoniale *reale* - immobiliare o mobiliare - del compendio aziendale, ma che non rileva invece, o è comunque destinato a perdere terreno, rispetto a fenomeni oggi crescenti di aziende il cui valore essenzialmente dipenda da fattori schiettamente immateriali, quali *know how*, segreti di fabbricazione, capitale umano qualificato, relazioni commerciali e contratti peculiari di produzione e scambio nell'area dei servizi), bilanciamento da vedersi, dicevo, piuttosto nella possibilità di oggettiva continuazione, e di realizzazione allora del programmato assetto negoziale, che solo l'acquirente - non più l'alienante - è l'unico soggetto in grado di assicurare, proprio utilizzando l'azienda di cui ha acquisito la disponibilità (22); una possibilità che non sussisterebbe invece, evidentemente, nell'ipotesi di cessione pur dello stesso complesso nella sua originaria ed obiettiva

composizione, e però *considerato* sotto tutt'altro aspetto ed a tutt'altri fini, che non in vista del suo continuativo utilizzo in senso imprenditoriale.

6. Analoghe considerazioni possono trarsi dalla disciplina, sicuramente inderogabile, della responsabilità *ex lege* dell'acquirente per i debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie, ai sensi dell'art. 2560 c.c.

Di quest'ultima regola di responsabilità, com'è noto, si suole tradizionalmente, e pur molto autorevolmente individuare la giustificazione

in una prioritaria esigenza di tutela dei creditori specificamente *aziendali*, di quei soggetti cioè le cui ragioni di credito direttamente ineriscano all'esercizio dell'azienda ceduta (secondo l'espresso riferimento di cui all'art. 2560, 2° comma, ora in esame); un'esigenza nascente da ciò, che poiché il compendio aziendale costituirebbe di norma la componente più ragguardevole del patrimonio dell'imprenditore loro creditore, la sostituzione dell'azienda con somme di denaro facilmente occultabili, corrispondenti al prezzo di cessione, rischierebbe di mettere in forse il soddisfacimento delle pretese di simili creditori (23), con l'effetto generale indiretto di innalzare il costo del credito all'imprenditore commerciale, ed in particolare, di ostacolare l'accesso dell'imprenditore al credito non garantito (24).

Di qui allora, si argomenta, la previsione normativa della responsabilità anche dell'acquirente verso i predetti creditori, in solido con l'alienante, quantomeno per i debiti risultanti dai libri contabili obbligatori - gli unici facilmente conoscibili dal cessionario al momento della cessione - così da realizzare un equo bilanciamento tra l'anzidetta istanza di adeguata tutela creditoria, da un lato, e dall'altro l'esigenza di non scoraggiare la circolazione d'azienda con pesi eccessivi per l'acquirente (25).

E però non sembra che il ruolo - innegabile - di tutela dei creditori commerciali assolto dalla corresponsabilità in discorso dell'acquirente possa giustificarsi soltanto in ragione del fatto, che il cessionario sia divenuto il nuovo titolare dell'azienda quale mera sostanza patrimoniale staticamente intesa, per ciò stesso idonea - proprio e soltanto in quanto puro "cespite" patrimoniale (26) - a soggiacere più fruttuosamente alla garanzia generica dei creditori, in contrapposto al denaro (volatile ed occultabile) pervenuto in sua vece nel patrimonio dell'alienante.

In contrario basti osservare, in primo luogo, come alla radice di un simile approccio alla disciplina in esame chiaramente traspaia una concezione - per così dire - "protocapitalistica" dell'azienda commerciale, a preponderante composizione *reale* (per lo più immobiliare), tipicamente acconcia alla tutela esecutiva dei creditori, se non anche nel suo complesso, quanto meno rispetto ai suoi singoli elementi costitutivi: una concezione questa sempre meno attuale e generalizzabile - lo si è prima accennato - a fronte del diffondersi e, in prospettiva, del prevalere per importanza economica di tipologie di attività, e di corrispondenti categorie di azienda sempre più distanti da un sostrato di natura reale, e connotate piuttosto in senso prevalentemente immateriale.

In secondo luogo, anche rispetto alle residue ipotesi tuttora corrispondenti ad una siffatta arcaica rappresentazione d'azienda, è agevole rilevare come nulla evidentemente impedisca al cessionario di procedere all'immediata disarticolazione e rialienazione atomistica a più altri acquirenti dei singoli elementi costitutivi del compendio precedentemente acquistato, vanificandone così fin da subito la supposta virtù rafforzativa delle *chances* di soddisfacimento dei creditori *aziendali* rispetto alle prospettive offerte dall'originario alienante, dal momento che: per un verso, il primo cessionario finirebbe con l'avere anch'egli dismesso il "cespite" aziendale, e tutt'al più acquisito transitoriamente la disponibilità del denaro (di nuovo, quindi, facilmente sottraibile all'azione creditoria) incassato come prezzo; mentre, per altro verso, nessuna pretesa i suddetti creditori potrebbero più ovviamente dirigere nei confronti dei subacquirenti di singoli frammenti del passato complesso (dal momento che costoro non sarebbero acquirenti di un'*azienda*), se non in forza di garanzia reale con diritto di sequela sul bene ad essa vincolato, o all'esito del vittorioso esercizio di un'azione revocatoria ordinaria ricorrendo tutti i (com'è noto, gravosi per l'attore) presupposti di legge.

Sicché non resta che prendere atto come, condotta alle sue più estreme conseguenze, l'argomentazione qui criticata finisca con il mettere capo, quale giustificazione della responsabilità in esame dell'acquirente, *ex art. 2560, 2° comma, c.c.*, alla mera esigenza di asservire alla garanzia generica dei creditori aziendali due patrimoni (del cedente e del

cessionario) anziché uno soltanto (quello dell'alienante), con correlativa duplicazione dei soggetti responsabili, retta dal nesso condebitorio della solidarietà (27).

7. D'altronde, è agevole rendersi conto di come il predicato assoggettamento dell'acquirente ad una responsabilità indefettibile, almeno per i debiti documentati dalla contabilità obbligatoria, anche nei casi di cessione non finalizzata al continuativo utilizzo imprenditoriale del complesso, finisca inevitabilmente per tradursi in un potente disincentivo all'attuazione di cessioni siffatte o, in altre parole, per scoraggiare fortemente l'alienazione comunque "in blocco" del complesso produttivo, ogniquale volta l'operazione non risulti (obiettivamente) programmata in funzione strumentale all'esercizio d'impresa; onerando per converso l'alienante, in simili ipotesi, del costo della preventiva disgregazione del complesso medesimo e della successiva alienazione parcellizzata della risultante pluralità di situazioni giuridiche, a mezzo di una molteplicità di distinte operazioni traslative e nei confronti rispettivamente di una pluralità di acquirenti, quale unica via onde sottrarsi all'applicazione (altrimenti data per inevitabile, alla stregua degli assunti correnti) di una disciplina avvertita come non realmente adeguata ad una corretta sintassi degli interessi in gioco.

Si prefigura inevitabilmente difficile per l'alienante, infatti, stando alla ricostruzione qui contestata della fattispecie traslativa d'azienda, reperire controparti contrattuali disponibili all'acquisto in blocco dell'intero compendio, o di una sua parte cospicua comunque aggregata, e con ciò all'assunzione della responsabilità in discorso *ex art.* 2560 c.c. verso i terzi creditori aziendali, pur in difetto di preordinazione obiettiva della vicenda circolatoria all'utilizzazione del compendio come sostrato d'impresa; e ciò una volta che si consideri come soltanto con riferimento ad un'operazione a ciò preordinata la soggezione all'indicata responsabilità si conforma invece alla convenienza stessa dell'acquirente, nella misura in cui specificamente interessato, proprio ed esclusivamente in tale ipotesi, ad intrattenere e coltivare in prima persona la rete di relazioni obbligatorie inerenti all'azienda acquisita, così da scongiurare, da un lato, possibili turbative a simili relazioni derivanti dagli eventuali inadempimenti da parte dell'alienante, e, dall'altro lato, in guisa da entrare in diretto contatto con i creditori aziendali in sede di adempimento dei debiti nei loro confronti (28).

