

# GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

**38.6** Novembre-Dicembre 2011

Pubblicazione bimestrale

ISSN 0390-2269

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003  
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

**Di particolare interesse in questo numero:**

Pratiche commerciali scorrette

Rinegoziazione dei contratti derivati

Fideiussione della controllata in favore della controllante

Patti parasociali *per facta concludentia*



GIUFFRÈ EDITORE

CASSAZIONE CIVILE — III Sezione, 4 ottobre 2010, n. 20597 — TRIFONE *Presidente*  
— PETTI *Estensore* — Alpe Invest s.r.l. (avv. A. Lillo) c. Banca Intesa s.p.a. (avv. B. Gargani, A. Ricci).

**Società di capitali - Amministratore unico - Conflitto d'interessi - Disciplina - Art. 1394 c.c.**

(Codice civile, artt. 1394, 2384-*bis*).

**Società di capitali - *Interlocking directorates* - Stesso amministratore unico della società fideiubente e della società garantita - Annullabilità - Fattispecie.**

**Società di capitali - Amministratori - Poteri - Limite derivante dall'oggetto sociale - Come limite all'iniziativa economica ex art. 41 Cost. - Interesse dei creditori - Rilevanza costituzionale.**

(Codice civile, artt. 1394, 2384-*bis*).

**Società di capitali - Amministratori - Atto *ultra vires* - Autorizzazione unanime dell'assemblea totalitaria - Nullità.**

(Codice civile, artt. 1394, 2384-*bis*).

*La disciplina dei poteri di rappresentanza dell'amministratore unico di società di capitali è da ravvisare nell'art. 1394 c.c. (1).*

*È annullabile per conflitto d'interessi la fideiussione prestata ad una banca da parte di una società di capitali a favore di altra società, entrambe rappresentate dallo stesso amministratore unico (nella specie: la società garantita era in evidente stato di decozione, l'importo garantito superava l'entità del capitale della società garante, il cui statuto non conteneva nell'oggetto sociale la previsione della prestazione di garanzie a favore di terzi) (2).*

*Il limite dell'oggetto posto ai poteri degli amministratori tutela l'interesse non solo dei soci, ma anche dei creditori sociali, con ciò limitando la libertà d'iniziativa economica della società in considerazione dell'utilità sociale prevista dall'art. 41, 2 co., Cost. (3).*

*La deliberazione totalitaria ed unanime dell'assemblea che, senza modificare l'oggetto sociale, autorizzi al compimento di un atto estraneo all'oggetto medesimo è nulla (coinvolgendo nella nullità, ai sensi dell'art. 2384-*bis*, ora abrogato, l'atto così compiuto) (4).*

(*Omissis*).

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 6. Il ricorso merita accoglimento in relazione ai primi due motivi di censura, restando assorbiti gli altri; la cassazione avviene con rinvio e con la puntualizzazione dei principi di diritto cui la corte del rinvio deve attenersi.

Per chiarezza espositiva si procede alla sintesi descrittiva dei motivi; quindi verranno in esame i motivi accolti e successivamente quelli assorbiti.

6.A. Sintesi descrittiva. Nel primo motivo si deduce *error in iudicando* per la violazione degli artt. 1394 e 1395 c.c., in relazione allo art. 306 c.p.c., n. 3; insufficiente o contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia in relazione alla mancata ricostruzione della situazione di conflitto di interessi esistente tra la società obbligata a prestare la garanzia ed il suo amministratore che stipula tale garanzia. Si censura in particolare quella parte della motivazione — ff. 12 a 14 — della Corte di

1548/II

appello, che sostiene che la previa deliberazione totalitaria della assemblea dei soci esclude in radice la configurabilità di una situazione di conflitto e per l'effetto nega che alla fattispecie possano applicarsi le regole generali degli artt. 1394 e 1395 c.c.

Nel secondo motivo si deduce *error in iudicando* per violazione degli artt. 2384 e 2384-bis c.c., in relazione allo art. 360 c.p.c., n. 3, ed il vizio della motivazione insufficiente e contraddittoria su punto decisivo relativo alla definizione del fatto dannoso controverso. In particolare si censurano gli argomenti espressi a pag. 14 e 15 della motivazione — nel punto in cui, malgrado fossero posti in evidenza due punti decisivi, in relazione al fatto che la fideiussione non fosse coerente o pertinente con lo oggetto sociale della Alpe Invest, ed alla concomitante circostanza che la natura di atto *ultra vires* fosse nota o riconoscibile da parte del Banco Ambrosiano, la Corte di appello non li ha considerati come elementi integranti i requisiti della disciplina di cui alle norme richiamate, affermando un principio giuridico incoerente, che viene riprodotto in termini “la efficacia del singolo atto, se pur non riconducibile allo oggetto sociale, allorchando lo stesso figuri conforme alla volontà unanime dei partecipanti, non può ritenersi revocabile in dubbio, non venendo in rilievo, per i fini che qui occupano, neppure le modalità di azione di detto atto”.

Nel terzo motivo si deduce la nullità della sentenza per omessa pronuncia e violazione dello art. 112 c.p.c., in relazione allo art. 360 c.p.c., n. 4, sul rilievo che la Corte di appello, confermando il decreto ingiuntivo, anche per gli interessi ultralegali, ha ommesso di considerare la domanda delle ingiunto diretta a far valere gli interessi al saggio legale, non avendo contrattato altri interessi.

Nel quarto motivo si deduce sostanzialmente *error in iudicando* sul punto in cui la Corte di appello considera assorbita la domanda risarcitoria proposta contro le banche.

6.B. Esame dei motivi meritevoli di accoglimento. Il primo motivo merita accoglimento, in relazione alla situazione di fatto descritta come *res controversa* e nel contraddittorio sostanziale tra le parti.

La fattispecie considerata dai giudici di merito attiene alla verifica della validità di una fideiussione come atto compiuto dall'amministratore unico ed in nome della società ed in conflitto di interessi con la stessa, impegnando la garanzia della società *ultra vires* — ben oltre il capitale sociale — ed in favore di altra società collegata ma in evidente decozione. La fideiussione garantisce la Banca con un capitale societario ed una garanzia *omnibus*, con gravissimo danno per il capitale societario.

La disciplina dell'atto compiuto dallo amministratore unico, correttamente si rinviene nello art. 1394 c.c., come da giurisprudenza di questa Corte, recentemente consolidatasi — vedi Cass. 2000 n. 4505, 2006 n. 1525 e 2007 n. 15879.

Il rapporto organico esistente tra società di capitali ed amministratore sociale, non esclude la esistenza di un rapporto rappresentativo, tra la prima e il secondo. Sono allora applicabili le norme generali invocate che regolano il conflitto di interessi o il contratto con sé stesso.

La situazione in essere, rispetto alla fattispecie oggetto del giudizio, appare quella di contratto concluso dal rappresentante amministratore unico in conflitto di interessi con la società rappresentata, che infatti propone azione di annullamento ai sensi dell'art. 1394 c.c.

La esclusione del conflitto, motivata dalla Corte di appello, a ff. 12 e 13 della sentenza, appare giuridicamente errata — vedi Cass. 2008 n. 25361 — per la sua apoditticità, in quanto ritiene che la deliberazione totalitaria della assemblea dei soci, abbia una natura autorizzatoria sanante della illiceità che inerisce alla delibera stessa, dovendosi ritenere che i soci, debitamente informati dal loro *dominus* o amministratore

unico, abbiano deliberato di rovinare una società di capitali solvente, in favore di altra società in evidente e nota decozione.

Se il nodo centrale della controversia deve essere individuato nell'interesse tutelato, al momento in cui l'amministratore unico agisce, ma in cumulo di incarichi con le due società, la valutazione della rilevanza di una delibera illecita essendo contraria all'oggetto sociale e dannosa per i terzi creditori, ad eccezione della banca favorita, non era in termini di irrilevanza, ma doveva essere considerata come indice certo di un interesse conflittuale, per la incompatibilità delle esigenze tra le due entità societarie vedi da ultima Cass. n. 23330/07.

Anche il secondo motivo merita accoglimento.

La Corte di appello — alla pag. 15 della motivazione — esclude la applicazione della disciplina dell'art. 2384-bis c.c., vigente al tempo del contratto, e della generale disciplina disposta dall'art. 1387 c.c. e ss., sul rilievo che la esorbitanza dello atto compiuto rispetto allo oggetto sociale, non produce effetti invalidanti su tale atto, quando lo stesso risulti autorizzato previamente dalla assemblea totalitaria dei soci.

La motivazione appare apodittica e giuridicamente errata. Apodittica in quanto postula che una assemblea di soci possa convalidare un atto illecito ed in contrasto con quella utilità sociale che l'oggetto sociale della impresa di capitali persegue ai sensi dello art. 41 Cost., comma 2, nel testo ancora vigente. Autorevole dottrina, che questa Corte condivide, sottolinea come la disciplina che regola i limiti del potere di rappresentanza dell'organo amministrativo di una società non risulta posta nell'interesse dei soci, ma anche dei terzi, in primo luogo dei creditori della stessa società e che la tutela degli interessi di questi ultimi impone, nel caso di necessità di un atto contrario allo statuto, una modifica dello stesso e seguendo il procedimento previsto dalla legge.

Nel caso di specie dunque l'atto autorizzativo totalitario ma illecito, per la violazione dell'oggetto sociale, che appare posto a garanzia della stessa compagine sociale e del c.d. ordine pubblico economico — di cui al citato art. 41 Cost., comma 3, da coordinarsi, per la sicurezza dei rapporti economici, con la utilità sociale della impresa, rendeva evidente anche la lesione del citato art. 2384-bis, potendosi rilevare anche di ufficio una nullità di una delibera che autorizza previamente e *contra legem* un atto estraneo all'oggetto sociale e destabilizzante il capitale societario in favore di un terzo.

7. In conclusione, i principi di diritto cui viene vincolato il giudice del rinvio, in relazione alla fattispecie in concreto accertata, *iuxta alligata et probata*, attengono.

Quanto al primo motivo, al rilevamento del vizio della volontà negoziale ai sensi dello art. 1394 c.c., come regola della situazione di conflitto di interessi posta in essere dall'amministratore unico in nome della società ed in conflitto di interessi con la stessa: l'atto conflittuale, nella specie una fideiussione, appare viziato, di per se, da annullabilità, deducibile proprio dalla società obbligatasì alla garanzia per il tramite del suo rappresentante organico.

Quanto al secondo motivo, al rilevamento del collegamento progettuale tra la previa autorizzazione della assemblea totalitaria, orientata dallo amministratore unico ma bicefalo — per l'identico incarico con la società garantita — e l'atto illecito *ultra vires*, per la garanzia fideiussoria data ad una società decotta, con il concorso attivo e negoziale della banca, la violazione delle norme speciali sulla rappresentanza di cui all'art. 2384-bis c.c., determina violazione di norma imperativa e posta in relazione al limite dell'interesse pubblico e sociale delle imprese, che attiene alla ricostruzione dell'oggetto sociale come vincolante per le imprese, come appare evidente e dalle norme costituzionali vigenti e dalle norme europee da cui derivano le più recenti riforme proprio in materia societaria.

Se lo scopo sociale corrisponde al limite legale e virtuoso delle imprese, l'atto *ultra*

*vires* compiuto dall'amministratore, con il concerto di soci avventurosi, non viola semplicemente il limite convenzionale dei poteri di rappresentanza, ma viola disposizioni di leggi imperative, anche di rango costituzionale, derivandone in linea di principio, la nullità dello atto stesso e la conseguente impossibilità di una sua autorizzazione preventiva o ratifica.

8. Ragioni dello assorbimento del terzo e quarto motivo.

L'assorbimento del terzo motivo, relativo alla misura degli interessi convenzionali, deriva dalla invalidazione della fideiussione in accoglimento dei primi due motivi; l'assorbimento del quarto relativo alla domanda risarcitoria, deriva dalla rivalutazione del fatto dannoso, *iusta alligata et provata*, che appare opportuno rimettere al giudice del rinvio.

9. Il giudice del rinvio, Corte di appello di Venezia, provvederà anche in ordine al riparto delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso per il primo e secondo motivo, assorbiti il terzo ed il quarto, cassa in relazione e rinvia anche per le spese del giudizio di cassazione, ad altra sezione della Corte di appello di Venezia.

---

**(1-4) Invalidità per conflitto di interessi e per estraneità all'oggetto sociale della fideiussione prestata da una società a favore di un'altra.**

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il conflitto d'interesse dell'amministratore unico: la disciplina applicabile. — 3. L'esistenza del conflitto di interessi nel caso concreto di un gruppo di società. — 4. Configurabilità del conflitto di interessi in caso di autorizzazione assembleare assunta all'unanimità? — 5. (*segue*): la pronuncia della Cassazione. Rinvio. — 6. L'estraneità della prestazione della garanzia per debito altrui all'oggetto sociale: i criteri su cui fondare la valutazione. — 7. (*segue*): l'estraneità della fideiussione all'oggetto sociale della fideiubente compiuto dalla Corte. — 8. (*segue*): l'autorizzazione assembleare dell'atto *ultra vires*: la tesi della giurisprudenza maggioritaria. — 9. L'invalidità dell'autorizzazione assembleare dell'atto *ultra vires* nel caso in esame. — 10. (*segue*): qualche osservazione critica. — 11. (*segue*): conseguenze dell'impostazione della dottrina prevalente. — 12. Qualche ulteriore osservazione in merito agli interessi tutelati dal divieto di porre in essere atti estranei all'oggetto sociale. — 13. (*segue*): riesame della pronuncia della Cassazione alla luce degli argomenti appena esposti. — 14. (*segue*): le conseguenze sull'atto compiuto dall'amministratore unico. — 15. Il compimento di atti estranei all'oggetto sociale nella disciplina riformata della s.r.l. — 16. L'opponibilità dell'atto contrario all'oggetto sociale dopo la riforma del diritto societario: qualche spunto. — 17. *Segue*: la prova del dolo del terzo. — 18. La validità della decisione di un atto estraneo all'oggetto sociale dopo la riforma. — 19. La sanzione per il compimento di un atto *ultra vires* dannoso per i creditori nella nuova disciplina della s.r.l.

1. *Premessa*. — La validità di una fideiussione prestata da una società per garantire il debito di un'altra verso una banca può essere contestata — come si rinviene in dottrina ed in giurisprudenza — sotto un duplice profilo: a) quello del conflitto di interessi; b) quello dell'esorbitanza dell'atto dall'oggetto sociale della garante <sup>(1)</sup>. Per la

---

<sup>(1)</sup> Quanto si dice nel testo trova conferma già in due risalenti pronunce della Cassazione (25 ottobre 1958 e 20 giugno 1958, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, II, 27) ed in

verità, la giurisprudenza che si è pronunciata sulla fattispecie — analizzandola dal punto di vista del diritto societario, anziché, da quello del diritto fallimentare <sup>(2)</sup> — dimostra come sovente i due profili siano stati sovrapposti <sup>(3)</sup>, sollevando le critiche di parte della dottrina occupatasi dell'argomento <sup>(4)</sup>.

Sotto questo aspetto, al contrario, la sentenza in esame si caratterizza per il fatto che la garanzia prestata a favore di un'altra società è stata valutata considerando separatamente <sup>(5)</sup> il profilo dell'estraneità dall'oggetto sociale da quello del conflitto di interessi <sup>(6)</sup>.

---

FERRI, *Fideiussione prestata da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, ivi (come nota alle sentenze appena citate). Più recentemente v. anche Cass., 11 dicembre 2006, n. 26325, in *Giust. civ.*, 2006, 12, I, 2679; MIOLA, *Atti estranei all'oggetto sociale ed autorizzazioni e ratifiche assembleari dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 275 ss., (nt. 23); R. SANTAGATA, *Oggetto sociale ed articolazioni dell'attività imprenditoriale*, in *Riv. soc.*, 2007, 1258 ss.; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 772, (nt. 12).

<sup>(2)</sup> Al riguardo, ed in particolare per quanto concerne il profilo della revocatoria fallimentare delle garanzie infragruppo, si rimanda a BENEDETTI, *Gratuità ed onerosità delle garanzie per debito altrui a seguito della riforma della disciplina della revocatoria fallimentare*, in questa *Rivista*, 2010, I, 864 ss.

<sup>(3)</sup> Cfr. Cass., 11 dicembre 2006, n. 26325, (nt. 1); Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 220, ove si afferma che le garanzie e i pagamenti per debiti altrui, nei rapporti infragruppo, possono essere considerati estranei all'oggetto sociale non di per sé, ma solo in quanto non sia riscontrabile alcun collegamento neppure mediato ed indiretto con l'interesse della società; Cass., 10 aprile 1999, n. 3514, in questa *Rivista*, 2000, II, 593; Cass., 15 giugno 2000, n. 8159, in questa *Rivista*, 2002, II, 34; Trib. Bologna, 22 giugno 1999, in questa *Rivista*, 521; App. Milano, 7 aprile 2004, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, II, 199 ss.; ma anche CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires dieci anni dopo*, in *Riv. soc.*, 1980, 764; BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale e potere di rappresentanza*, in questa *Rivista*, 2004, I, 928 nt. 7, il quale afferma che l'atto «in contrasto con l'interesse sociale... in genere... [è] anche estraneo all'oggetto sociale»; ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2000, 451 ss. e la giurisprudenza citata nt. 188; CORSO, *Autorizzazione preventiva dell'assemblea dei soci e compimento di atti estranei all'oggetto sociale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 971; MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in questa *Rivista*, 1995, I, 731 e 735, il quale ravvisa la causa della sovrapposizione nella progressiva complessità della nozione di interesse sociale e soprattutto nella «forte compenetrazione di elementi relativi all'attività... con il concetto di interesse sociale»; BIANCA, *Oggetto sociale ed esercizio dell'impresa nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2008, 90 e la dottrina cit., (nt. 108).

<sup>(4)</sup> ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in questa *Rivista*, 2001, I, 621 ss.; R. SANTAGATA, (nt. 1), 1258 ss.; ENRIQUES, (nt. 3), 455 ss.; DACCÒ, *Alcune osservazioni in tema di estraneità all'oggetto sociale nei gruppi di società*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, I, 76 ss.; VISCUSI, *Brevi osservazioni in tema di conflitto d'interessi, atti ultra vires e professionalità del banchiere*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, II, 201; MONACI, *Una nuova pronuncia della Cassazione in tema di limiti alla validità delle garanzie infragruppo*, in questa *Rivista*, 2002, II, 59 ss.

<sup>(5)</sup> Nel far ciò, peraltro, la pronuncia in commento — uniformandosi alla maggior parte delle sentenze precedenti — ha giudicato la fattispecie concreta iniziando da quest'ultima prospettiva. Questa circostanza deve essere rilevata se non altro perché in base al diritto societario vigente a seguito del d.lgs. 6/2003 è probabilmente preferibile anteporre la trattazione relativa all'oggetto sociale rispetto a quella concernente il conflitto di interessi, in modo da rispettare la successione delle limitazioni al potere di gestione degli amministratori prevista dal codice civile [per il rilievo BIANCA, (nt. 3), 233-234]: come risulta chiaramente dal nuovo art. 2380-bis c.c. il potere di gestione trova, anzitutto, un preciso limite nel compimento delle sole operazioni funzionali all'attuazione dell'oggetto sociale, le quali devono, poi, essere poste in essere nell'interesse della società.

<sup>(6)</sup> Per un esame separato dei profili del conflitto di interessi e dell'estraneità all'og-

2. *Il conflitto d'interesse dell'amministratore unico: la disciplina applicabile.* — Nel sancire l'annullabilità della fideiussione oggetto della controversia per conflitto di interessi del comune amministratore unico sia della società garante (Alpe Invest) sia della società debitrice principale (Piemmeti), la Cassazione si è uniformata all'opinione pacifica <sup>(7)</sup> secondo la quale l'art. 1394 c.c. «rappresenta un principio generale,

---

getto sociale di una fideiussione rilasciata dall'amministratore unico di due società v. anche Cass., 21 novembre 2008, n. 27783, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1598; conf. Cass., 12 dicembre 2007, n. 26011, in *Riv. not.*, 2008, 6, 1447; App. Milano 7 aprile 2004, (nt. 3); Cass., 7 giugno 2001, n. 7136, in *Società*, 2001, 1348. V. anche BIANCA, (nt. 3), 251 ss., il quale, pur constatando l'osmosi fra le due categorie concettuali del conflitto di interessi e dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale, afferma la necessità di mantenerle distinte (v. nt. prec.).

<sup>(7)</sup> L'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 1394 c.c. pone, tuttavia, due problemi.

a) In primo luogo la lettera di questa disposizione non contempla — a differenza dell'art. 2391 c.c. e 2487 c.c. previgenti — l'ipotesi del rappresentante che abbia, *per conto di terzi*, un interesse in conflitto col rappresentato. Se all'interpretazione letterale dovesse assegnarsi un peso decisivo, la norma generale sul conflitto di interessi non risulterebbe applicabile alla fattispecie in esame, in quanto in essa l'*interlocking director* aveva non un interesse proprio in senso stretto alla concessione di una fideiussione, quanto, semmai, un interesse «per conto» della società debitrice principale da lui stesso amministrata. Tuttavia, l'applicabilità della disposizione anche al caso del conflitto di interessi c.d. indiretto è pacificamente ammessa sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza [v. D'ALESSANDRO, *Amministratore unico di s.p.a. appartenente a un gruppo e conflitto d'interessi «per conto altrui»*, in *Riv. dir. impr.*, 1990, 43 ss.; Cass., 25 giugno 1985, n. 3836, in *Giur. it.*, 1986, I, 886]. Pertanto la Cassazione ha correttamente applicato l'art. 1394 c.c. alla fideiussione rilasciata dall'amministratore della Alpe Invest. D'altronde, il mancato espresso riferimento della lettera di quest'ultima norma all'interesse «per conto di terzi» costituisce un limite alla possibilità di ricorrere all'art. 1394 c.c. facilmente superabile: quando l'amministratore è mandatario o rappresentante di un terzo, «è agevole rinvenire in capo» allo stesso «che ha interesse per conto di terzi, anche un interesse proprio» (per. es. quello a mantenere in vita la carica nella società amministrata o a vedersela rinnovata) [v. ENRIQUES, (nt. 3), 154 che considera l'espressione «per conto di terzi» un pleonasma. E già MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956, 406; D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 49 ss.; PREITE, *L'abuso di maggioranza*, nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni, Milano, Giuffrè, 1992, 124].

b) È convincimento comune che la contemporanea assunzione della qualità di amministratore in due o più società non comporti, di per sé, l'insorgere del conflitto d'interessi [R. SANTAGATA, *Interlocking directorates ed «interessi degli amministratori» di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, 343; Id., *Il gruppo paritetico*, Torino, Giappichelli, 2001, 217; D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 51; Cass., 10 aprile 1999, n. 3514, in *Società*, 1999, 1195; Trib. Velletri, 27 aprile 1992, in *Dir. fall.*, 1993, II, 355; Trib. Milano, 17 dicembre 1984, in *Società*, 1985, 617; Trib. Padova, 20 ottobre 2004, in *Massimario delle giurisprudenza civile patavina*, 2009, ove si afferma che non è sufficiente la situazione di *interlocking directorate* per poter accertare che la garanzia prestata dal medesimo amministratore di due società è annullabile per conflitto di interessi, a prescindere dall'indagine sui vantaggi e sui danni derivanti per le società coinvolte nell'operazione; in senso contrario, ci sembra, SPADA, *L'amministratore della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 243 ss.]. La questione sembra da ricondurre, più in generale, alla differente identificazione dei presupposti necessari all'applicazione dell'art. 1394 c.c. da parte della giurisprudenza teorica e pratica pronunciatasi sulla rappresentanza in ambito civilistico, da un lato, e in materia societaria, dall'altro. La prima, infatti, suole identificare la causa di invalidità di cui all'art. 1394 c.c. in una *situazione relativa al rappresentante*, esistente al momento del perfezionamento del contratto e capace di generare — in riferimento a tale momento — un pericolo di danno [PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, Giuffrè, 1965, 124 ss.; la dottrina citata da MONTMAGGI, *Sull'applicabilità della disciplina del conflitto di interessi ex art. 1394 c.c. alle operazioni*

applicabile come tale e nel concorso dei suoi presupposti in ogni caso di conflitto di interesse, ed anche quando il conflitto sorge fra società ed amministratori, per gli atti negoziali compiuti da questi ultimi in rappresentanza della società...» (8).

L'applicazione della norma generale in materia di conflitto di interessi del rappresentante col rappresentato, piuttosto che della disciplina del contratto con sé stesso (art. 1395 c.c.) appare appropriata anche nel caso in esame (9). Infatti, la fideiussione per

---

negoziali infragruppo, in Riv. dir. comm., 445, (nt. 11), e la giurisprudenza cit., (ntt. 19 e 20)]. Un orientamento differente si è invece affermato in relazione all'annullabilità, sempre ex art. 1394 c.c., del contratto concluso dall'amministratore unico: rispetto a questa fattispecie è stata sostenuta l'imprescindibilità della verifica della concreta frustrazione dell'interesse della società tramite il contratto stesso (ANGELICI, Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c. in Riv. dir. comm., 1970, 104; MONTEMAGGI, op. cit., 448 ss.; G. VISINTINI, Art. 1394 c.c., in GALGANO (a cura di), Commentario al codice civile Scialoja-Branca, artt. 1372-1405, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del «Foro italiano», 1995, 282, proprio con specifico riferimento alla giurisprudenza in materia societaria; in giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cass., 8 novembre 2007, n. 25300, in Giust. civ. mass., 2007, 11; Cass., 17 ottobre, 2008, n. 25361, in Giust. civ. mass., 2008, 10, 1494). Coerentemente con quest'ultimo orientamento, la Cassazione anche nella pronuncia in commento ha valutato il concreto esercizio del potere di rappresentanza da parte dell'unico amministratore sia della garante (Alpe Invest) che della debitrice principale (Piemmeti); ed ha ritenuto di ravvisare il conflitto di interesse fra la Alpe Invest e il proprio amministratore unico non già soltanto nella situazione di intellocking directorate in cui quest'ultimo si trovava, bensì anche nel fatto che la fideiussione era stata prestata per un importo superiore al capitale sociale — con conseguente rischio di rovinare una società solvente — ed in favore di un'altra società in stato di decozione. Dunque si è valutata la concreta frustrazione dell'interesse della garante e il pregiudizio da essa subito (v. sul punto infra prgr. successivo).

(8) Così Cass., 20 maggio 1961, n. 1199, in Dir. fall., 1961, II, 776 e la giurisprudenza cit. in ENRIQUES, (nt. 3), 427 nt. 99 cui adde Cass., 10 aprile 2000, n. 4505, in Giur. it., 2001, 477; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1525, in questa Rivista, 2007, II, 599; Cass., 17 luglio 2007, n. 15879, in Giust. civ. mass., 2007, 7-8; in dottrina v. gli autori cit. da ENRIQUES, (nt. 3), 423, (nt. 91); ma contra FERRI, (nt. 1), 943, sulla base dell'immedesimazione organica degli amministratori con la società (opinione tuttavia respinta dalla giurisprudenza); ABBADESSA, La gestione dell'impresa nelle società per azioni, Milano, Giuffrè, 1974, 145 ss.; BORGIOI, L'amministrazione delegata, Nardini, Firenze, 1986, 189, per incompatibilità fra il criterio della riconoscibilità del conflitto accolto nell'art. 1394 c.c. e il grado di tutela garantito alla controparte dall'art. 2384 c.c. previgente la riforma. La prima tesi appena menzionata trova conferma, a seguito della riforma del diritto societario, per le s.r.l. (come la Alpe Invest) nell'art. 2475-ter che, nel disciplinare il conflitto di interessi degli amministratori (che sono organi della società) richiama fedelmente la norma generale in materia di conflitto di interessi del rappresentante [v. LUPETTI, Conflitto di interessi dell'amministratore unico di società di capitali, in Società, 2005, 1235 ss. ed ENRIQUES-POMELLI, sub art. 2391, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), Il nuovo diritto delle società, Padova, Cedam, 2005, I, 774, secondo cui la norma citata è applicabile anche all'ipotesi di amministratore unico]. Riguardo alle differenze tra s.p.a. ed s.r.l. in merito al conflitto di interessi degli amministratori si rinvia ad ABRIANI, (nt. 4), 416 ss.