Tenuto conto di tutto quanto precede, sembra allora che un'interpretazione dell'*art.* 2560 c.c. più aderente al dato normativo, anche con riferimento alle disposizioni componenti la disciplina suppletiva del trasferimento d'azienda prima esaminate, e al tempo stesso più congrua dal punto di vista della razionalità economica delle sue prevedibili conseguenze applicative, consista nell'individuare quale suo presupposto una fattispecie di cessione d'azienda (commerciale) caratterizzata non solo dal dato funzionale del *quid* trasferito (delle singole situazioni giuridiche costitutive del complesso, viste nel loro reciproco collegamento), bensì anche, e soprattutto anzi dall'essere la stessa cessione - dal punto di vista del suo programma o contenuto negoziale, un'operazione di per sé funzionalmente connotata, in quanto obiettivamente diretta a porre l'acquirente in condizione di fruire a sua volta della specifica strumentalità all'esercizio di impresa del complesso acquisito; un'operazione, in altre parole, che si dimostri obiettivamente intesa al continuativo utilizzo dell'azienda come strumento di esercizio di attività imprenditoriale (29).

Sicché è appunto siffatta prospettiva dell'operazione - la continuità di destinazione del complesso allo sfruttamento come sostrato per l'esercizio di impresa - a giustificare l'inderogabile disciplina in esame, e ciò sotto un (almeno) duplice profilo: *a)* da un lato, nel senso che è dalla specifica remuneratività dell'azienda in continuativo esercizio - sia per chi la eserciti, sia per chi l'abbia ceduta o concessa in godimento a terzi, così da appropriarsi comunque del plusvalore connesso alla funzionalità in atto del compendio - che trae utilità per i creditori *aziendali* la prevista possibilità di rivolgere le proprie pretese anche all'acquirente, al soggetto cioè che di quella specifica remuneratività è divenuto (in una o altra forma) il nuovo fruitore e percettore; *b)* e, dall'altro lato, nella misura in cui è solo la continuità di utilizzo del complesso aziendale ceduto per l'esercizio di un'attività produttiva da parte dell'acquirente (foss'anche solo per il breve intervallo fino all'immediata ricollocazione), e dei successivi subacquirenti, a poter offrire *chances* residue di soddisfacimento ai crediti *non pecuniari* già inerenti all'esercizio dell'azienda oggetto di circolazione, quei crediti cioè a prestazioni la cui realizzazione supponga l'esercizio dell'attività relativa all'azienda trasferita.

8. Quella della continuità (obiettivamente disposta, quale contenuto o oggetto del regolamento negoziale traslativo d'azienda) di utilizzo del compendio per l'esercizio di impresa da parte del cessionario (30), si aggiunga, è anche l'unica prospettiva in cui trovi senso e possibilità stessa di integrale applicazione la disciplina - del pari inderogabile - degli

effetti del trasferimento di azienda sui rapporti di lavoro subordinato, ai sensi dell'art. 2112 c.c.

È chiaro infatti come solo in rapporto ad una prospettiva siffatta possa concretizzarsi quella garanzia assoluta di continuità del rapporto di lavoro, e di salvaguardia del corrispondente interesse del lavoratore alla conservazione e prosecuzione a condizioni invariate del rapporto medesimo e del relativo posto di lavoro, che la succitata disciplina mira all'evidenza ad assicurare - con il vincolo dell'inderogabilità - quale sua *ratio* essenziale, oltre e più che la mera garanzia di soddisfacimento delle semplici pretese patrimoniali maturate dal dipendente alla data del trasferimento dell'azienda, garanzia quest'ultima che già la corresponsabilità solidale di alienante e acquirente ex art. 2560 c.c. sarebbe valsa a salvaguardare, e che l'art. 2112 non introduce certo ma semmai energicamente rafforza, con la rimozione del limite delle risultanze contabili obbligatorie, e con la prescrizione di procedure ufficiali e rigorosamente controllate (quelle di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c.) per il consenso alla liberazione dell'alienante.

Di ciò, del resto, non ha mancato di prendere atto pure la dottrina lavoristica, evidenziando come, nel dettare la disciplina in discorso, il legislatore (comunitario prima, poi nazionale) abbia chiaramente presupposto l'ipotesi del perdurante utilizzo del complesso da parte dell'acquirente come strumento per l'esercizio di attività imprenditoriale (31), onde garantire in simile ipotesi la continuazione del rapporto di lavoro riconoscendo per converso come, in caso contrario, residuerebbe spazio unicamente per "l'applicazione del capoverso dell'art. 2112 in materia di responsabilità solidale" (32). In senso conforme ai suesposti rilievi muove del resto l'attuale formulazione dell'ultimo comma dell'art. 2112 c.c., come sostituita dall'art. 32, comma 1, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nel disporre che "si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il *mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata*, con o senza scopo di lucro, *preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità* a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda" (corsivo nostro), e nell'estendersi altresì al "trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

Né infine a conclusioni diverse circa il genuino nucleo funzionale della fattispecie traslativa d'azienda - venendo così all'ultimo tassello della sua disciplina privatistica inderogabile - sembra possibile pervenire con riferimento alle prescrizioni di forma e di pubblicità dei trasferimenti aziendali, introdotte dall'art. 6, 1° comma, l. 12 agosto 1993, n. 310 (cosiddetta legge Mancino), a modifica dell'art. 2556, 2° comma, c.c., secondo cui ora "i contratti di cui al primo comma, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese, nel termine di trenta giorni, a cura del notaio rogante o autenticante".

Ed invero, neppure qui pare seriamente dubitabile che presupposto della disciplina sia una vicenda successoria obiettivamente orientata all'esercizio di impresa a mezzo del compendio trasferito: e ciò una volta che si consideri come non sia tanto il mero investimento di ricchezza a titolo di corrispettivo per l'acquisto, quanto piuttosto proprio la conseguita possibilità di accesso ad un'attività economica imprenditoriale - una possibilità anche solo *economica*, si noti, segnalata appunto dall'acquisita disponibilità del compendio produttivo a ciò strumentale (di qui la segnalata finalità di "trasparenza degli assetti proprietari di aziende" perseguita dalla disciplina *de qua* (33)), ancorché non tradotta in titolarità *giuridica* della relativa attività, magari imputata a terzi avvalendosi di prestanomi - attraverso la quale poter facilmente e continuativamente reimmettere in circolazione eventuali liquidità di provenienza illecita, a poter rappresentare quel veicolo di riciclaggio del denaro "sporco" (frutto cioè di attività criminali) che la disciplina in discorso precisamente mira - com'è ben noto - a portare alla luce (34), con regole intese ad assicurare la trasparenza delle relative vicende negoziali (35).

**9.** Dunque, è la *considerazione* unitaria in vista di un perdurante utilizzo, diretto o indiretto, come *strumento d'impresa*, ciò che aggrega il compendio aziendale in sede di circolazione.

La proiezione alla continuità di esercizio imprenditoriale, quanto meno dal lato di una delle parti dell'operazione, vale cioè a connotare la fattispecie traslativa della proprietà o del

godimento, come avente ad oggetto un bene complesso inquadrabile come *azienda* e giustifica allora l'applicazione della relativa disciplina.