(9) V. R. SANTAGATA, (nt. 7), 224, il quale nega l'applicazione dell'art. 1395 c.c. per le operazioni (esaminate dalla giurisprudenza [v. SANTAGATA, op. cit., (nt. 159)] consistenti nel trasferimento (per es. per compravendita) di un bene da una società ad un'altra in quanto è in limine da escludersi che la presenza di un intellocking directorate implichi la ricorrenza della fattispecie del contratto con se stesso (disciplinata specificamente all'art. 1395 c.c.): le operazioni di cui deve essere valutata la validità non risultano di regola compiute dall'amministratore comune come doppio rappresentante di due società. Il medesimo Autore, (nt. 158), sottolinea che, in Germania, al contrario, la dottrina ravvisa nelle ipotesi di legami personali negli organi amministrativi delle società (con specifico riguardo al caso del Gleichordnungskonzern, la cui esistenza non pare però decisiva ai fini della conclusione che si sta riportando) una violazione del divieto di autocontrarre ex § 181 BGB (norma corrispondente al nostro art. 1395 c.c.).

debiti altrui, oggetto di un contratto fra il garante e il creditore garantito (ossia il Banco Ambrosiano Veneto), aveva per parti esclusivamente questi ultimi — come insegna la dottrina civilistica che ha studiato l'istituto specificamente <sup>(10)</sup> —, mentre la debitrice principale risultava estranea all'atto.

Quindi l'amministratore unico della Alpe Invest non aveva contratto la fideiussione con il Banco Ambrosiano Veneto «... come rappresentante di un'altra parte» (art. 1395 c.c.).

### 3. *L'esistenza del conflitto di interessi nel caso concreto di un gruppo di società.*

— Nella fattispecie concreta oggetto della sentenza in esame ricorreva un'ipotesi di *interlocking directorate*, ovvero di unità direzionale di più società basata sull'identità soggettiva dei componenti dei rispettivi organi amministrativi. La società garante e la debitrice principale, infatti, avevano il medesimo amministratore unico.

A fronte di tale fenomeno, la Corte non ha provveduto in modo esplicito ad accertare l'appartenenza della società garante e di quella beneficiaria della garanzia ad un gruppo. Tale circostanza, peraltro, risulta specificamente dedotta nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo da parte del Banco Ambrosiano Veneto (successivamente fusi in Banca Intesa), dal quale la controversia ha avuto origine; e sembra essere ammessa dalla Cassazione laddove essa ha affermato che la fideiussione impugnata era stata concessa «in favore di altra società *collegata*» (corsivo aggiunto) <sup>(11)</sup>.

La circostanza di fatto dell'appartenza della garante e della debitrice principale ad un gruppo non è stata oggetto di esplicito accertamento da parte della pronuncia in commento probabilmente perché la disciplina previgente alla riforma del diritto societario — in base alla quale la controversia è stata giudicata — comprendeva varie disposizioni di diritto speciale che elevavano l'*interlocking directorate* a *indice sintomatico* dell'esistenza di un gruppo <sup>(12)</sup>.

Lo stesso, peraltro, — a parte la permanente vigenza delle disposizioni cui si è appena fatto riferimento, (nt. 20), — potrebbe valere in linea di principio anche per il diritto societario comune *post* riforma <sup>(13)</sup>.

<sup>(10)</sup> FRAGALI, voce «Fideiussione (dir. Priv.)», in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 348.

<sup>(11)</sup> L'appartenenza della Alpe Invest e della Piemmeti — rispettivamente garante e debitrice principale — ad un gruppo è riconosciuta anche da BUSANI, FUSARO, *Fideiussione Intercompany: nullità per estraneità rispetto all'oggetto sociale e annullabilità per conflitto di interessi?*, in *Società*, 2010, 1427, proprio a commento della sentenza in esame.

<sup>(12)</sup> Cfr. il combinato disposto degli artt. 25 e 60 TUB: quest'ultima norma comprende nel gruppo bancario «... la banca italiana capogruppo e le società bancarie, finanziarie e strumentali controllate»; laddove ai sensi della prima disposizione il controllo sussiste anche in caso di «assoggettamento a direzione comune in base alla *composizione degli organi amministrativi*»; l'art. 80, co. 1, n. 3 d.lgs. 270/1999, ove si definiscono «imprese di gruppo» quelle imprese «che, per la composizione degli organi amministrativi... risultano soggette ad una direzione comune a quella dell'impresa sottoposta alla procedura madre»: è evidente il riferimento agli *interlocking directorates*. Sul punto v. DACCÒ, *Commento all'art. 80*, in CASTAGNOLA-SACCHI (a cura di), *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, Torino, Giappichelli, 2000, 426 ss.

<sup>(13)</sup> Benché l'art. 2497-*sexies* c.c. ancori la presunzione di esercizio di attività di direzione e coordinamento alla disciplina generale del bilancio consolidato (art. 26, d.lgs. 127/1991) o del controllo *ex* art. 2359 c.c., che non contemplano esplicitamente il caso dell'assoggettamento a direzione comune in base alla composizione degli organi amministrativi. V. nel senso della rilevanza degli *interlocking directorates* ai fini della presunzione di attività di eterodirezione stabilità dall'art. 2497-*sexies*, IRACE, sub art. 2497-*sexies*, in SANDULLI, SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, III, 2004, Torino, Giappichelli, 351 ed implicitamente Trib. Verona 13 luglio 2007, in *Società*, 2008, 1385, con riguardo ad un caso

Il motivo per cui si insiste su questo punto è quello per cui l'appartenenza della garante e della debitrice principale al medesimo gruppo costituisce elemento rilevante proprio al fine di accertare l'esistenza del conflitto di interessi dell'amministratore unico delle stesse.

Da una parte, infatti, si è già rilevato (sopra nt. 7) come in materia societaria la dottrina e la giurisprudenza richiedano che dall'atto impugnato per conflitto di interessi derivi alla società un pregiudizio effettivo <sup>(14)</sup>.

Dall'altra, anche anteriormente alla riforma del diritto societario <sup>(15)</sup>, si è esclusa <sup>(16)</sup> la sussistenza del conflitto di interessi rispetto ad un'operazione infragruppo *pregiudizievole* per la singola società aggregata, qualora *dall'appartenenza al gruppo* fossero derivati alla società medesima vantaggi idonei a compensare il danno da questa sofferto <sup>(17)</sup>.

---

di totale coincidenza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo di due società; R. SANTAGATA, (nt. 7), 323-324 (cui si rimanda anche per ampie citazioni relative alla dottrina tedesca), a condizione che ricorrano anche ulteriori presupposti qualificati «quali la stretta *complementarietà* delle... attività economiche e la strumentalità dei programmi operativi al perseguimento di un unico interesse comune». Cfr. anche LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, Nardini, 1981, 85 e 87 ss., il quale sottolinea come la composizione degli organi amministrativi può rappresentare una mera presunzione semplice, un indizio di unità direzionale; Trib. Napoli, 19 ottobre 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, 489; Trib. Torino, 9 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 308; App. Catanzaro, 19 settembre 1985, in *Fallimento*, 1986, 521; Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 220; Cass., 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, 503.

<sup>(14)</sup> Oltre alla dottrina cit. sopra, v. ENRIQUES, (nt. 3), 435, secondo cui il conflitto di interessi è «comprensivo anche dell'elemento della dannosità dell'atto per la società»; FICI, *Il conflitto d'interessi dell'amministratore unico e l'art. 1394 c.c.*, in *Corr. giur.*, 1998, 669, per il quale «l'elemento del pregiudizio entra a far parte del giudizio di accertamento del conflitto di interessi e diventa requisito per... l'annullamento»; STESURI, *Il conflitto di interessi*, Milano, Giuffrè, 1999, 137.

<sup>(15)</sup> A seguito del d.lgs. 6/2003 la teoria dei vantaggi compensativi è stata normativamente recepita in relazione alla responsabilità per abuso di direzione e coordinamento prevista dall'art. 2497, co. 1, c.c.

<sup>(16)</sup> V. in dottrina per l'applicabilità della teoria dei vantaggi compensativi al fine di valutare la sussistenza del conflitto di interessi rispetto alle operazioni infragruppo (e pur con le differenze fra la versione più elastica e quella c.d. ragionieristica), MONTALENTI, (nt. 3), 724 ss.; Id., *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2318 ss.; S. ROSSI, ABRIANI, MONTALENTI, MUCCIARELLI, SACCHI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi*, in questa *Rivista*, 2002, II, 654; DENOZZA, *Rules vs. standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali*, in questa *Rivista*, 2000, 327; BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in questa *Rivista*, 1992, 209; MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Torino, Giappichelli, 1993, 140; MONACI, (nt. 4), 55 nt. 56 la quale — richiamandosi a SACCHI, *La prova della gratuità od onerosità dell'atto compiuto dall'insolvente*, in questa *Rivista*, 1992, 159 — afferma proprio in relazione agli atti infragruppo che «se l'unico interesse economico emergente alla prestazione della garanzia fosse... l'interesse dell'amministratore unico e dei soci della società beneficiaria della garanzia, seppur soggettivamente coincidenti con quelli della società agente, mancherebbe comunque ogni legame con il contratto sociale e l'atto non sarebbe riconducibile neppure alla nozione più ampia di interesse sociale». In giurisprudenza (limitatamente alle pronunce che si sono occupate di conflitto di interessi nel gruppo) v. App. Milano, 25 febbraio 2003, in *Giur. it.*, 1413; Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fallimento*, 2001, 1143 ss.; Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, 2317; la giurisprudenza ulteriore citata in MONACI, cit., 44 nt. 23; e da ultimo, in generale anche Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538, di prossima pubblicazione in questa *Rivista*. Peraltro la teoria dei vantaggi compensativi ha trovato, anche prima della riforma, applicazione rispetto a questioni ulteriori rispetto al conflitto di interessi, come per es. la valutazione della gratuità od onerosità (ai fini della revoca) delle garanzie infragruppo. Cfr. sul punto BENEDETTI, (nt. 2), 412 ss.

<sup>(17)</sup> Emblematica è la pronuncia di Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fallimento*,

Anche la sentenza in esame sembra aver applicato tale principio <sup>(18)</sup>. La Cassazione infatti non si è limitata a valutare il pregiudizio per la società garante — costitutivo della situazione di effettivo conflitto di interessi — in relazione alla fideiussione isolatamente considerata, ma ha ritenuto che la prestazione della garanzia per debito altrui non corrispondesse ad alcun interesse, nemmeno mediato ed indiretto, della Alpe Invest, in quanto — come ribadito in vari passaggi della motivazione — nessun vantaggio poteva provenire alla stessa dalla debitrice principale, che, al momento dell'atto, versava già in evidente e noto stato di decozione. In pratica, la Corte ha escluso che il vantaggio compensativo del pregiudizio conseguente alla prestazione della garanzia per debito altrui potesse derivare da un rapporto collegato a quello costitutivo della fideiussione (fra la Alpe Invest ed il Banco Ambrosiano Veneto), intercorrente fra la società garante e la debitrice principale, appartenenti al medesimo gruppo <sup>(19)</sup>.

4. *Configurabilità del conflitto di interessi in caso di autorizzazione assembleare assunta all'unanimità?* — La pronuncia in commento ha considerato irrilevante, ai fini dell'annullabilità della fideiussione, che la concessione della stessa a favore del Banco Ambrosiano Veneto fosse stata autorizzata da una delibera assembleare totalitaria della Alpe Invest, così riformando, sul punto, la pronuncia della Corte d'Appello.

Tale conclusione contrasta con l'opinione della giurisprudenza teorica e pratica prevalente.

---

2001, 1151 ss., ove si afferma che «in tutte le ipotesi in cui un atto apparentemente... pregiudizievole per la società che lo ha compiuto... è idoneo ad assicurare alla stessa vantaggi connessi alla sua appartenenza al gruppo, l'atto è valido e non in conflitto di interessi...» (corsivi aggiunti).

<sup>(18)</sup> Il principio enunciato nel testo, peraltro, trova conferma in quanto recentemente osservato in relazione proprio al problema specifico del conflitto di interessi, che vizia il contratto stipulato dall'amministratore unico di due società coinvolte nell'operazione. Se dall'art. 1395 c.c. «si evince che il conflitto può escludersi in virtù dello specifico contenuto dell'operazione, tale valutazione logica implica necessariamente il riportare la singola operazione *infragruppo* al complessivo contesto dell'*attività di direzione e coordinamento*, onde appurare l'effettiva sussistenza del pregiudizio...» (quest'ultimo da considerarsi come presupposto necessario per l'applicabilità dell'azione di annullamento ex art. 1394 c.c. alla fattispecie dell'amministratore unico di società (v. sopra) in virtù del riferimento alla potenzialità del danno alla società richiesto dall'art. 2391, co. 3, c.c. Così R. SANTAGATA, (nt. 7), 345; MONTEMAGGI, (nt. 7), 448 ss.; *contra*, nel giustificare la necessità del requisito del danno potenziale nell'art. 2391, co. 3, c.c., e la mancanza di tale presupposto ai sensi degli artt. 1394 e 2475-ter (per le s.r.l.), GABRIELLI, *Il conflitto di interessi autorizzato, in il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, in GRANELLI, STELLA (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007, 70 ss.; Cass., 21 novembre 2008, 27783, in *Mass. Giur. it.*, 2008, 1598). Corollario di tale constatazione è che «quando il danno risulta mancante alla luce del *risultato complessivo* dell'attività di direzione e coordinamento» non soltanto deve escludersi la responsabilità risarcitoria dell'amministratore comune, ma anche l'operatività della sanzione dell'annullabilità applicabile al contratto concluso in caso di *interlocking directorate* (corsivi aggiunti) (R. SANTAGATA, (nt. 7), 344 ss., cui appartiene anche il virgolettato, con riferimento alla disciplina introdotta dall'art. 2497 c.c. dopo la riforma, ma con considerazioni che, come detto nel testo, già apparivano recepite dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedente).

<sup>(19)</sup> Per maggiori approfondimenti circa il significato assunto dal riferimento costante della giurisprudenza, nell'ambito dei gruppi, al «vantaggio mediato e diretto», si rinvia (sebbene in riferimento al problema non del conflitto di interessi, ma della natura onerosa o gratuita della garanzia per debito altrui) a BENEDETTI, (nt. 2), 412 ss. (nt. 107), ove si chiarisce che con tale espressione ci si riferiva, già prima della riforma del diritto societario, ad una prestazione a favore della garante (non capogruppo), mediante un negozio collegato a quello con cui la garanzia per debito altrui era stata concessa, posto in essere dalla debitrice principale (capogruppo o società sorella).

Infatti, l'autorizzazione assembleare richiesta dall'amministratore *ex art.* 2364 comma 1, n. 4 c.c. vigente prima del d.lgs. 6/2003 (art. 2486 per le s.r.l.) è stata considerata certamente idonea ad evitare l'invalidità dell'atto compiuto dallo stesso in conflitto di interessi <sup>(20)</sup>.

Il ragionamento sotteso a tale convincimento si fondava, *ante* riforma, sull'applicazione all'atto in conflitto d'interessi compiuto dall'amministratore unico della disciplina generale della rappresentanza. Si è ritenuto, in particolare, che la norma relativa al contratto con sé stesso (art. 1395 c.c.) offriva indicazioni per identificare la fattispecie del conflitto di interessi del rappresentante (art. 1394 c.c.), in quanto l'ipotesi disciplinata dalla prima disposizione doveva considerarsi nient'altro che una *species* di quella disciplinata dalla seconda: tale legame avrebbe consentito di attribuire valenza generale ai principi sanciti in tema di autocontratto <sup>(21)</sup>. Applicando queste considerazioni alla fattispecie oggetto della pronuncia in esame, si è concluso che l'autorizzazione *ex art.* 2364, comma 1, n. 4, c.c. prev. da parte dell'assemblea della società rappresentata consentiva l'«assorbimento» del conflitto di interessi nella determinazione volontaria del *dominus*, prevista quale causa di esclusione dell'invalidità dall'art. 1395 c.c. <sup>(22)</sup>. L'annullabilità risultava, cioè, sanata dall'atto con il quale il rappresentato esprimeva una propria valutazione in ordine alla rispondenza del contratto — rispetto al quale il rappresentante si trovava in conflitto di interessi — anche al proprio interesse <sup>(23)</sup>.

Tale argomentazione, fondata esclusivamente sulla disciplina di diritto comune della rappresentanza, trovava l'avallo anche della dottrina commercialistica: «di fronte all'accordo di tutti i componenti del gruppo» — si è affermato — «non vi sono limiti nella determinazione degli interessi da perseguire in concreto» <sup>(24)</sup>.

5. (segue): *la pronuncia della Cassazione. Rinvio.* — La sentenza in esame ha giudicato la delibera assembleare intervenuta nel caso concreto non già — secondo la

---

<sup>(20)</sup> V. LUPETTI, *Conflitto di interessi dell'amministratore unico di società di capitali*, in *Società*, 2005, 1235; ENRIQUES, (nt. 3), 249 ss. e la dottrina citata a nt. 110; WEIGMANN, voce «Società per azioni», in *Digesto, Disc. priv., sez. comm.*, vol. XIV, Torino, Utet, 1997, 390. In giurisprudenza v. Cass., 8 ottobre 1970, n. 1852, in *Foro it.*, 1970, I, 2736 che ha stabilito che non è annullabile per conflitto di interessi la vendita a se stesso da parte del socio amministratore unico di una società immobiliare per azioni di due appartamenti, qualora esista un'autorizzazione preventiva da parte della totalità dei soci.

<sup>(21)</sup> *Ex multis*, cfr. GABRIELLI, *Il conflitto di interessi autorizzato*, in *Contr. e imp.*, 1999, 98 e la dottrina e la giurisprudenza citate, (nt. 1 e 2), cui *adde*, R. SANTAGATA, (nt. 7), 225; SIRENA, *Alienità dell'affare e conflitto di interessi fra rappresentante e rappresentato ex art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 95 ss.; FRANCIARIO, *Il conflitto di interessi nella rappresentanza*, in BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, XIII, Torino, Giappichelli, 2000, 70-71.

<sup>(22)</sup> FRANCIARIO, (nt. 21), 70-71; PUGLIATTI, (nt. 7), 118, il quale scrive che «non si può parlare di conflitto di interessi [in caso di autorizzazione] perché l'interesse giuridico del rappresentato prevale a qualsiasi interesse economico»; ANGELICI, (nt. 7), 147, secondo il quale in caso di autorizzazione del rappresentato «entra in gioco il principio dell'autonomia privata».

<sup>(23)</sup> PUGLIATTI, (nt. 7), 115; GABRIELLI, *Il requisito della specificatezza dell'autorizzazione a contrarre in conflitto di interessi: un eccesso di rigore moralistico*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 557.

<sup>(24)</sup> JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1964, 173, che pure indaga un fenomeno diverso da quello oggetto della sentenza in esame ovvero il conflitto di interesse in assemblea, ma con riflessioni che paiono trasponibili anche alla fattispecie in esame; il pensiero dell'autore cit. è ripreso anche in SCOTTI CAMUZZI, *La società con unico azioni sta come fenomeno tipico del gruppo di società*, in COLOMBO, PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 2\*\*\*, Torino, Utet, 1991, 785, (nt. 22).

tesi prevalente — idonea ad escludere l'annullabilità dell'atto compiuto in conflitto di interessi dall'amministratore, bensì «indice certo di un interesse conflittuale». Il giudice di legittimità, cioè, ha ravvisato nel ricorso dell'amministratore unico della Alpe Invest all'ampia previsione *ex art.* 2364, co. 1, n. 4, c.c. previgente <sup>(25)</sup> — al fine di ottenere quell'autorizzazione specifica capace di sanare l'annullabilità dell'atto in applicazione dell'art. 1395 c.c. — un sintomo inequivocabile dell'invalidità della fideiussione per conflitto di interessi <sup>(26)</sup>.

Inoltre, la Suprema Corte ha disposto che la delibera assembleare totalitaria della Alpe Invest non avesse capacità autorizzatoria rispetto all'atto compiuto in conflitto di interessi dall'amministratore unico in quanto «illecita, essendo contraria all'oggetto sociale e dannosa per i terzi creditori». Poiché tale argomentazione riguarda la contrarietà della delibera al divieto di compiere atti estranei all'oggetto sociale senza una sua preventiva modifica nelle forme prescritte dalla legge, essa verrà affrontata di seguito nei paragrafi a ciò dedicati.

6. *L'estraneità della prestazione della garanzia per debito altrui all'oggetto sociale: i criteri su cui fondare la valutazione.* — La pronuncia in esame, come già rilevato, ha valutato separatamente la validità della fideiussione prestata dalla Alpe Invest sotto il profilo (ulteriore a quello della contrarietà all'interesse sociale) della sua estraneità all'oggetto sociale.

Per giudicare il carattere *ultra vires* di un atto occorre accertarne la pertinenza — da intendersi come potenzialità strumentalità <sup>(27)</sup> — rispetto all'attività della società prevista nell'atto costitutivo.

Al riguardo è, in primo luogo, insegnamento costante della giurisprudenza teorica e pratica l'impossibilità di far riferimento al «tipo» negoziale e l'opposta necessità, invece, di valutare tale pertinenza *in concreto* <sup>(28)</sup>. Se certamente possono essere individuati atti tipicamente connessi all'attività propria dell'impresa, d'altro canto sono assai più numerosi quelli definiti neutri (ossia che di per sé, come tipi, non hanno una diretta connessione) rispetto ad una specifica attività.

Tali sono normalmente considerate anche le prestazioni di garanzie per debiti altrui <sup>(29)</sup>. Pertanto, per verificarne la pertinenza all'oggetto sociale è necessario che esse

---

<sup>(25)</sup> Ai sensi del quale gli amministratori potevano rimettere all'assemblea ordinaria gli «altri oggetti attinenti alla gestione della società».

<sup>(26)</sup> Al riguardo, però, si può rilevare che il problema centrale posto dalle particolari circostanze del caso concreto non consisteva tanto nell'accertare l'esistenza del conflitto di interessi e l'eventuale rilevanza a tal fine della delibera assembleare come indice sintomatico dello stesso, quanto nello stabilire se la delibera costituisse quell'autorizzazione specifica del rappresentato capace di escludere l'annullabilità *ex art.* 1395 c.c.

<sup>(27)</sup> V. CALANDRA BUONAURA, *Gli atti strani all'oggetto sociale*, in COLOMBO, PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 4, Torino, Utet, 1991, 190 ss. e la dottrina lì citata in nota.

<sup>(28)</sup> Fra i molti v. FERRI, *Garanzia per debito altrui, pagamento di debito altrui, e atti estranei all'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 226; LA VILLA, *L'oggetto sociale*, Cedam, Giuffrè, 1974, 260 ss.; GLIOZZI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1970, 125 ss.; CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, Padova, Milano, 1970, 39 ss.; CALANDRA BUONAURA, (nt. 27), 190 ss.; da ultimo MONACI, (nt. 4), 41 ss. e la giurisprudenza cit. spec. a nt. 15; le ampie citazioni in nota a App. Roma, 22 febbraio 1996, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, 535-536.

<sup>(29)</sup> Per il riferimento agli atti neutri v. LA VILLA, (nt. 28), 261; e da ultimo BIANCA, (nt. 3), 155 ss. proprio con riferimento alla prestazione di garanzie; App. Milano, 7 aprile 2004, in questa *Rivista*, 2006, II, 301; App. Bologna, 15 novembre 2002, in *Fallimento*, 2003, 1191.

siano in concreto finalizzate al soddisfacimento di un interesse economico della società fideiubente <sup>(50)</sup>.

Questo principio generale viene applicato anche alle garanzie prestate per debito altrui nell'ambito dei gruppi <sup>(51)</sup>. In tale contesto si esclude, tuttavia, che l'interesse economico <sup>(52)</sup> idoneo a giustificare l'operazione sotto il profilo della pertinenza all'oggetto sociale possa presumersi in virtù della mera appartenenza delle società interessate al gruppo <sup>(53)</sup>. Al contrario, è comunque ritenuta necessaria «la verifica della sussistenza in concreto» — il che rimanda al principio più generale sopra enucleato — «di un collegamento logico-funzionale potenziale tra gli effetti mediati e riflessi dell'operazione e l'attività economica della società disponente» <sup>(54)</sup>.

È proprio in ordine all'applicazione di questo principio — il quale impone l'esigenza di considerare la potenziale idoneità di un atto a soddisfare un interesse economico della società disponente tenendo conto di *tutte le circostanze del caso concreto* — che l'appartenenza al gruppo diviene fattore rilevante al fine del giudizio di pertinenza della garanzia all'oggetto sociale.

La giurisprudenza pronunciata sulla questione verifica, infatti, se dalla concessione della garanzia infragruppo — pur pregiudizievole se isolatamente considerata — possano derivare vantaggi, anche mediati ed indiretti, per la società disponente *nell'ambito dei rapporti con le altre società aggregate*, in virtù della strumentalità dell'operazione ad un piano economico di gruppo (c.d. *Planung*) <sup>(55)</sup>. In questo contesto, cioè,

---

<sup>(50)</sup> Si tratta del criterio generale per verificare la conformità all'oggetto sociale di tutti gli atti non tipicamente connessi all'esercizio dell'attività economica propria dell'impresa sociale. V. MONACI (nt. 4), 45-46 e 53 e la giurisprudenza cit. alle nt. 28 e 29; Cass., 15 giugno 2000, n. 8159, in questa *Rivista*, 2002, II, 34.

<sup>(51)</sup> MONACI, (nt. 4), 51.

<sup>(52)</sup> Sulla valutazione della conformità all'oggetto sociale di un'operazione attraverso il diverso profilo della sua rispondenza o meno a un interesse della società v. per tutti CORSO, (nt. 3), 971. Per un'impostazione critica su tale orientamento v. LA VILLA, (nt. 28), 259; CALANDRA BUONAURA, (nt. 27), 191 che precisa che «la distinzione fra atti pertinenti ed atti estranei all'oggetto sociale *prescinde totalmente dal vantaggio o pregiudizio che essi possono arrecare*» (corsivi aggiunti); CASELLI, (nt. 3), 766; ABRIANI, (nt. 4), 621 ss., il quale, pur rilevando la diffusione in giurisprudenza della tesi secondo cui dal riscontro della sussistenza di un interesse economico all'operazione si desume la pertinenza della stessa all'oggetto sociale (v. anche App. Milano, 22 ottobre 2001 (decr.), in *Giur. it.*, 2001, 320, citato dallo stesso autore), la ritiene frutto della confusione fra istituti (conflitto di interessi ed estraneità all'oggetto sociale) distinti che si situano su piani logico-normativi diversi.

<sup>(53)</sup> MONTALENTI, (nt. 16), 2320; MONACI, (nt. 4), 52 e la giurisprudenza cit. a nt. 46.

<sup>(54)</sup> MONACI, (nt. 4), 52.