Di qui l'intima correlazione della vicenda circolatoria d'azienda all'impresa. Di qui anche l'ulteriore giustificazione del rilievo, per cui la circolazione di azienda è per sua intima essenza oggetto di una *decisione di impresa*, sia di impresa attiva che - eventualmente, dal lato della alienante o concedente - in liquidazione.

Ora in questa prospettiva, della *circolazione di azienda come atto, decisione, scelta di impresa*, il titolo di questo scritto spinge a chiedersi a quale livello o sfera dell'attività di impresa appartenga un tale atto.

È un atto di gestione in senso stretto, di *esercizio* cioè, ferme le strutture basilari di rischio dell'attività, così da rientrare nell'ambito di competenza del preposto alla gestione? O è invece atto di fondazione, o ri-fondazione della struttura essenziale dell'impresa, così da evocare allora le prerogative decisionali del titolare sostanziale dell'attività, del portatore finale di rischio cioè, o in altre parole dell'imprenditore?

Ovvio appare che il problema ha ragione di porsi nei casi di dissociazione fra gestione e titolarità sostanziale dell'attività.

In simili casi, in particolare, la circolazione di azienda evoca un problema di verifica dei poteri e delle competenze, segnatamente di idoneità e sufficienza del potere gestorio a porre in essere la vicenda circolatoria.

E, in tutti i casi, cruciale rilievo ha il *come* ed il *perché* della considerazione imprenditoriale unitaria, che abbiamo visto stare al nucleo della fattispecie; ancora una volta, dunque, non le caratteristiche del mero *quid* trasferito, ma anche e soprattutto il modo di considerarlo: potendo a seconda delle ipotesi la circolazione di azienda porsi o no come normale atto di gestione e, nel secondo caso, reclamare una decisione da parte di chi ha il potere di determinare le strutture di base dell'impresa.

In questa prospettiva, converrà svolgere l'analisi distinguendo per modelli di organizzazione dell'attività di impresa.

10. Riguardo anzitutto all'impresa individuale, l'ipotesi problematica è quella essenzialmente della preposizione institoria.

Ai sensi dell'art. 2204, comma 1, c.c., "l'institore può compiere tutti gli atti pertinenti all'*esercizio* dell'impresa cui è preposto".

Ed il riferimento alla sfera dell'*esercizio* viene comunemente inteso come espressione di una competenza limitata alla mera *gestione*, cioè ad un esercizio dell'attività che non ne alteri le strutture di base (36); come conferma il divieto contenuto nello stesso comma 1°, benché riferito al solo alienare o ipotecare i beni immobili del preponente senza l'espressa autorizzazione di quest'ultimo.

In tal senso, ai predetti *limiti espliciti* ai poteri dell'institore è comune opinione aggiungere ulteriori limiti *impliciti*, includendovi anche altri atti di gestione per così dire straordinaria, quali - per quanto ora rileva - appunto l'alienazione o la concessione in affitto dell'azienda, che si considerano allo stesso modo esorbitare dalla sfera dell'*esercizio* nel senso della *gestione* (37).

Al pari di quelli positivamente previsti, anche i c.d. limiti impliciti avrebbero peraltro valenza legale, essendo per ciò stesso opponibili in via generale ai terzi, in chiave di difetto di potere rappresentativo dell'institore, senza soggiacere all'onere per l'opponibilità delle eventuali ulteriori limitazioni convenzionali, costituito dalla iscrizione nel registro delle imprese.

Ma, a ben vedere, la norma definitoria dei poteri dell'institore, oltre che sul profilo dell'*esercizio* e con ciò della *gestione*, fa leva sul criterio della "pertinenza" degli atti consentiti rispetto allo stesso esercizio dell'impresa.

Un criterio flessibile, questo, che sempre secondo indirizzo pacifico (38) consente di superare lo stesso limite esplicito delle alienazioni immobiliari e delle ipoteche, tutte le volte che oggetto dell'impresa sia proprio il commercio di immobili, e più latamente un'attività immobiliare; e ciò perché in tali ipotesi il criterio della pertinenza all'*esercizio*



dell'impresa consentirebbe di ritenere pure le alienazioni di immobili e le ipoteche come atti consentiti.

A parità di oggetto, in tal senso, atti di alienazioni di immobili e di concessione di ipoteche potrebbero risultare preclusi (salvo autorizzazione espressa) o consentiti, a seconda del contesto e della prospettiva di impresa di riferimento. Salvo poi dividersi le opinioni sulla necessità di valutare la pertinenza in termini generali e standardizzati, con riferimento cioè al tipo generico di impresa in questione (39); o invece *in concreto*, nel senso della congruità alla *specificata* iniziativa gestita (40), ed allora con attenzione sia alla natura degli atti che alle circostanze in cui sono compiute (41), ed in definitiva alla loro valenza funzionale in rapporto all'attività specifica del caso.

Se così è, lo stesso criterio di pertinenza potrebbe allora valere a ricondurre alla sfera della *gestione*, dell'*esercizio* dunque, anche atti in astratto eccedenti i c.d. limiti impliciti ai poteri dell'istitutore, quali le fattispecie circolatorie dell'azienda, allorché pure di queste possa affermarsi la pertinenza, nel senso della congruità: o all'oggetto dell'impresa in questione, la quale concerna ad esempio la produzione e la commercializzazione di strutture industriali; ovvero alla specifica fase o alle contingenti esigenze dell'attività, bisognosa in ipotesi di ammodernamento o riconversione degli impianti (42).

Ed ecco che allora il profilo del *modo* e del *perché* della considerazione unitaria, quale nucleo della fattispecie circolatoria di azienda, conferma la sua centralità per la richiesta valutazione di pertinenza alla gestione, e con ciò di non esorbitanza bensì di conformità al potere gestorio dell'istitutore, al di là delle mere caratteristiche del *quid* oggetto di trasferimento; ribadendosi come necessario un inquadramento del senso e della proiezione funzionale dell'operazione rispetto alla continuità di esercizio di impresa.

11. Nelle società di persone, il potere gestorio degli amministratori si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, che cioè si pongono in rapporto di mezzo a fine rispetto all'attività programmata, salve le limitazioni previste dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, purché regolarmente iscritte nel registro delle imprese: come si desume dall'art. 2266, comma 2, c.c., e dall'art. 2298 c.c., che nel perimetrare i poteri di rappresentanza dettano una regola suppletiva di tendenziale coestensività fra potere di gestione e potere di rappresentanza (43).

Al di là delle limitazioni specifiche, purché pubblicizzate nei modi di legge e perciò opponibili, l'oggetto sociale funge dunque da limite generale sia del potere di decisione sia di quello di esternare validamente la volontà dell'ente. Ed a differenza delle anzidette limitazioni specifiche (atto costitutivo o procura) si impone anche ai terzi, nel senso che l'atto compiuto *ultra vires* rimarrà senza effetto nei confronti della società (44).

In questo quadro, e restando, in conformità al tema di questo scritto, ai limiti del potere di gestione (tralasciando i problemi di dissociazione fra potere di gestione e potere rappresentativo, e poi i problemi del valido ed efficace esercizio di quest'ultimo) è consolidata in giurisprudenza l'opinione, che configura operazioni come quelle circolatorie dell'azienda, specie se dell'unica azienda o della parte sostanziale di essa, come sostanziale modificazione dell'oggetto sociale, in quanto tale eccedente il predetto limite del potere di gestione, costituito appunto dall'oggetto sociale: così da richiedere allora l'applicazione del regime delle modificazioni dell'atto costitutivo, quindi, salvo diversa pattuizione, il consenso unanime dei soci.