<sup>(55)</sup> MIOLA, (nt. 16), 120 ss., che proprio con riferimento alle garanzie infragruppo afferma che «la prestazione di garanzie... ad un'altra società controllata... pur se non ricompresa nell'oggetto sociale, sarebbe facilmente riconducibile ad un interesse economico della società garante ... in particolare per la presenza di un coordinamento e di un'interdipendenza tra le attività della società garante e di quella garantita e, dunque, di una comunanza di interessi». Per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia a SALAFIA, *Condizioni di validità dei negozi infragruppo*, in *Società*, 1999, 855, ove si afferma che «la correlazione fra costi e benefici in relazione a operazioni non comprese fra quelle dirette alla realizzazione dell'oggetto sociale dipende proprio e necessariamente dall'esistenza di un progetto produttivo comune ai vari soggetti del gruppo. In seno a questo piano si possono giustificare, pertanto, costi nell'ambito dell'economia di una società senza *diretto* riscontro di vantaggi, con la previsione però che vantaggi si acquisiscono, sia pure grazie ad operazioni più complesse, anche se esterne all'organizzazione della società considerata, che abbiano ricadute utili sulle società»; in giurisprudenza v. Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Foro it.*, 1977, I, 1998; Cass., 11 marzo 1996, n. 2001, citazione non trovata; Cass., 5 dicembre 1998, n. 12525, (nt. 16); Cass., 15 giugno 2000, n. 8159, in questa *Rivista*, 2002, 37; App. Bologna, 15 novembre

l'accertamento in concreto dell'interesse economico per la società garante alla prestazione di una garanzia per debito altrui (impugnata per estraneità all'oggetto sociale) deve essere condotto non in relazione *all'atto di disposizione isolatamente considerato, bensì tenendo conto dei vantaggi conseguibili* (dalla società disponente) *nell'ambito dei rapporti con le altre società, in virtù della strategia imprenditoriale unitaria in cui l'atto si colloca.*

7. (segue): *l'estraneità della fideiussione all'oggetto sociale della fideiubente compiuto dalla Corte* <sup>(36)</sup>. — Nel caso in esame la Corte pare aver applicato il principio generale appena descritto. Insistendo sulla circostanza che la garanzia era prestata a favore della società Piemmeti «in evidente stato di decozione» <sup>(37)</sup>, infatti, la Cassazione

---

2002, (nt. 29); Cass., 21 luglio 2000, n. 9571, in *Dir. fall.*, 2000, II, 1090. Non può non notarsi che l'argomentazione giuridica utilizzata dalla giurisprudenza per accertare l'estraneità all'oggetto sociale degli atti infragruppo costituisce un'applicazione della *teoria dei vantaggi compensativi*: v. BIANCA, (nt. 3), 93; MONTALENTI, (nt. 3), 731 ss.

<sup>(36)</sup> Prima di ricostruire il primo presupposto logico della pronuncia della Corte, ovvero il carattere *ultra vires* della fideiussione, occorre brevemente esaminarne un altro: l'opponibilità alla banca garantita della estraneità della fideiussione all'oggetto sociale della Alpe Invest. La disciplina applicabile alla controversia in esame, prima della riforma del 2005, prevedeva, infatti, all'art. 2487 c.c. che l'estraneità all'oggetto sociale non potesse essere opposta ai terzi di buona fede. Pertanto, qualora il Banco Ambrosiano Veneto fosse stato considerato in buona fede l'atto sarebbe risultato *per ciò solo* vincolante per la Alpe Invest, essendo il vizio dell'estraneità all'oggetto sociale inopponibile alla banca. Quest'ultima, quindi, non avrebbe avuto necessità di affermare l'efficacia della fideiussione, sostenendo che l'estraneità all'oggetto sociale era stata sanata tramite la delibera assembleare totalitaria. Dunque, la questione della delibera autorizzatoria della fideiussione non inerente all'attività della Alpe Invest acquisiva rilievo solo nel presupposto che il Banco Ambrosiano fosse in mala fede. Su questo aspetto la Cassazione non si è pronunciata esplicitamente. Tuttavia è possibile spiegare perché tale questione sia rimasta sottintesa nell'*iter* argomentativo della sentenza. La dottrina ha sostenuto, *ante* riforma, che la società, per far valere l'inefficacia dell'atto *ultra vires*, doveva provare l'effettiva conoscenza da parte del terzo dell'estraneità del negozio all'oggetto sociale ovvero l'agevole conoscibilità con l'uso di una diligenza minima [v. CALANDRA BUONAURO, (nt. 27), 208-209, ove ampi riferimenti alla dottrina conforme]. Nell'applicare tale principio al caso esaminato, la Cassazione ha (probabilmente) attribuito rilievo decisivo al fatto che il terzo garantito fosse una banca. Aderendo ad un orientamento diffuso in giurisprudenza, infatti, la sentenza in esame pare aver presunto la conoscibilità dell'estraneità all'oggetto sociale della fideiussione proprio dalla «qualità professionale del terzo» [per ampi riferimenti v. VISCUSI, (nt. 4), 214-215, (ntt. 36 e 37, 38), e 218, (nt. 49)]. Per l'applicazione del principio di cui si sta discorrendo nel testo ad una fattispecie concreta identica a quella in esame v. Cass., 2 settembre 2004, 17678, in *Foro it.*, 2005, I, 1827, e la giurisprudenza citata da BONELLI, (nt. 1), 943; BUSANI, FUSARO, (nt. 11), 1432, (nt. 22). *Contra*, rispetto all'opinione maggioritaria, recentemente, Trib. Padova, 20 ottobre, 2004, (nt. 7), per la quale nessuna presunzione di mala fede può essere applicata nei confronti della banca. Si consideri, inoltre, che in un caso in cui il terzo col quale era stato stipulato l'atto *ultra vires* non era una banca, Trib. Milano, 3 gennaio 2000, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II 774, ha affermato che l'autorizzazione assembleare all'unanimità della concessione di una fideiussione non potesse che indurre il terzo a ritenere legittima la garanzia, configurandosi quindi quella buona fede che, ai sensi dell'art. 2384-bis c.c. prev., rendeva inopponibile al terzo stesso l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale]. D'altronde, l'applicazione di tale presunzione al caso oggetto della sentenza in commento risulta ulteriormente supportata dall'entità dell'impegno fideiussorio assunto dalla garante e dalla situazione dell'affidato. Tali due circostanze, infatti, rendevano la concessione della fideiussione «fortemente sospetta», ponendo certamente l'istituto di credito — «presumibilmente e notoriamente accorto nel valutare la situazione dei soggetti con cui entra in contatto» — nella condizione di poter rilevare l'estraneità all'oggetto sociale.

<sup>(37)</sup> La quale, a pochi giorni di distanza dalla prestazione della garanzia, veniva ammessa al concordato preventivo.

ha escluso che dall'atto *potesse ragionevolmente attendersi, secondo una valutazione delle circostanze esistenti al momento del suo compimento, alcun vantaggio a favore della garante Alpe invest* <sup>(38)</sup>.

Inoltre, la Cassazione sembra aver considerato la fideiussione pregiudizievole per quest'ultima. Essendo stata prestata per un importo eccedente il capitale sociale della Alpe Invest, la garanzia impugnata risultava, infatti, dannosa per la fideiubente in quanto capace, all'atto dell'escussione, di determinarne l'insolvenza <sup>(39)</sup>, incidendo «sugli equilibri di bilancio e sulla effettiva consistenza del patrimonio netto della società» <sup>(40)</sup>.

Pertanto, nel caso di specie, l'estraneità all'oggetto sociale della Alpe Invest della fideiussione prestata per i debiti della Piemmeti risultava dal fatto che il negozio comportava per la prima «la sola partecipazione al rischio di perdite, e non ai guadagni ed [avveniva] senza corrispettivo di sorta» <sup>(41)</sup>. Dunque era insussistente qualsiasi interesse economico della fideiubente alla prestazione della garanzia <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Conf. MIOLA, (nt. 16), 138, il quale — sebbene in relazione al problema del conflitto di interessi — ritiene che dalle garanzie prestate in favore della società controllante (ma il discorso non muta in caso di garanzia fra società sorelle) non possa derivare alcun vantaggio alla garante quando *lo stato di difficoltà economica della garantita non solo precluda ogni possibilità di recupero delle somme, ma lasci intendere ogni ulteriore finanziamento come atto di depauperamento dell'intero gruppo* (v. anche Cass., 8 maggio 1991, n. 5123, in *Foro it.*, 1992, 1, 817 e App. Bologna, 15 novembre 2002, (nt. 29) la quale in un caso di garanzia prestata dalla controllata alla controllante afferma che «nessun vantaggio è ravvisabile per la garante... [perché] la garanzia è servita per dotare la [garantita] di mezzi finanziari per ritardare l'inevitabile tracollo...» cosicché la garante «ha subito soltanto un depauperamento patrimoniale in danno del suo interesse sociale e di quello dei suoi creditori»). Nel nostro caso, il vantaggio non poteva provenire né dalla banca, posto che, essendo la garanzia prestata per un debito altrui, il vantaggio da questa corrisposto (per es. una dilazione del pagamento, una riduzione degli interessi ecc.) andava a favore della debitrice principale; né dalla società avente in comune l'amministratore unico, posto che la stessa si trovava in stato di decozione.

<sup>(39)</sup> La Cassazione ha affermato, infatti, che la fideiussione poteva rovinare una società di capitali solvente e che essa era di molto superiore al capitale sociale della garante. Sebbene la motivazione della Cassazione non sia particolarmente perspicua, pare potersi indurre che la somma garantita fosse nel caso di specie superiore alle riserve e alla quota del patrimonio netto (costituito dalla differenza fra il valore delle attività sociali e quello delle passività (debiti e fondi) della società stessa (NOBILI, SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 6\*, Torino, Utet, 1993, 198) imputabile a copertura del capitale (così definisce la nozione di capitale, dopo l'inizio dell'attività sociale, PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 2004, 10; NOBILI, SPOLIDORO, cit., 198). Altrimenti non si riuscirebbe a spiegare l'affermazione della Cassazione che raffronta l'importo garantito col capitale sociale, dato che le passività — fra le quali va annoverata la fideiussione, nel momento in cui viene escussa — per opinione della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria (v. NOBILI, SPOLIDORO, cit.) incidono sulle attività poste a copertura del capitale solo una volta azzerate le riserve. Quindi laddove vi fossero state riserve sufficienti, non si sarebbe potuto affermare che la somma garantita *eccedeva il capitale sociale* (come sopra definito), che in tal caso sarebbe rimasto intatto.

<sup>(40)</sup> Il virgolettato è ripreso da App. Milano, 25 febbraio 2003, (nt. 16) la quale in riferimento ad una fattispecie concreta analoga a quella in esame (fideiussione impugnata per estraneità all'oggetto sociale, ma autorizzata dall'assemblea) ha dato rilievo, come la sentenza in esame, all'importo per cui la garanzia era stata concessa in relazione al capitale sociale della garante proprio al fine di evidenziare il carattere pregiudizievole dell'atto.

<sup>(41)</sup> Cass., 13 febbraio 1992, n. 1759, (nt. 13); conf. Trib. Milano, 20 ottobre, 1997, in *Giur. it.*, 1998, 965; App. Milano, 25 febbraio 2003, (nt. 16).

<sup>(42)</sup> Da quanto appena detto e da quanto già osservato nei paragrafi precedenti, peraltro, emerge in modo evidente la sovrapposizione dei due profili del conflitto di interesse

Altra circostanza rilevante al fine dell'accertamento del carattere *ultra vires* della fideiussione della Alpe Invest sembra essere stata il suo carattere *omnibus*.

Infatti, proprio in riferimento alle garanzie personali, si è affermato che — salvo che non si tratti di una società bancaria o finanziaria che presti professionalmente garanzie per debiti altrui — «l'atto non [può] considerarsi che un mezzo indiretto per l'attuazione dell'attività statutaria e, come tale, se ne dovrà valutare la «misura», vale a dire la proporzione rispetto alle dimensioni dell'impresa» (43).

Tale opinione presuppone che fra i criteri per accertare l'estraneità di un atto all'oggetto sociale debba essere annoverato un elemento di carattere quantitativo, che consenta di confrontarlo con le concrete dimensioni proprie dell'attività esercitata (44). Per cui, affinché sussista la compatibilità con l'oggetto sociale non ci deve essere sproporzione tra i costi (effettivi o potenziali) di un atto e le dimensioni dell'impresa, da determinarsi in relazione alla struttura organizzativo-finanziaria (45) di cui fa parte anche il capitale sociale (46).

Ne consegue che il rilascio di una fideiussione *omnibus* per un importo superiore al capitale sociale della società garante poteva essere giudicato (47) — applicando questo criterio quantitativo al caso in esame — estraneo all'oggetto sociale (48).

8. (segue): *l'autorizzazione assembleare dell'atto ultra vires: la tesi della giurisprudenza maggioritaria*. — Occorre a questo punto esaminare la questione centrale oggetto della sentenza in commento: può l'assemblea dei soci all'unanimità validamente autorizzare l'amministratore al compimento di un atto estraneo all'oggetto sociale in mancanza della preventiva modifica dell'atto costitutivo?

---

e dell'estraneità all'oggetto sociale rispetto agli atti infragrupo, costantemente ricorrente nella giurisprudenza. V. ABRRIANI, (nt. 4).

(43) CALANDRA BUONAURA, (nt. 27), 203; MONACI, (nt. 4), 43-44, anch'essa con riferimento agli atti solo indirettamente funzionali all'attività della società.

(44) CASELLI, (nt. 28), 97 ss.; CALANDRA BUONAURA, (nt. 27), 191 ss.; MONACI, (nt. 4), 43-44. Sebbene tale argomento non riscuota consensi unanimi [v. in senso contrario, per es. LA VILLA, (nt. 28), 261 ss.], esso ha trovato delle applicazioni anche in giurisprudenza (v. oltre la sentenza in commento, Trib. Milano, 20 ottobre 1997, (nt. 41); Trib. Treviso, 20 giugno 2002, in *Giur. it.*, 2003, 2118 ss., secondo le quali «criterio... utilizzabile per il giudizio di pertinenza/estraneità... è quello della "proporzione" ai termini del quale «va rapportata la dimensione... economica... dell'atto posto in essere con la dimensione economica dell'impresa sociale»).

(45) CASELLI, (nt. 28), 93; MONACI, (nt. 4), 54, che fa riferimento alle dimensioni del patrimonio sociale.

(46) Così esplicitamente MIOLA, *L'oggetto sociale fra autonomia statutaria ed autonomia gestoria*, in *Riv. not.*, 2008, 711, secondo cui — argomentando dal nuovo art. 2467 c.c. — «deve ritenersi che... il capitale sociale concorra, se non isolatamente quanto meno insieme ad altri parametri, a delineare quella struttura organizzativo-finanziaria della società, rispetto alla quale si tratterà di accertare l'intervenuta modificazione dell'oggetto sociale». Conf. anche le sentenze citate, (nt. 43), ove, nel fare applicazione del criterio quantitativo descritto nel testo, il rapporto di proporzione viene valutato proprio fra una fideiussione e il capitale sociale della garante.

(47) V. infatti la sentenza in esame dove si è affermato che la fideiussione impugnata impegnava «la garanzia della società *ultra vires* — ben oltre il capitale sociale — ...».

(48) Conf. CALANDRA BUONAURA, (nt. 27), 203, (nt. 68), il quale però si riferisce alla fideiussione *omnibus* non soggetta al limite di valore prescritto — successivamente allo scritto citato — a pena di nullità dall'art. 1938 c.c. come modificato dall'art. 10 della legge 154/1992; MONACI, (nt. 4), 54, la quale afferma che «l'atto strumentale alla politica di gruppo non può essere considerato pertinente all'oggetto sociale se per importanza economica, in relazione alle dimensioni del patrimonio sociale, risulta snaturare la destinazione tipica del patrimonio all'esercizio dell'attività economica oggetto dell'impresa sociale».

In merito a tale questione la pronuncia in esame rappresenta un *revirement* <sup>(49)</sup>, in quanto la giurisprudenza maggioritaria <sup>(50)</sup> ha sostenuto — *ante riforma* — che l'autorizzazione o la ratifica da parte dell'assemblea, purché all'unanimità, dell'operazione estranea all'oggetto sociale la rendesse pienamente efficace nei confronti della società <sup>(51)</sup>.

Le pronunce costituenti l'orientamento prevalente sono caratterizzate da un *iter* argomentativo fondato pressoché integralmente sulla disciplina della rappresentanza di diritto comune, risultando del tutto marginale, invece, il riferimento alle regole di diritto societario <sup>(52)</sup>.

Il nucleo centrale della tesi maggioritaria consiste nell'applicazione al caso di specie della norma sulla ratifica degli atti posti in essere dal rappresentante eccedendo il suo potere *ex artt.* 1398 e 1399 c.c.; da qui, poi, si ricava, *a fortiori*, che la società può preventivamente fare propri gli effetti dell'atto *ultra vires* anche attraverso l'autorizzazione di cui all'art. 1395 c.c. <sup>(53)</sup>.

Benché, però, la giurisprudenza maggioritaria si riferisca all'*eccesso del potere rappresentativo* (art. 1398 ss.) e all'*abuso del potere rappresentativo* (art. 1394 ss.) come a discipline sostanzialmente equipollenti, diversi appaiono i rispettivi presupposti nonché la funzione da esse assolta nell'ambito del sistema generale della rappresentanza <sup>(54)</sup>. Mentre la ratifica *ex art.* 1399 c.c., infatti, è atto col quale il rappresentato si appropria *ex post* degli effetti di un negozio rappresentativo compiuto dal rappresentante senza averne i poteri, e pertanto, viene assimilato ad una procura *a posteriori* <sup>(55)</sup>; al contrario l'autorizzazione preventiva *ex art.* 1395 c.c. è l'atto col quale il rappresentato esprime una insindacabile valutazione in ordine alla rispondenza del negozio,

---

<sup>(49)</sup> È evidente come la pronuncia in esame, ponendosi in netto contrasto con i precedenti, ponga i presupposti per una decisione relativa alla questione in esame delle Sezioni Unite.

<sup>(50)</sup> V. Trib. Milano, 3 gennaio 2000, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, 774; App. Milano, 25 febbraio 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1413; Cass., 2 settembre 2004, n. 17678, (nt. 36); Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325, (nt. 1); Cass. 12 dicembre 2007, n. 26011, in *Foro it.*, *Mass.*, 2008, 162; Cass., 5 aprile 2008, n. 9905, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 269; ed *adde* la ulteriore giurisprudenza citata in MIOLA, *Nota a Corte app. Milano, del 22 maggio 2007*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 193. Nel senso, invece, dell'irrelevanza dell'autorizzazione unanime assembleare per rimuovere il limite dell'oggetto sociale v. la giurisprudenza cit. da BIANCA, (nt. 3), 94, (nt. 119).

<sup>(51)</sup> Tale tesi si compone dei seguenti passaggi argomentativi: l'oggetto sociale costituisce un limite al potere di rappresentanza degli amministratori [tale conclusione è fondata sulla previsione dell'art. 2384 c.c. previgente. Cfr. GLIOZZI, (nt. 28), 131; CASELLI, (nt. 28), 61 ss.; in giurisprudenza Cass., 2 settembre 2004, n. 17678, (nt. 36) e Cass., 5 aprile 2008, n. 9905, (nt. 50)]; perciò gli atti posti in essere superando questo limite sono meramente inefficaci nei confronti della società, secondo i principi generali sulla rappresentanza senza potere [GLIOZZI, (nt. 28), 131 e la dottrina citata alle ntt. 101 e 132 e da ultimo, proprio in nota alla sentenza in esame, BUSANI, FUSARO, (nt. 11), 1435], salva l'ipotesi del terzo di buona fede (artt. 2384-bis e 2487 c.c. previg.); in caso di inefficacia dell'atto estraneo all'oggetto sociale, dunque, la società ha «il potere di respingerne gli effetti, di assumerli *ex tunc*, attraverso la ratifica, o ancora di farli preventivamente propri, attraverso una delibera autorizzativa» [v. per tutte Cass., 5 aprile 2008, n. 9905, (nt. 50)].

<sup>(52)</sup> MIOLA, (nt. 1), 275 ss., *sub* prgr. 3.

<sup>(53)</sup> Così MIOLA, (nt. 1), 275 ss.

<sup>(54)</sup> Così CORSO, (nt. 3), 970.

<sup>(55)</sup> Un atto cioè che supplisce al difetto di legittimazione che il compimento dell'operazione presupponeva [NATOLI, voce «Rappresentanza», in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, 484 ss.; VISINTINI, *Della rappresentanza*, in GALGANO (diretto da), *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Soc. ed. del «Foro it.», Bologna-Roma, 1993, 327].

rispetto al quale il rappresentante si trova in conflitto di interessi, anche al proprio interesse <sup>(56)</sup>.

Ne risulta che la commistione fra gli istituti compiuta dalla giurisprudenza prevalente non pare giustificata alla stregua del diritto positivo <sup>(57)</sup> ed è stata probabilmente favorita dalla sovrapposizione dei fenomeni del conflitto di interessi (come abuso del potere di rappresentanza) e dell'estraneità all'oggetto sociale (come eccesso del potere di rappresentanza), ricorrente quando essi sono stati esaminati in relazione agli atti compiuti dagli amministratori sociali <sup>(58)</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza maggioritaria non pare attribuire il dovuto rilievo al fatto che il riconoscimento del potere dell'assemblea di rendere efficace nei confronti della società l'atto *ultra vires*, fondato — come detto — esclusivamente sulle disposizioni di diritto comune in materia di rappresentanza, confligge con il divieto ricavabile dal diritto societario di attuare una deviazione anche occasionale dall'oggetto sociale, rivolto *a tutti gli organi societari e, dunque, anche all'assemblea stessa* <sup>(59)</sup>.

Ciò premesso, risulta, dunque, apprezzabile la motivazione della sentenza in commento per la scelta di verificare se l'autorizzazione unanime dei soci possa consentire all'amministratore il compimento di un atto *ultra vires* in base a considerazioni fondate sulla *disciplina societaria* ed, in particolare, sui «*principi che regolano la funzione assembleare e [su]gli interessi tutelati dalle norme che impongono il rispetto dell'oggetto sociale*» (corsivi aggiunti) <sup>(60)</sup>.

9. *L'invalidità dell'autorizzazione assembleare dell'atto ultra vires nel caso in esame.* — Nella sentenza in esame la Cassazione ha disposto la nullità della fideiussione per debito altrui (ritenuta) *ultra vires* e della delibera assembleare totalitaria che ne aveva autorizzato la concessione. Sul punto, la Suprema Corte ha, dunque, recepito — almeno nelle conclusioni (v. *infra*) — quella tesi (minoritaria) secondo la quale il limite dell'oggetto sociale risultava posto — in relazione alla disciplina previgente la riforma — a tutela non dell'interesse esclusivo dei soci, ma anche di un interesse generale <sup>(61)</sup>.

---

<sup>(56)</sup> PUGLIATTI, (nt. 7), 115; GABRIELLI, (nt. 23), 557.

<sup>(57)</sup> PUGLIATTI, (nt. 7), 270; ANGELICI, (nt. 7), 152. Per una netta distinzione fra l'abuso del potere di rappresentanza, che attiene «alle modalità del suo esercizio» ed eccesso di tale potere, che riguarda «il contenuto del potere», v. CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in diretto da ABBADESSA-PORTALE *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, Utet, 2006, vol. 2, 678-679.

<sup>(58)</sup> V. sopra (ntt. 3 e 4).

<sup>(59)</sup> GLIOZZI, (nt. 28), 221 che fonda la propria conclusione in particolare sull'art. 2361 c.c. e sull'art. 2369, ult. co., c.c. previg., per quanto concerne l'assemblea (ordinaria e straordinaria) e sull'art. 2384 c.c. previg. per quanto riguarda gli amministratori; WEIGMANN, in *Giur. it.*, 1453, il quale rileva che l'art. 9 della Prima Direttiva si riferisce «agli atti compiuti dagli organi sociali» e pertanto estende il vincolo dell'oggetto sociale indifferentemente agli amministratori ed all'assemblea; DE IULIIS, *La rilevanza interna degli atti ultra vires nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2008, 1837-1838; LA VILLA, (nt. 28), 339 ss. Per una critica alla giurisprudenza prevalente, stante la necessità che il richiamo alla disciplina della rappresentanza volontaria si confronti con la specialità della disciplina societaria, ed in particolare con quel limite peculiare ai poteri degli amministratori di società che è costituito dall'oggetto sociale, v. MIOLA, (nt. 1), 275 ss.

<sup>(60)</sup> Tale modo di affrontare la questione dell'autorizzazione degli atti *ultra vires* è condiviso dalla dottrina commercialistica più moderna [CALANDRA BUONAURA, (nt. 27), 209-210, cui va riferito il virgolettato; GLIOZZI, (nt. 28), 147 ss.; CASELLI, (nt. 28), 121 ss.; JAEGER, (nt. 24), 198 ss.].

<sup>(61)</sup> Hanno sostenuto la tesi minoritaria indicata nel testo DE IULIIS, (nt. 59), 1837, il

Originale risulta essere, tuttavia, il riferimento normativo applicato dalla Cassazione.

La Corte ha, infatti, ritenuto che l'oggetto sociale dell'impresa di capitali persegua l'utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2, Cost. La previsione statutaria relativa all'oggetto sociale, cioè, circoscriverebbe, in applicazione del dettato costituzionale, la libertà di iniziativa economica privata di cui l'impresa, esercitata dalla società, è espressione <sup>(62)</sup>. Le previsioni concernenti l'oggetto sociale costituirebbero, in altri termini, la concretizzazione a livello di legge ordinaria della clausola costituzionale dell'utilità sociale, che, secondo la dottrina maggioritaria, non avrebbe un'immediata efficacia precettiva <sup>(63)</sup>.

La spiegazione di tale riferimento alla disciplina costituzionale può forse essere individuata nel passaggio della motivazione che è immediatamente successivo all'affermazione per cui «l'oggetto sociale dell'impresa di capitali persegue ai sensi dell'art. 41 Cost., comma 2» l'utilità sociale. In esso la Corte ha asserito che «la disciplina che regola i limiti al potere di rappresentanza dell'organo amministrativo di una società [qual era certamente, sotto la disciplina previgente alla riforma, l'oggetto sociale] non risulta posta nell'interesse dei soci, ma anche dei terzi, in primo luogo i creditori della società e che la tutela degli interessi di questi ultimi impone, nel caso di necessità di un atto contrario allo statuto, una modifica dello stesso e seguendo il procedimento previsto dalla legge». Inoltre, in motivazione si aggiunge che la delibera assembleare era da giudicarsi nulla in quanto «contraria all'oggetto sociale e dannosa per i terzi creditori» (corsivi aggiunti).

Tali passaggi della sentenza risultano rilevanti poiché consentono di comprendere che l'oggetto sociale è stato considerato dalla Corte espressione del concetto di utilità sociale, in quanto limite la cui osservanza è prescritta a tutela dell'interesse dei creditori sociali.

Quest'ultimo è stato ritenuto dalla Cassazione non un mero interesse settoriale o corporativo — rispetto al quale il richiamo all'utilità sociale prevista dalla Costituzione

---

quale nella propria indagine, tuttavia, centra la riflessione non sugli interessi tutelati dal limite dell'oggetto sociale, ma sull'idoneità dello stesso a rendere funzionale (ossia limitata dall'indicazione statutaria della società), piuttosto che generale, la capacità della società; BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1995, 180. L'Autrice a pag. 177 ss., (nt. 40), ha cercato di dimostrare che il limite dell'oggetto sociale tutela interessi non solo dei soci, ma anche di terzi argomentando dalla possibilità di far rientrare nel concetto di gravi irregolarità denunciabili ai sensi dell'art. 2409 c.c. proprio il compimento di tali atti, e dal fatto che tale denuncia poteva essere fatta — prima della riforma — anche dal pubblico ministero, il cui intervento è generalmente previsto — nel nostro ordinamento — a tutela di un interesse generale. L'argomentazione non sembra, tuttavia, pienamente convincente in quanto prima della riforma ampia parte della dottrina sosteneva che la norma tutelasse solo l'interesse privato dei soci (v. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, in ABRIANI, AMBROSINI, CAGNASSO, MONTALENTI, *Le società per azioni, Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO, Padova, Cedam, 2010, 816 nt. 372); e perché la riforma sembra aver determinato una «netta... privatizzazione dei controlli» (AMBROSINI, cit., 818, che cita COTTINO, *Diritto societario*, Padova, Cedam, 2006, 429).

<sup>(62)</sup> Che la libertà di iniziativa economica privata si esprima nell'impresa è pacifico in dottrina, discorde semmai nell'ammettere che oltre all'impresa possano farsi rientrare entro la libertà suddetta anche altre attività diverse da quelle imprenditoriali (per es. le professioni intellettuali). V. MORBIDELLI, voce «Iniziativa economica privata», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2.