In questo ordine di idee, in particolare, si è precisato (ma si tratta di massima tralatizia, predicata anche in materia di società di capitali, per la determinazione della congruità degli atti di gestione rispetto all'oggetto sociale) che se per un verso la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione prevista in relazione ai beni degli incapaci (artt. 320, 374, 394) non è applicabile in tema di poteri degli amministratori delle società, che vanno individuati con riferimento agli atti che rientrano nell'oggetto sociale qualunque sia la loro natura giuridica e rilevanza economica, non ponendosi differenze nemmeno in relazione al carattere dispositivo o conservativo dell'atto stesso (di guisa che, ad esempio, nel caso di una società costituita per la costruzione e vendita di immobili, l'amministratore pur se statutariamente privato del potere di compiere atti di straordinaria amministrazione, può efficacemente concludere i contratti preliminari di compravendita degli stessi immobili costruiti, quali atti non solo rientranti nell'oggetto sociale, ma per di più configurabili come atti di ordinaria amministrazione, in quanto, ancorché a contenuto formalmente dispositivo, inerenti alla normale attività costituente oggetto della società); d'altra parte eccedono i poteri degli amministratori, in quanto esorbitanti dall'oggetto sociale, gli atti

che modificano le strutture economiche-organizzative dell'ente, in quanto incidano sugli elementi costitutivi dell'impresa e sulla possibilità della sua stessa esistenza (45).

Ciò non toglie, sembra, che pure nell'ambito delle società personali debba tenersi conto della eventuale corrispondenza fra il significato d'impresa di volta in volta assunto dalla fattispecie circolatoria di azienda e la attività che forma oggetto della società (allo stesso modo per cui, nei casi giurisprudenziali prima richiamati, la alienazione degli immobili sociali, nel caso di società costituita per la costruzione e vendita di immobili, deve intendersi appieno rientrare nella sfera dell'ordinaria gestione); non solo in casi, come quelli di cui all'esempio già fatto, in cui l'attività programmata della società consista proprio nella produzione e commercializzazione di strutture aziendali, ma anche in altre possibili ipotesi, non suscettibili di essere catalogate esaustivamente, in cui possa ravvisarsi una pertinenza all'oggetto sociale di operazioni di alienazione o affitto di azienda che, lungi dal modificare la struttura legale o convenzionale dell'ente, si iscrivano pienamente nella sfera della gestione, ad esempio con finalità di ammodernamento, riconversione tecnologica, ampliamento o comunque ridefinizione (anche nel senso di una delimitazione) del mercato di riferimento.

12. Com'è noto, nella s.r.l. il potere di gestione è sì affidato in via generale agli amministratori, salvo diversa pattuizione individuati nelle persone di uno o più soci (cfr. art. 2475 c.c.); e però, altrettanto generale è, quanto meno in termini di possibile scelta di autonomia privata, la competenza virtuale in materia amministrativa dei soci in quanto tali, che possono essere chiamati ai sensi dell'art. 2479, comma 1, c.c., a decidere su qualsiasi materia, ed ai quali può pertanto essere anche interamente devoluta la gestione.

Spetta peraltro inderogabilmente alla competenza dei soci (cfr. 2479, comma 2, n. 5, c.c.), per di più secondo le regole del procedimento assembleare (art. cit., comma 4), la decisione di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo, o una rilevante modificazione dei diritti dei soci: operazioni, le prime, in cui si intende inclusa "tipicamente: l'alienazione dell'azienda" (46).

Ancora una volta, dunque, è questione di valutazione, da un lato, dello specifico e concreto significato imprenditoriale della vicenda circolatoria dell'azienda, dall'altro, della sua congruità rispetto alla struttura dell'attività di impresa in cui l'operazione si iscrive, o piuttosto della sua eccedenza dal piano dell'esercizio secondo la struttura data e della sua idoneità a modificare la struttura medesima, traducendosi per ciò stesso in una modificazione sostanziale dell'oggetto sociale e/o dei diritti dei soci, e con ciò gravitando nell'area del potere non di gestione ma di decisione dei soci; fermo restando che il difetto di una tale decisione non potrebbe rilevare nei confronti dei terzi, nel senso di costituire una limitazione loro opponibile del potere di rappresentanza pur sempre generale degli amministratori, ai sensi dell'art. 2475-bis c.c., che l'atto abbiano comunque compiuto (non eccedendo il compimento di un simile atto i poteri che la legge conferisce o consente di conferire agli stessi, arg. ex art. 10, par. 1, Direttiva 2009/101/CE) (47).

È alla stregua di una simile valutazione, che si è ritenuto in un caso (48) fossero stati validamente compiuti gli atti di disposizione ed alienazione da parte di un amministratore di s.r.l., costituiti dalla compravendita di tre immobili sociali e dalla cessione di un'azienda commerciale costituita da una autorimessa, in coerenza con un oggetto sociale costituito da attività di gestione ed amministrazione di autorimesse ed acquisto e vendita di immobili, suoli o fabbricati di proprietà sociale. Mentre, in un altro caso (49), è stato ritenuto comportasse una rilevante modifica dell'oggetto sociale la cessione dell'azienda in cui si concentrava la sola attività dell'impresa sociale, in quanto non accompagnata dal contestuale riacquisto di altra azienda, con la quale continuare l'attività d'impresa in precedenza esercitata.

13. Più agevole parrebbe di primo acchito risolvere il problema dei rapporti fra potere gestorio e circolazione di azienda nella s.p.a., quale tipo societario connotato, già prima e poi tanto più dopo la riforma del 2003, da un peculiare rapporto fra assemblea ed amministratori e fra le correlative competenze - quella decisionale dei soci in assemblea, quella gestoria degli amministratori - secondo cui, in ossequio ad una tendenziale ispirazione manageriale ed efficientista, è quella gestoria la competenza generale, esclusiva e residuale, affidata agli amministratori in piena autonomia (50); mentre quella dell'assemblea ha carattere specifico e puntuale, come evidenzia il combinato dell'art. 2380-bis - secondo cui "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale" - con l'art.

2364 c.c., che dopo avere enumerato una serie di competenze delimitate, al n. 5 dispone che l'assemblea delibera su altri oggetti solo se ciò preveda la legge "nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti": così subordinando a previsione statutaria ed in ogni caso degradando a mere autorizzazioni il possibile coinvolgimento dell'assemblea nelle decisioni degli amministratori, senza che ciò valga comunque discarico della responsabilità di questi ultimi.

In questo senso, anche gli atti di gestione più incisivi e rischiosi parrebbero rientrare nella sfera del potere gestorio, fra cui le ipotesi di circolazione d'azienda in esame, salvo al più il requisito autorizzativo assembleare, ma solo ove lo statuto lo preveda in ipotesi determinate (51) e con il detto limitato valore.

Senonché, resiste fra gli interpreti l'idea che anche nelle s.p.a. il potere di gestione degli amministratori, pur così ampiamente delineato dalla legge, non possa travalicare i limiti dell'*esercizio* dell'impresa così come strutturata dagli autori dell'investimento azionario, i soci cioè, ed in particolare non possa inoltrarsi nel compimento di operazioni che valgano a modificare le strutture essenziali dell'attività, in termini di rischio e di natura dell'iniziativa imprenditoriale; l'idea, cioè, che il potere di gestione non possa invadere l'area delle prerogative riservate ai portatori del rischio e titolari dell'interesse residuale allo svolgimento dell'attività.

Tale convincimento trova in dottrina e in giurisprudenza espressioni diverse.

Quanto alla dottrina, una prima, più ardita trascrizione dell'idea ora descritta è quella che si riconduce alla teoria delle c.d. competenze legali implicite dell'assemblea (52). In tale prospettiva, l'assunto di partenza è che la competenza generale degli amministratori riguardi soltanto la gestione, intesa come circoscritta ai soli atti di esercizio dell'impresa, con esclusione invece degli atti di vera e propria organizzazione (53), per i quali la competenza spetterà allora all'assemblea, per di più ordinaria (54).

È alla competenza (non scritta) dell'assemblea, in tal senso, pur non essendo alla stessa espressamente riservati dalla legge, che spetterebbero ipotesi di atti riguardanti pur sempre l'organizzazione della società, quali: la richiesta di ammissione a quotazione; la designazione di terzo beneficiario di prelazione, ove questo debba essere designato dalla società; la concessione del gradimento, in difetto di diversa espressa opzione statutaria; l'attribuzione di cariche puramente onorifiche (55); l'alienazione dell'unico stabilimento sociale o la dismissione di un'attività e l'intrapresa di un'altra (56)

Secondo gli svolgimenti più avanzati della teoria in discorso (che prende avvio da una nota giurisprudenza tedesca: il caso *Holz Müller*-BGH 25 febbraio 1982; i due casi *Gelatine*-BGH 16 e 26 aprile 2004; e il caso *Macrotron*-BGH 25.11.2002) e per quanto qui più direttamente interessa, alla "zona grigia" delle competenze non scritte o implicite dell'assemblea apparterebbero anche atti di "straordinaria amministrazione", intesi come quelli "implicanti una trasformazione della struttura industriale e finanziaria dell'azienda" (57), anche denominati "atti di interesse primordiale"; atti cioè di ristrutturazione della società che, tenuto conto della sua *Verfassung*, toccano l'essenza della competenza dell'assemblea, perché comportano modifiche simili a quelle che possono essere realizzate solo con una modifica statutaria.

Fra questi, emblematico sarebbe proprio il caso di cessione di una parte rilevante ed essenziale dell'azienda dell'impresa societaria (58); insieme all'ipotesi del conferimento della stessa azienda in una partecipata, con conseguente modificazione della società in *holding* e correlativa trasformazione dei poteri diretti dei soci in poteri indiretti o mediati (c.d. *Mediatisierungseffekt*); ed a quello del *delisting* di una società quotata.

L'anzidetta posizione teorica, che fa leva sull'applicazione analogica di norme del codice civile che parrebbero attribuire all'assemblea competenze decisionali in materia di gestione (cfr., fra l'altro, gli artt. 2361, comma 2; 2446 comma 1; 2409, comma 4, c.c.) (59), è stata peraltro sottoposta a serrate critiche fondate sul carattere generale dell'investitura di legge degli amministratori in materia di gestione (60), non più considerabili quali mandatari dei soci (come prevedeva invece l'art. 121 cod.comm. 1882), il oltretutto consentirebbe di escludere la sussistenza id una lacuna in materia da colmare in virtù di analogia (61); sull'argomento *a contrario* tratto dalla previsione dell'art. 2204, co. 1, in tema di institore, dal momento che la legge non ha previsto per gli amministratori lo stesso divieto posto all'institore (62); sulla segnalazione del risultato in chiave di incertezza per i terzi, che

discenderebbe dalla opponibilità anche ai terzi di buona fede del vizio costituito dalla mancanza della necessaria delibera assembleare, che si configurerebbe come "limite legale", anziché statutario ex art. 2384, comma 2, c.c. (63); sulla riduzione che ne deriverebbe, "a fronte di un'operazione pregiudizievole per la società, degli spazi per attivare utilmente il rimedio risarcitorio", lasciando luogo il rigoroso regime di responsabilità degli amministratori a quello di tendenziale irresponsabilità dell'azionista per il voto espresso in assemblea (64).

14. Dall'anzidetta teoria delle competenze implicite si discosta altra, pure autorevole posizione interpretativa, che in luogo di affermare in materia una vera e propria competenza decisionale - pur non scritta nella legge - dell'assemblea, rivendica un coinvolgimento sotto altra forma dell'organo assembleare nelle scelte di gestione più incisive sulle basi e strutture essenziali dell'attività, e ciò :

- sotto il vigore del previgente art. 2364 n. 4 - che non poneva limiti alla facoltà degli amministratori di richiedere l'approvazione da parte dell'assemblea -, postulando un dovere degli amministratori di ricorrere a tale approvazione assembleare del compimento dell'operazione (65);

- vigente l'attuale 2364 n. 5 - che come detto delimita ad ipotesi statutariamente predeterminate la possibilità dell'organo amministrativo di sollecitare tutt'al più l'*autorizzazione* assembleare -, configurando comunque un dovere degli amministratori di comunicazione preventiva dell'operazione all'assemblea, onde riceverne eventuali raccomandazioni e pareri, pur in sé non vincolanti, di cui gli stessi amministratori dovranno poi tener conto nel compimento dell'atto, non potendo discostarsene se non con deliberazione adeguatamente motivata" (66); così da realizzare una "preziosa funzione di raccordo tra la polarizzazione in senso manageriale della s.p.a. [...] e la funzione di garanzia per il rispetto delle posizioni di interesse dei soci, quali destinatari ultimi dei risultati gestionali" (67).

Sia in diritto previgente che sotto l'odierna disciplina, il predetto dovere di interpello assembleare - sia pure con il differenziato valore, sotto i due contesti normativi, appena riferito - graverebbe sugli amministratori alla stregua del principio di buona fede (68), ai sensi degli artt. 1175, 1375 c.c.; e troverebbe applicazione quando l'operazione da compiere, pur ricadendo formalmente nella serie degli atti di gestione, incida di riflesso su interessi e situazioni giuridiche che l'ordinamento della società per azioni intesta alla collettività dei soci" (69).

Ciò accadrebbe, in generale, allorché: viene messo in gioco lo stesso potere di iniziativa dei soci, o comunque l'atto presenta profili di rischio atipici o in ogni caso nuovi, come tali estranei al programma prefigurato dai soci, ad esempio mediante abbandono brusco e radicale del mercato principale e consolidato della società (70), ovvero con una radicale modificazione dell'investimento; o ancora in "ipotesi in cui atti di disposizione del patrimonio sociale sostanzialmente alterano le caratteristiche del progetto imprenditoriale cui si ispira la società" (71); o relativamente a transazioni con effetti che si ripercuotano così profondamente sulla struttura della società da essere equiparabili ad una modifica dello statuto, incidendo gravemente su posizioni di interesse degli azionisti e/o sulle condizioni di esercizio dell'attività di impresa (72).

Venendo alle esemplificazioni che qui più da vicino interessano, tale sarebbe "in primo luogo [...] il caso del conferimento dell'intera azienda o di parte essenziale di essa in un'altra società" (73), e ciò atteso che: per un verso, i soci della società madre perdono il controllo diretto dell'impresa; per altro verso, "la trasformazione della società in holding comporta l'assoggettamento della stessa ad un diverso 'codice' organizzativo, là dove la scelta delle regole organizzative del gruppo è materia tipica dei soci e non degli amministratori" (74).