<sup>(63)</sup> V. CELOTTO, sub art. 41, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 356.

sarebbe risultato non pertinente — ma *un interesse sociale* <sup>(64)</sup>. Il referente oggettivo del concetto di utilità sociale, infatti, «si identifica nella soddisfazione di bisogni imputabili... all'intera società <sup>(65)</sup> o, più precisamente, a quel gruppo od a quel soggetto che nella singola fattispecie si presenta come investito dell'interesse sociale» <sup>(66)</sup>; laddove questo è quell'interesse che fa capo mediatamente o immediatamente alla collettività nazionale e non esclusivamente a singole categorie di operatori economici <sup>(67)</sup>.

La premessa teorica che ha portato la Cassazione ad elevare l'interesse dei creditori ad interesse sociale è stata, probabilmente <sup>(68)</sup>, la sua riconducibilità alla tutela del risparmio (impiegato, poi, in forma di finanziamento a favore delle società) in tutte le sue forme *ex art. 47, comma 1, Cost.* <sup>(69)</sup>. Si sostiene, infatti, che sono di utilità sociale quegli «interessi o diritti costituzionalmente tutelati, la cui tutela imponga nel bilanciamento con l'iniziativa economica privata, una limitazione di quest'ultima proprio alla stregua del co. 2 dell'art. 41 Cost.» <sup>(70)</sup>. Ne consegue che l'oggetto sociale può essere considerato come espressione — a livello di legge ordinaria — del limite dell'utilità sociale *in quanto posto a salvaguardia dell'interesse dei creditori sociali, solo riconducendo quest'ultimo alla tutela costituzionale del risparmio.*

In modo coerente con l'assunto per cui il limite dell'oggetto sociale tutela l'interesse dei creditori sociali, la Cassazione ha concluso per la nullità della delibera assembleare che aveva autorizzato il rilascio della fideiussione da parte dell'amministratore unico della Alpe Invest. La dottrina e la giurisprudenza erano infatti concordi nell'affermare, prima della riforma, che la nullità *ex art. 2379 c.c.* delle delibere assembleari potesse applicarsi esclusivamente in caso di violazione di norme dettate a tutela di un interesse generale che trascendesse quello del singolo socio o di gruppi di soci, quale quello dei creditori <sup>(71)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> Nel significato chiarito di seguito nel testo e non in quello che l'espressione assume nel diritto societario.

<sup>(65)</sup> Il termine deve intendersi in tale contesto come *Gemeinschaft* e non come *Gesellschaft*.

<sup>(66)</sup> BALDASSARRE, VOCE «Iniziativa economica privata», in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 603. Conf. anche OPPO, *Iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 322.

<sup>(67)</sup> La distinzione, riportata nel testo, fra interesse sociale e interesse settoriale e corporativo è affermata da Corte Cost., 10 giugno 1969, n. 97, in *Giur. cost.*, 69, 1243.

<sup>(68)</sup> Mancano nella motivazione indicazioni più specifiche rispetto al passaggio citato, dunque, ci si limita a ipotizzare le argomentazioni sottese al ragionamento della Corte.

<sup>(69)</sup> Per il collegamento fra il principio dell'*ultra vires* come affermato in Inghilterra nel senso di limitare la capacità delle società entro i limiti segnati dall'oggetto sociale e l'esigenza di tutela dei capitali investiti nelle società (*id est* del risparmio che sia stato impiegato per sottoscrivere capitale di credito o di rischio) cfr. GLIOZZI, (nt. 28), 239 ss.

Per la riconduzione della tutela delle forme di impiego del risparmio (fra cui può essere annoverato il credito alle imprese) all'art. 47 Cost., v. GALGANO, ROVERSI MONACO, *Le nuove regole del mercato finanziario* in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2009, 207; CUSATO, *Il credito. Forme sostanziali e procedurali*, Padova, Cedam, 2010, 14 ss.

<sup>(70)</sup> LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 38.

<sup>(71)</sup> Nel nostro caso l'interesse dei creditori sociali avrebbe costituito, in virtù dell'art. 47 Cost., un interesse di rilievo generale (per la qualificazione dell'interesse dei creditori sociali come interesse pubblico meritevole di protezione v. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in COLOMBO-PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, 1, \*\*, Torino, Utet, 2004, 68). Poiché le ipotesi di nullità per impossibilità o per illiceità dell'oggetto previste dall'art. 2379 c.c. sono rimaste immutate a seguito della riforma, l'opinione risulta valida anche oggi. Cfr. ZANARONE, *L'invalidità delle delibere assembleari*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 3\*\*, 1993, 420 ss.; CALANDRA BUONAURO, (nt. 28),

10. (segue): *qualche osservazione critica*. — Il presupposto della decisione della Corte — quello per cui l'oggetto sociale, come limite al potere di rappresentanza degli amministratori, è *posto a tutela dei creditori sociali* e per questo persegue l'utilità sociale ex art. 41, co. 2, Cost. — è confutato dalla dottrina maggioritaria.

Quest'ultima, infatti, nega che il divieto di compiere atti *ultra vires* protegga qualsivoglia interesse dei creditori sociali.

In primo luogo, si esclude che l'ordinamento tuteli l'interesse dei creditori sociali al mantenimento dell'attività d'impresa nei limiti segnati dall'oggetto sociale originariamente fissato all'atto della costituzione della società<sup>(72)</sup>. Ciò risulterebbe semplicemente dalla modificabilità — con la procedura prescritta dalla legge — della clausola relativa all'oggetto sociale stesso: se la società è libera di cambiare il proprio oggetto statutario, non può considerarsi tutelato l'interesse creditorio a non veder mutata l'attività in cui esso si risolve<sup>(73)</sup>.

Tale conclusione, tuttavia, non è ancora sufficiente ad escludere che ricorra un *diverso* interesse dei creditori in relazione alla modificazione dell'oggetto sociale. Il divieto di compiere atti *ultra vires* potrebbe, infatti, trovare la propria *ratio* non nell'interesse al mantenimento dell'attività indicata in statuto al momento della costituzione della società, bensì in quello a conoscere le modificazioni che questa medesima attività subisca. Si potrebbe, cioè, sostenere che per mutare l'attività d'impresa, sia comunque necessaria una modificazione *formale* dell'oggetto statutario, non essendo ammissibile il compimento di un atto che devii occasionalmente dallo stesso<sup>(74)</sup>. Ne conseguirebbe che ai soci, sia pur unanimi, non sarebbe consentito di disattendere i dati

---

227 e la giurisprudenza cit. da questi autori in nota; per la conferma di tale orientamento anche a seguito della riforma v. da ultimo MARZIALE, *sub artt. 2379, 2379-bis, 2379-ter*, in D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, 2, Padova, Cedam, 2010, 886 ss.). Più specificamente, nel tentativo di concretizzare la formula giurisprudenziale avente un intento limitativo rispetto all'applicazione della sanzione della nullità, la dottrina ha circoscritto l'applicazione di quest'ultima alla violazione di quelle sole norme «che individuano i principi essenziali della società per azioni o che siano poste a tutela dei creditori...» (CALANDRA BUONAURO, cit., 230).

<sup>(72)</sup> Tale interesse troverebbe la propria *ratio* nel fatto che la considerazione dell'attività sociale indicata nell'atto costitutivo riveste un'importanza fondamentale nella scelta di finanziare la società.

<sup>(73)</sup> CASELLI, (nt. 28), 139 ss., il quale specifica che l'interesse dei creditori all'immodificabilità dell'oggetto sociale consisterebbe nell'interesse a che la società sul cui patrimonio essi fanno esclusivo affidamento per la loro soddisfazione non possa dedicarsi ad operazioni il cui rischio essi non hanno preventivamente potuto valutare; GLIOZZI, (nt. 28), 232 ss.; MARTORANO, *Capacità delle società e oggetto sociale nel diritto anglo-americano*, Napoli, Jovene, 1961, 46 ss.; LA VILLA, (nt. 28), 196 ss., il quale, condivisibilmente, aggiunge che il nostro ordinamento — argomentando dagli artt. 2357 e 2394 c.c. — garantisce l'interesse dei creditori sociali alla conservazione del patrimonio della società, non la sua destinazione all'oggetto statutario.

<sup>(74)</sup> CASELLI, (nt. 28), 150-151, secondo il quale «l'obbligo del ricorso al meccanismo di modificazione formale dell'oggetto sociale troverebbe una giustificazione sostanziale nell'esigenza di far conoscere ai creditori l'estensione dell'attività sociale a campi diversi da quelli considerati al momento della concessione di credito e nel consentire loro, quindi, di prendere i necessari provvedimenti». Lo stesso autore rileva, inoltre, che tale argomentazione potrebbe trovare un fondamento nel «rituale» del riconoscimento della personalità giuridica, il quale richiede che — tra i dati più significativi concernenti la società — «l'attività sociale ... venga portata a conoscenza dei terzi attraverso la pubblicità»; per cui «sembrerebbe che essa [sia] un dato che interessa anche costoro»; conf. MARTORANO, (nt. 73), 90; GLIOZZI, (nt. 28), 240 ss. Tutti e tre gli autori tuttavia, — come si dice di seguito nel testo — richiamano tale obiezione per confutarla. Un'argomentazione simile a quella riportata da CASELLI, è invece accolta da DE IULIIS, (nt. 59), 1837.

pubblicati concernenti l'attività sociale; ciò dovrebbe avvenire tramite una delibera dell'assemblea straordinaria, che venga iscritta nel registro delle imprese.

Anche tale possibile argomentazione non ha trovato, tuttavia, seguito nella dottrina prevalente. Per poterla considerare fondata — si è affermato — si sarebbe dovuto dimostrare che la deliberazione dell'assemblea straordinaria modificativa dell'oggetto sociale non poteva essere eseguita se non dopo aver effettuato la pubblicità nelle forme prescritte dall'art. 2436, co. 1, c.c. <sup>(75)</sup>; ma nell'ordinamento antecedente la riforma del diritto societario vigeva, ad avviso della dottrina maggioritaria, proprio il principio opposto, per il quale le deliberazioni modificative dell'atto costitutivo potevano essere eseguite ancor prima che fosse avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese <sup>(76)</sup>.

A questo riguardo, si può rilevare che un significativo cambiamento è intervenuto con la riforma del diritto societario (che pure, come già detto, non rileva ai fini del giudizio del caso in esame). Il nuovo art. 2436, co. 5, c.c. afferma oggi perentoriamente che la deliberazione di modifica dello statuto «non produce effetti se non dopo l'iscrizione». Ma tale novità non sembra sufficiente a smentire la tesi prevalente fin'ora esposta. Già prima della riforma, infatti, si affermava che, anche ammettendo l'efficacia *costitutiva* dell'iscrizione della delibera modificativa dello statuto, ciò non sarebbe stato sufficiente a dimostrare «la tutela dell'interesse dei creditori sociali a conoscere anticipatamente le modificazioni che l'attività sociale stia per subire» <sup>(77)</sup>. Tale dimostrazione avrebbe richiesto anche che fra la pubblicazione della delibera di cambiamento dell'oggetto sociale e la sua esecuzione intercorresse un lasso di tempo sufficiente per consentire ai creditori di conoscerla e di prendere le opportune contromisure. Il che, però, non può ricavarsi da nessun dato normativo né precedente, né successivo alla riforma del diritto societario.

D'altro canto, l'individuazione nell'oggetto sociale di un limite alla capacità operativa della società posto a tutela di un interesse (quello creditorio, secondo la sentenza in commento) di rilievo sociale (*ex art. 47 Cost.*) sembra incompatibile con la previsione dell'art. 2384-*bis* (o 2487) c.c. previgente, che comprimereva notevolmente la possibilità per la società di sottrarsi agli effetti degli atti *ultra vires* <sup>(78)</sup>: quale coerenza si sarebbe potuto ravvisare nell'ordinamento, qualora esso avesse imposto il limite dell'oggetto sociale a tutela di interessi di rilievo generale e, contemporaneamente, avesse consentito il sacrificio di questi ultimi, rimanendo l'atto estraneo all'oggetto sociale valido ed efficace almeno nei confronti della controparte della società in buona fede <sup>(79)</sup>?

Questo argomento, inoltre, risulta ancor più persuasivo a seguito della riforma, poiché essa ha limitato ulteriormente l'opponibilità ai terzi delle violazioni dell'oggetto

---

<sup>(75)</sup> Infatti, se l'ordinamento consentiva alla società di dare esecuzione ad una modifica dell'oggetto statutario anche se la stessa non era stata resa pubblica nelle forme indicate dalla legge, «vuol dire che il legislatore non ha ritenuto di dover perseguire il fine di impedire che la società possa in qualche modo deviare dall'oggetto sociale senza prima aver reso pubblica nelle forme prescritte la decisione» relativa [GLIOZZI, (nt. 28), 244].

<sup>(76)</sup> GLIOZZI, (nt. 28), 243 ss.; CASELLI, (nt. 28), 156 ss.; LA VILLA, (nt. 28), 204; da ultimo MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 6\*, Torino, Utet, 1993, 61. Per ampie citazioni sulle diverse opinioni sostenute in dottrina *ante* riforma si rimanda a PETRAZZINI, sub art. 2436, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, \*\*, Bologna, Zanichelli, 2004, 1386.

<sup>(77)</sup> CASELLI, (nt. 28), 165.

<sup>(78)</sup> CALANDRA BUONAURA, (nt. 27), 211.

<sup>(79)</sup> Si ricordi che è criterio interpretativo pacifico quello per cui, nell'interpretare la legge, occorre evitare di creare contraddizioni fra le norme dell'ordinamento.

sociale, confinandola ai casi limitati in cui è possibile opporre agli stessi l'eccezione di dolo (art. 2384, co. 2, c.c. e 2475-bis, co. 2) <sup>(80)</sup>.

Per quanto esposto, dunque, il limite dell'oggetto sociale non è stato considerato funzionale alla protezione di un interesse dei creditori sociali. Non sarebbe possibile, cioè «assegnare all'indicazione statutaria dell'oggetto sociale una portata delimitativa che operi al di fuori del rapporto sociale» <sup>(81)</sup>.