Tale sarebbe anche il caso di cessione dell'*intera* azienda, con particolare riferimento al caso in cui la vendita dell'azienda si inquadri in un'operazione di sostituzione brusca e radicale di mercati, che espone la società ad un rischio atipico, non prevedibile da parte dei soci" (75). Ma ciò non immancabilmente, dal momento che - come puntualmente osservato dalla medesima dottrina di cui ora si parla - "se lo scopo perseguito è di semplice rammodernamento o ampliamento, non vi è ragione alcuna di sottrarre la relativa decisione all'organo amministrativo" (76): dove significativo è il riferimento allo scopo perseguito dall'operazione rispetto alla logica dell'impresa in cui si iscrive, idoneo a fungere da criterio discretivo di pertinenza alla sfera gestoria o di esorbitanza da essa.

15. Dal canto suo, la giurisprudenza non sembra aver mai abbandonato il traluzio ancoraggio all'oggetto sociale come limite del potere gestorio, almeno nei rapporti interni alla società e salvo inopponibilità dell'atto compiuto in eccesso di poteri rispetto ai terzi, alla stregua delle sempre più energica barriera eretta dalle norme sui poteri di rappresentanza degli amministratori, in tal senso protettive della sicurezza delle contrattazioni, consegnate all'attuale art. 2384, comma 2, c.c.; e ciò al di là degli eccessi con cui in un caso (soggetto al testo previgente dell'art. 2384-bis c.c.) si è giunti a parlare (77) di nullità dell'atto *ultra vires* compiuto dall'amministratore per ritenuta violazione di disposizioni imperative, anche di rango costituzionale, con conseguente irrilevanza anche della sua preventiva autorizzazione, pur se adottata all'unanimità dai soci.

Nella predetta tradizionale prospettiva, atti eccedenti l'oggetto sociale sarebbero quegli atti di disposizione che non si limitino all'esecuzione delle linee programmatiche statutarie, ma che vi apportino significativi mutamenti o esprimano scelte innovative ed esorbitanti, o comunque tali da modificare l'area di rischio imprenditoriale predeterminato nell'oggetto sociale, così da comportare, ed al contempo richiedere per la loro legittimità, una sostanziale modifica, diretta o indiretta, dell'oggetto sociale medesimo, e da devolversi allora alla competenza decisionale dell'assemblea, ed in particolare dell'assemblea straordinaria (78), abilitata alle modificazioni dell'atto costitutivo; dipendendo dunque, per quanto ora interessa, anche la valutazione di spettanza specificamente delle operazioni circolatorie d'azienda al potere gestorio dal criterio discrezionale della conformità all'oggetto sociale, e producendosi in difetto - se non anche l'inefficacia dell'atto nei confronti dei terzi, stanti i noti e detti limiti all'opponibilità nel loro confronti del vizio - la personale responsabilità degli amministratori eccedenti i limiti dei loro poteri gestori.

Al di là peraltro di ipotesi estreme di vera e propria eccedenza rispetto all'oggetto sociale, e salva l'ipotesi di conformità della circolazione di azienda alla gestione corrente di società aventi proprio un oggetto che espressamente la contenga, anche al fine dell'applicazione del tutto sommato ragionevole obbligo della previa comunicazione all'assemblea - in cui siedono gli autori dell'iniziativa e del relativo investimento - di operazioni come quelle in discorso, idonee in certi casi ad alterare le basi condivise di rischio, si pone ineludibile all'interprete la necessità di una valutazione di pertinenza fra la proiezione imprenditoriale della vicenda circolatoria di azienda e la logica di impresa in cui la stessa si attui; lasciando, in caso di esito negativo di tale valutazione, che il potere del gestore lasci spazio alla possibilità di espressione della voce e delle scelte dei titolari ultimi dell'iniziativa imprenditoriale.

(1) Sia consentito il rinvio, per un ampio esame di questo tema, a Perrino, *Le cessioni "in blocco" nella liquidazione coatta bancaria*, Torino, 2005, *passim*, spec. 122 ss.

(2) Cfr. Barbero, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, 1 ss., 33, 40, 53 ss., 85 ss.

(3) Cfr. Fadda e Bensa, *Note a B.Windscheid, Diritto delle Pandette*, V, Torino, Utet, 1926, 3 s.; Barbero, *Le universalità patrimoniali*, cit., 62 ss.; Pettiti, *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche*, Napoli, 1970, 223.

(4) Chiarissime in tal senso le parole di Barbero, *op.cit.*, 10: "le medesime cose possono, senza ingombro, in relazione alle esigenze pratiche, essere considerate ora in un modo ora nell'altro; ora come singole, ora come formanti un tutt'uno, cioè *sub specie universalitatis*". È noto del resto come proprio sull'idea di un'unificazione relativa ed incompleta, solo a certi fini cioè e sotto determinati rispetti, si attestino le più aggiornate letture della vigente disciplina dell'azienda - superando dialetticamente risalenti contrapposizioni tra visuali atomistiche ed universalistiche (sulle quali cfr. per una accurata presentazione critica Colombo, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F.Galgano, III, Padova, Cedam, 1979, 4 ss.) - luogo e figura classica di discussione della teoria delle universalità patrimoniali: cfr. per tutti Colombo, *op.cit.*, 15 ss.; Tedeschi, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Tratt.dir.priv.*, diretto da P.Rescigno, 18, t. 4°, Torino, Utet, 1983, 14 ss.; Auletta, voce "Azienda. I) Diritto commerciale", in *Enc.giur.Treccani*, Roma, Ist. Enc. It., 1988, 4; Cottino, *Diritto commerciale*, I, t. 1°, 3a ed., Padova, Cedam, 1993, 238 ss.; Campobasso, *Diritto commerciale*, 1. *Diritto dell'impresa*, 7a ed., Torino, Utet, 2013, 143 ss.; e già T.Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, 3a ed., Milano, Giuffrè, 1962, 318 ss.

(5) Salvo poi il dividersi delle opinioni circa la rilevanza della proiezione funzionale dello stesso negozio di trasferimento alla continuità di esercizio d'impresa da parte dell'acquirente, come meglio si dirà in seguito, e cfr. *infra*, cap. II, § 29 ss.

(6) Così Spada, *Lezione sull'azienda*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, Giuffrè, 1985, 55 ss. Nello stesso senso cfr. Auletta, voce *Azienda. I) Diritto commerciale*, cit., 5 ("appare evidente l'impossibilità di costruire un unico concetto di azienda sol che nella costruzione si faccia un qualunque riferimento alla normativa").

(7) Cfr. ad esempio, per la distinzione fra le diverse figure di azienda ai sensi degli artt. 2598 n. 3 c.c., 2565 e 2574 c.c. (e dell'art. 25 l. marchi), e 2555 c.c., Spolidoro, *Conferimento di ramo d'azienda*

(considerazioni su fattispecie e disciplina applicabile), in *Giur.comm.*, 1992, I, 694.

(8) Cfr., fra gli altri, Graziani, *L'impresa e l'imprenditore*, 2a ed., Napoli, 1959, 85 ss.; e più recentemente Campobasso, *Diritto commerciale, I. Diritto dell'impresa*, cit., 141; Martorano, *L'azienda*, in *Tratt.dir.comm.*, diretto da Costi, Torino, 2010, 4 ss.

(9) Per questa concezione cfr. ora per tutti Colombo, *L'azienda*, cit., 26 ss.; Tedeschi, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., 10 ss., 26 ss.; Tommasini, *Contributo alla teoria giuridica dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, 129; Martorano, *L'azienda*, cit., 49 ss.

(10) Cfr. Casanova, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, 668 ss.; Zanelli, *Il trasferimento delle imprese elettriche nella sistematica della circolazione dell'azienda e della successione nell'impresa*, in *Riv.soc.*, 1964, 340 ss., 346.

(11) Si allude alla nota posizione di Graziani, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., 96 ss., per il quale "se normalmente al trasferimento dell'azienda si accompagna la successione del cessionario di essa nell'esercizio dell'attività imprenditrice, non di rado tuttavia detto trasferimento appare destinato a restare isolato, come fine a se stesso" (96), con riferimento alla "ipotesi frequente di acquisto di azienda da parte di imprenditore concorrente del titolare di essa, allo scopo di eliminare detta concorrenza, facendo cessare l'attività contrapposta" (97), là dove il cessionario potrà "ritenersi pago della eliminata concorrenza, e, non ritenendo opportuno un ampliamento della propria attività imprenditrice, procedere allo smantellamento della organizzazione produttiva pervenuta in suo possesso" (*loc.ult.cit.*).

(12) Cfr. di nuovo Graziani, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., 97 ss., 159 ss., per il quale la concorrente "successione nell'impresa" da parte dell'avente causa sarebbe coelemento *inscindibile* delle fattispecie di usufrutto e di affitto d'azienda, nonché, rispetto in genere ad ogni fattispecie traslativa, presupposto *essenziale* per l'applicazione della disciplina della pubblicità del trasferimento (art. 2556 comma 2° c.c.) e dei contratti (art. 2558 c.c.), crediti (art. 2559 c.c.) e debiti (art. 2560 c.c.) relativi all'azienda ceduta.

(13) Cfr. Perrino, *Le cessioni in blocco*, cit., 159 ss.

(14) In senso analogo cfr. del resto già Oppo, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir.civ.*, 1976, I, 600, secondo cui rispetto al trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda "può dirsi che l'esercizio dell'impresa appartiene al 'momento causale' [...]: ed infatti la disciplina è congrua non semplicemente all'interesse ad attribuire ed acquisire un oggetto di diritto ma all'interesse alla *sostituzione nell'esercizio* dell'attività economica".

(15) Cfr. *supra*, cap. I § 6, ove il richiamo ad Oppo, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv.dir.civ.*, 1982, I, 112, e a T.Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, cit., 273 s.

(16) In questi termini cfr. pure Tedeschi, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., 30.

(17) Cfr. Colombo, *L'azienda*, cit., 171 ss.; Casanova, *Impresa e azienda*, cit., 763 ss.

(18) Cfr. Auletta, voce *Azienda*, 25.

(19) Si è ammesso del resto in dottrina che il divieto di concorrenza ex art. 2557, comma 1°, c.c. "nonostante il termine fisso di cinque anni, vien meno prima della scadenza del quinquennio se cessa definitivamente l'esercizio d'impresa con l'azienda alienata" (cfr. Colombo, *L'azienda*, 213; in senso conforme Casanova, *Impresa e azienda*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F.Vassalli, X, t. 1°, Torino, 1974, 783; Tedeschi, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., 36), richiedendosi a tal fine però "che l'azienda stessa, come complesso coordinato di beni, si sia dissolta" (così Colombo, *loc.cit.*).

(20) Cfr. Auletta, voce *Azienda*, cit., 17 s.; Colombo, *L'azienda*, cit., 64.

(21) Sia quelli "d'azienda" o "aziendali in senso stretto", necessari cioè ad assicurare la disponibilità dei beni costitutivi dell'azienda; sia quelli "d'impresa", rivolti al collocamento dei beni e servizi prodotti: cfr. per tale distinzione Auletta, voce *Azienda*, 17, cit.; Galgano, *Diritto commerciale*, I, 12a ed., Bologna, 2008, 67.

(22) Cfr. Auletta, voce *Azienda*, cit., 13: "i clienti sono più sicuri dell'adempimento se il rapporto si trasferisce all'acquirente che non se resta in testa all'alienante".

(23) Cfr. per questa lettura Pettiti, *Il trasferimento volontario d'azienda*, cit., 114, 140; Colombo, *L'azienda*, cit., 63, 150 s.; Auletta, voce *Azienda*, cit., 23; Tedeschi, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., 53.

(24) Cfr. Auletta, *loc.ult.cit.*

(25) Cfr. Auletta, voce *Azienda*, cit., 23.

(26) Così in particolare Colombo, *L'azienda*, cit., 151, per il quale "la responsabilità per i debiti aziendali trova quindi il suo fondamento esclusivamente nel fatto che un soggetto abbia acquistato quel componente del patrimonio del debitore - l'azienda appunto".

(27) In tal senso cfr. Pettiti, *Il trasferimento volontario d'azienda*, cit., 101, per il quale "lo scopo principale dell'art. 2560 c.c., con tutta evidenza, è quello di evitare il pericolo che il creditore resti con un debitore (l'alienante dell'azienda) senza adeguato patrimonio"; conclusione condivisa da Colombo, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, 94; negli stessi termini anche Tedeschi, *Le disposizioni generali sull'azienda*, 53.

(28) Cfr. Auletta, voce *Azienda*, cit., 22.

(29) Sia pure, diversamente rispetto a tesi prima scrutinate, non certo della stessa attività di impresa già esercitata dall'alienante; né immancabilmente al fine dell'esercizio diretto e temporalmente protratto di impresa da parte dell'acquirente, bensì comunque in vista del mantenimento della destinazione all'esercizio d'impresa dell'azienda da parte del cessionario, il quale magari rialieni o conceda a terzi, in affitto o in usufrutto, anche immediatamente, l'azienda in precedenza acquistata.

(30) E converrà ribadire: una continuità – ciò solo basta nell'ottica qui sostenuta – la quale risulti obiettivamente e concordemente programmata all'atto del trasferimento, non importa poi quanto durevolmente ed in effetti realizzata dal cessionario medesimo (essendo questo un profilo estraneo al contenuto obiettivo dell'atto, e relativo invece alla sua successiva attuazione, al più corrispondente all'intenzione *soggettiva* dell'acquirente).

(31) Cfr. Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in *Il cod.civ. Comm.*, diretto da P.Schlesinger, sub art. 2112, Milano, 1993, 18, 80.

(32) Cfr. Romei, *op. cit.*, 17 nt. 35.

(33) Cfr. Cerrai, *La trasparenza nelle cessioni di aziende e nei trasferimenti di partecipazioni sociali*, in *Riv.dir.comm.*, 1996, I, 1004.

(34) Cfr. Cerrai, *op.cit.*, 999, 1004; Campobasso, *Diritto commerciale, 1. Diritto dell'impresa*, cit., 150.

(35) In questa chiave, del resto, sembra possa leggersi a conferma anche la rubrica della legge n. 310/1993, intitolata *in parte qua* alla "trasparenza [...] nella cessione di esercizi commerciali".

(36) Cfr. Campobasso, *Diritto commerciale, 1. Diritto dell'impresa*, cit., 134.

(37) Cfr. Presti-Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, 6a ed., Bologna, 2013, 45 s.; Cetra, in *Aa.Vv., Diritto commerciale*, a cura di M.Cian, I, Torino, 2013, 134.

(38) Cfr. Campobasso, *loc.cit.*

(39) Così Bonelli, *Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore*, Milano, 1968, 198 ss.; Belviso, *L'instutore*, I, Napoli, 1966, 311 ss.; Cetra, *op.cit.*, 133.

(40) Cfr. Nigro, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, in *Tratt.dir.priv.*, diretto da Rescigno, 15 t. 2, 2a ed., Torino, 2001, 698; campobasso, *loc.cit.*; Corapi, *La rappresentanza commerciale*, in *Tratt. dir. comm. e pubbl.ec.*, diretto da Galgano, 3, Padova, 1979, 322.

(41) Cfr. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, 14a ed., a cura di C.Angelici e G.B.Ferri, Torino, 2015, 73; Cetra, *op.cit.*, 133 s.

(42) Ma v. Ferri, *loc.cit.*, nel senso che l'instutore non possa apportare modificazioni alla struttura dell'impresa neppure se giustificate dall'esigenza di rinnovamento o ammodernamento dell'organizzazione.

(43) Cfr. Campobasso, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, 9a ed. a cura di M.Campobasso, Torino, 2015, 90; Ferri, *Manuale*, cit., 229.

(44) Cfr. Pisani, in *Aa.Vv., Diritto commerciale*, a cura di M.Cian, II, Torino, 2013, 99.

(45) Cfr. Cass., 5 maggio 2004, n. 8538, in *Foro it.*, 2005, 1, 1827; Cass., 9 novembre 1994, n. 9296, in *Società*, 1995, 368; Cass., 12 marzo 1994, n. 2430, in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, 129. Esattamente nei termini che qui interessano v. pure Trib. Roma, 18 novembre 2002, in *Gius*, 2002, 97, secondo cui anche ove lo statuto di un s.a.s. attribuisca alla maggioranza dei soci accomandatari il potere di compiere gli atti di straordinaria amministrazione, gli atti che esulano dall'oggetto sociale, quale veniva ritenuto nel caso di specie la cessione dell'azienda sociale, devono essere compiuti con l'unanimità dei consensi.

(46) Cfr. Sciuto, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv.soc.*, 2014, 30; nello stesso senso M.Cian, in *Aa.Vv., Diritto commerciale*, a cura di M.Cian, II, Torino, 2013, 608 nt. 1, ove altri riff.

(47) Cfr. Sciuto, *op.cit.*, 31 ss.

(48) Cfr. Cass., 3 marzo 2010, n. 5152, in *Società*, 2010, 929.

(49) Cfr. Trib. Roma, 28 aprile 2011, Mi.Br. c. Ci.Pa., in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

(50) Abbadessa-Mirone, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv.soc.*, 2010, 270 s.; Abriani, *L'assemblea*, in Abriani-Ambrosini-Cagnasso-Montalenti, *Le società per azioni*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2010, 436 ss.

(51) Cfr. sul punto Abbadessa, *Le competenze assembleari in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 13; nonché Abbadessa-Mirone, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, cit., 299, sulla "necessità di una individuazione circostanziata della riserva statutaria" del meccanismo autorizzativo.

(52) Cfr. Portale, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F.Campobasso*, II, Torino, 2006, 1 ss., 29 ss.; Angelici, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 94, con riferimento ad

operazioni che coinvolgano "la situazione della società e dell'investimento in essa nella sua *globalità*"; Maugeri, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv.soc.*, 2013, 406 ss.

(53) Cfr. Abbadessa, *L'assemblea: competenza*, in *Tratt. delle s.p.a.*, diretto da G.E.Colombo e G.B.Portale, 3\*, Torino, 1993, 16 s.

(54) Cfr. *op.ult.cit.*, 17

(55) *op.cit.*, 18.

(56) Cfr. Di Sabato, *Manuale delle società*, 2a ed., Torino, 1987, 374 s.; posizione poi modificata con l'avvento della riforma, e cfr. ora la 3a ed. agg. da A.Blandini, 2011, p. 325, secondo cui in mancanza di previsione statutaria ex art. 2364 n. 5 c.c. la sottoposizione all'assemblea di questi casi "può essere considerata un atto di mera opportunità".

(57) *op.cit.*, 12

(58) Cfr. Portale, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Riv.dir.civ.*, 2014, 142; analogamente Maugeri, *op.cit.*, 417 nt. 256.

(59) Cfr. Portale, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., 14; Maugeri, *op.cit.*, 411; Cerrato, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il "sovrano" ha veramente abdicato?*, in *Riv.dir.civ.*, 2009, II, 144, che individua quale *fil rouge* delle competenze espressamente riconosciute dalla legge, in atto o come possibile opzione statutaria, all'assemblea in materia gestoria la pertinenza all'area ibrida degli atti di gestione idonei ad incidere sul versante organizzativo, modificando il grado di rischio dell'investimento (*ivi*, 155 ss.)

(60) Abbadessa, *L'assemblea: competenza*, cit., 13 ss.

(61) Cfr. *ivi*.

(62) Cfr. *op.cit.*, 14

(63) Cfr. Abbadessa, *Le competenze assembleari in materia di gestione nella s.p.a.*, cit., 14; Abbadessa-Mirone, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, cit., 310; Guizzi, *sub art. 2380 bis*, in *Comm.cod.civ.*, diretto da E.Gabrielli, Torino, 2015, 77, testo e nota 12. La conseguenza criticata è peraltro negata da alcuni sostenitori dell'indirizzo in discorso, secondo i quali essa non sarebbe inevitabile: cfr. Portale, 33; Maugeri, *op.cit.*, 409 s.

(64) Cfr. Guizzi, *sub art. 2380 bis*, cit., 77 s., evidenziando anche i limiti della possibile tutela reale, a mezzo di impugnazione delle deliberazioni sulle ipotizzate competenze assembleari in discorso.

(65) Cfr. Abbadessa, *L'assemblea: competenza*, cit., 21 ss.

(66) Cfr. Abbadessa-Mirone, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, cit., 305 ss.; v. pure Abbadessa, *Le competenze assembleari in materia di gestione nella s.p.a.*, cit., 15; Libertini, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv.dir.soc.*, 2008, 222, nt. 58.

(67) Cfr. Abriani, *L'assemblea*, cit., 442, nt. 26

(68) Cfr. Abbadessa, *L'assemblea: competenza*, cit., 15; Id., *Le competenze assembleari in materia di gestione nella s.p.a.*, 15; Abbadessa-Mirone, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, cit., 305.

(69) Cfr. Abbadessa, *L'assemblea: competenza*, cit., 21

(70) *Op.cit.*, 28

(71) Cfr. Angelici, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Tratt. Schlesinger*, Milano, 2012, 355 nt. 26

(72) Portale, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, cit., 143.

(73) V. Abbadessa, *L'assemblea: competenza*, cit., 21.

(74) Cfr. *op.cit.*, 23

(75) Cfr. Abbadessa, *L'assemblea: competenza*, cit., 24

(76) *Loc.cit.*

(77) Cfr. Cass., 4 ottobre 2010, n. 20597, in *Riv.dir.comm.* 2011, II, 308 ss., con severa nota critica di Ferro-Luzzi, *La società tra l'oggetto ed il soggetto*, *ivi*.

(78) V. Cass., 3 marzo 2010, n. 5152, cit. (ove la precisazione per cui, ferma l'inapplicabilità della distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione prevista dal codice civile in relazione ai beni degli incapaci - ex artt. 320, 374 e 394 - "i poteri dell'amministratore di una società sono già limitati agli atti di ordinaria amministrazione, intesi come tutti quelli rientranti nell'oggetto sociale"), ribadendo la linea già espressa prima della riforma del 2003 da Cass., 26 marzo 1997, n. 2674, in *Contratti*, 1997, 359; Cass., 12 marzo 1994, n. 2430, in *Foro it.*, 1995, I, 1305; Cass., 18 giugno 1987, n. 5353, in *Dir. Fall.*, 1987, II, 587. Cfr. anche Campobasso, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, cit., 357 s.: "La competenza degli amministratori viceversa cessa, per lasciare il campo a quella dell'assemblea, quando si tratta di iniziative che comportano una sostanziale modifica, diretta o



indiretta, dell'oggetto sociale (ad esempio, radicale mutamento del tipo di attività di impresa fissato nell'atto costitutivo; "trasformazione" da società operativa in *holding* pura). Sono queste decisioni che spettano all'assemblea ed all'assemblea straordinaria".