11. (segue): *conseguenze dell'impostazione della dottrina prevalente*. — A prescindere dal problema se l'assemblea possa autorizzare violazioni statutarie <sup>(82)</sup>, qualora si condividano le osservazioni riportate nel paragrafo precedente si deve ammettere che il limite dell'oggetto sociale possa essere superato con il consenso della totalità dei soci, intervenuto anche nel caso esaminato dalla sentenza in commento.

Per pervenire ad una conclusione opposta, infatti, sarebbe stato necessario «dimostrare che l'oggetto sociale costituisce non soltanto un limite al potere di gestione degli amministratori e della maggioranza assembleare, ma anche un vincolo alla capacità dei soci di disporre del proprio interesse al rispetto della disposizione statutaria. Si sarebbe dovuto, in altre parole, individuare un interesse, necessariamente estraneo al rapporto sociale, la cui tutela avesse impedito alla società, anche contro il volere di tutti i soci, di superare il limite dell'oggetto sociale, senza preventiva modifica dell'atto costitutivo» <sup>(83)</sup>. Ma poiché, la dottrina prevalente ha cercato di provare — come descritto — l'inesistenza di tale interesse <sup>(84)</sup>, ne consegue la piena validità della delibera assembleare che, all'unanimità, autorizzi il compimento di un atto estraneo all'oggetto sociale <sup>(85)</sup>.

I soci *uti singuli* vantano certamente un interesse giuridicamente tutelato a che la società non estenda la propria attività a campi diversi da quelli previsti nell'oggetto sociale senza il rispetto del procedimento formale di modificazione dell'atto costitutivo: questo interesse si collega alla possibilità di esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2437 c.c., che inderogabilmente spettava — *ante riforma* — ai soci dissenzienti rispetto alle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto sociale <sup>(86)</sup>. Ma, altrettanto certamente, i soci possono rinunciare — votando a favore di una delibera che autorizzi il compimento di un atto *ultra vires* — al proprio diritto di non partecipare — tramite il recesso — delle sorti e dei rischi di attività diverse da quelle originaria-

---

<sup>(80)</sup> V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 57), 665 nt. 13. Per cenni al nuovo regime dell'opponibilità degli atti *ultra vires* a seguito della riforma, cfr. *infra* all'ultimo paragrafo.

<sup>(81)</sup> CASELLI, (nt. 28), 168; ma anche LA VILLA, (nt. 28), 180, il quale afferma che l'oggetto sociale è inquadabile nell'oggetto del contratto di società e richiama la previsione dell'art. 1372, co. 2, c.c.

<sup>(82)</sup> Su cui v. CORSI, *Violazioni statutarie autorizzate dall'assemblea?*, in questa *Rivista*, 1975, II, 459 in nt. a Cass., 3 dicembre 1974, n. 3949.

<sup>(83)</sup> CALANDRA BUONAURO, (nt. 27), 210.

<sup>(84)</sup> V. sopra per quanto concerne l'interesse dei creditori sociali, di cui ci è occupati in quanto considerato specificamente nella motivazione della sentenza in commento. Più ampiamente v. GLIOZZI, (nt. 28), 230 ss.; CASELLI, (nt. 28), 139 ss. V. anche CALANDRA BUONAURO, BONAFINI, *Società per azioni. Amministrazione e rappresentanza*, in questa *Rivista*, 2008, II, 39, secondo i quali la riforma in materia di limiti ai poteri degli amministratori conferma pienamente l'orientamento giurisprudenziale dominante.

<sup>(85)</sup> Conf. la giurisprudenza prevalente (v. sopra); in dottrina v. CALANDRA BUONAURO, (nt. 27), 210; CASELLI, (nt. 28), 168 ss.; da ultimo MIOLA, (nt. 16), 193; *contra* LA VILLA, (nt. 28), 339; MARASA, (nt. 76), 44 ss.; BERTACCHINI, (nt. 75), 180.

<sup>(86)</sup> CALANDRA BUONAURO, (nt. 27), 211; CASELLI, (nt. 28), 190; LA VILLA, (nt. 28), 254; GLIOZZI, (nt. 28), 220 ss.

mente pattuite <sup>(87)</sup>. Se il limite dell'oggetto sociale è posto unicamente a tutela dei soci <sup>(88)</sup>, gli stessi, votando a favore della delibera che autorizza la singola concreta deviazione, possono certamente rinunciarvi <sup>(89)</sup>, dato che la disciplina dell'oggetto sociale riguarda esclusivamente «*interessi privati* che rimangono nella disponibilità dei loro titolari» <sup>(90)</sup>.

Anche per quanto concerne la sorte dell'atto compiuto dall'amministratore unico, la tesi sostenuta dall'opinione maggioritaria non può che condurre ad esiti diversi rispetto alla conclusione della Cassazione. La previsione dell'art. 2384-bis c.c. tutelava l'interesse dei soci al rispetto dell'oggetto sociale, comminando l'inefficacia dell'atto *ultra vires* <sup>(91)</sup>, salva l'ipotesi in cui, essendo il terzo in buona fede, veniva attribuita prevalenza all'affidamento dello stesso nel negozio stipulato con la società <sup>(92)</sup>.

---

<sup>(87)</sup> Non si obietti che il previgente art. 2437 c.c. prevedeva la nullità di ogni patto che escludeva il diritto di recesso. Infatti ciò precludeva al socio «di vincolarsi ad accettare *a priori* e in via astratta i cambiamenti dell'oggetto sociale... in futuro decisi dalla maggioranza» non di rinunciare a recedere di fronte ad una concreta delibera modificativa dell'oggetto sociale [GLIOZZI, (nt. 28), 251]. Ma se può rinunciare alla tutela predisposta dalla legge per il suo interesse, allora il socio potrà anche disporre dello stesso in sede di votazione a favore della delibera di autorizzazione. V. al riguardo anche GHISALBERTI, *Delibere assembleari di autorizzazione o ratifica degli atti estranei all'oggetto sociale compiuti dagli amministratori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, 774 ss., ove si afferma che la validità della delibera unanime di autorizzazione dell'atto estraneo è dovuta alla possibilità per la compagine azionaria al completo di disporre liberamente del proprio interesse al rispetto delle clausole statutarie.

<sup>(88)</sup> Non sussistendo, dunque, in relazione al compimento di atti *ultra vires*, interessi meritevoli di essere tutelati ulteriori a quelli dei soci, non vi sono ragioni che giustificino interventi sanzionatori dell'ordinamento (*sub specie* di invalidità) nei confronti della delibera dagli stessi adottata all'unanimità. Sul punto pare fondamentale l'insegnamento di JAEGER, (nt. 24), 185 ss., il quale (seppur con riguardo al conflitto di interessi) afferma che «quando tutti i titolari di un interesse» (come quello dei soci in relazione all'osservanza dell'oggetto sociale) «decidono di sacrificarlo ad un altro interesse ad essi comune» (se i soci, all'unanimità, autorizzano il compimento di un atto contrario all'oggetto sociale evidentemente avranno ritenuto lo stesso conveniente) «l'ordinamento non ha nessuna ragione di intervenire, perché un potenziale conflitto intersoggettivo... si è risolto in un conflitto intrasoggettivo, irrilevante... per il diritto». In pratica la situazione è analoga a quella che si determina quando una singola persona operi una scelta fra la soddisfazione di uno piuttosto che di un altro dei suoi interessi personali, fra loro incompatibili: la scelta rimane rimessa alla libertà dell'interessato. V. anche CORSO (nt. 3), 969 e MIOLA, (nt. 1), 275 ss., i quali affermano, analogamente a quanto si dice nel testo, che il risultato dell'applicazione alla fattispecie in esame dell'orientamento prevalente è quello di sottrarre al giudice qualsiasi sindacato sull'atto posto in essere dagli amministratori, se approvato con delibera assembleare.

<sup>(89)</sup> GLIOZZI, (nt. 28), 251, il quale si esprime per l'annullabilità della delibera in esame, ma solo perché considera il caso della delibera adottata a maggioranza. L'Autore aggiunge anche, però, che il socio può rinunciare alla tutela predisposta dall'ordinamento al suo interesse *sub specie* di annullabilità rinunciando ad impugnarla. Da ciò mi sembra possibile arguire che i soci possano anche votare all'unanimità a favore della delibera in modo da renderla pienamente valida. Conf. con l'argomentazione che si adduce nel testo anche Cass., 2 settembre 2004, n. 17678, (nt. 36), la quale afferma che «se il rappresentante trova la fonte del suo potere gestorio nell'oggetto sociale le cui limitazioni ... generano abuso di rappresentanza sul fronte interno dei rapporti con il rappresentato (la società) ... nessuna ragione hanno di operare ove siano state rimosse dalla espressa volontà dell'interessato e cioè della società, che abbia espressamente abilitato a compiere gli atti non conformi alle previsioni statutarie... E ciò per la circostanza che a dolersi della difformità non può essere altri che il rappresentato, il cui interesse... è il solo suscettibile di essere leso».

<sup>(90)</sup> FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, Utet, 5, 1981, 500 (sebbene in riferimento ad un altro contesto).

<sup>(91)</sup> La dottrina e la giurisprudenza ritenevano pacificamente che l'atto *ultra vires* non fosse nullo come affermato dalla sentenza in esame, bensì inefficace. V. CASELLI, (nt. 28), 109;

Nel caso in esame il terzo garantito non era meritevole di alcuna protezione perché — come sopra rilevato — (probabilmente presunto) in mala fede; poteva dunque operare la tutela per i soci, *sub specie* di inefficacia dell'atto compiuto dell'amministratore. Poiché, però, la delibera unanime avente per oggetto l'autorizzazione dell'atto doveva considerarsi come espressa rinuncia all'osservanza del limite dell'oggetto sociale — e non sussistendo in ordine a quest'ultimo interessi meritevoli di tutela ulteriori rispetto a quello dei soci —, la fideiussione concessa dalla Alpe Invest avrebbe dovuto considerarsi valida ed efficace <sup>(93)</sup>.

12. *Qualche ulteriore osservazione in merito agli interessi tutelati dal divieto di porre in essere atti estranei all'oggetto sociale.*— Come si è già evidenziato, l'applicazione al caso di specie da parte della Suprema Corte dell'art. 41, co. 2, Cost. risulta condivisibile solo qualora si riesca a dimostrare che il limite dell'oggetto sociale è posto a tutela non soltanto dell'interesse dei soci, ma anche di quello dei creditori sociali.

La sentenza in esame è pervenuta a questa conclusione senza tuttavia indicare a suo sostegno alcun riferimento normativo di diritto societario.

Si deve, pertanto, cercare di verificare se sia possibile individuare qualche disposizione capace di supportare la statuizione della Cassazione.

La tesi maggioritaria di cui si è dato conto nel paragrafo precedente nega che il divieto di compiere atti *ultra vires* tuteli un interesse dei creditori sociali

Le conclusioni là esposte paiono difficilmente confutabili. Ciononostante, si può sostenere che esista un interesse giuridicamente protetto dei creditori sociali, suscettibile di acquistare rilievo in relazione al compimento di atti estranei all'oggetto sociale: quello *all'integrità del patrimonio sociale*.

Il collegamento fra il dovere di conservazione dell'integrità patrimoniale della società e il divieto (operante in primo luogo nei confronti degli amministratori *ex art.* 2384, co. 1, c.c. *previg.*) di compiere atti estranei all'oggetto sociale è stato valorizzato a livello teorico da una parte della dottrina che ha cercato di individuare gli obblighi inerenti alla gestione dell'impresa, la cui inosservanza dà luogo a responsabilità nei confronti dei creditori sociali. Tale tesi perviene alla conclusione della riconducibilità all'art. 2394 c.c. <sup>(94)</sup> — interpretato estensivamente <sup>(95)</sup> — anche degli obblighi imposti

---

CORSO, (nt. 3), 969; MIOLA, (nt. 16), 201; Cass., 12 novembre 1984, n. 5711, in *Foro it.*, 1985, I, 2701; Cass., 2 settembre 2004, n. 17678, (nt. 36), 985; Cass., 2 dicembre 2004, n. 22669, in *Rep. Foro it.*, 2004, n. 980; Cass., 15 aprile 2008, n. 9905, (nt. 50). La giurisprudenza pronunciata al riguardo è pervenuta a tale conclusione applicando la disciplina della rappresentanza in generale: siccome l'atto *ultra vires* integra un'ipotesi di eccesso di rappresentanza, allora esso è inefficace (salva l'eccezione contemplata dall'art. 2384-bis c.c.) così come l'atto compiuto dal *falsus procurator* [su quest'ultimo punto si rinvia a ZANARONE, (nt. 71), 488 ove ampi riferimenti].

<sup>(92)</sup> V. LA VILLA, (nt. 28), 254 ss.

<sup>(93)</sup> D'altronde, si è affermato che l'atto compiuto dal falso rappresentante — quale quello eccedente l'oggetto sociale, che limita il potere di rappresentanza degli amministratori —, in quanto meramente inefficace e non nullo, consente alla società «di respingerne gli effetti, [o] di assumer[li] *ex tunc* attraverso la ratifica ovvero di farli preventivamente propri, attraverso una delibera autorizzativa, capace di rimuovere i limiti del potere rappresentativo dell'amministratore» [Cass., 2 settembre 2004, n. 17678, (nt. 36) e la giurisprudenza citata sopra]. Questo principio, ricavato unicamente dalla disciplina di diritto comune della rappresentanza, è pienamente compatibile con quanto rilevato dalla giurisprudenza teorica e pratica prevalente in relazione alla disciplina dell'oggetto sociale. Dunque può essere applicato anche agli atti *ultra vires* compiuti dagli amministratori.

<sup>(94)</sup> Richiamato dall'art. 2487 c.c. *previgente* per le s.r.l.

a garanzia del corretto impiego del patrimonio sociale, fra i quali doveva essere annoverato anche quello di cui all'art. 2384, co. 1, c.c. previg. <sup>(96)</sup>.

Se si accetta questa ricostruzione, dalla possibilità di esperire l'azione risarcitoria di cui all'art. 2394 c.c. in caso di compimento di un atto estraneo all'oggetto statutario lesivo dell'integrità patrimoniale della società si può trarre la conferma che il limite posto dall'art. 2384, co. 1, c.c. corrispondesse — *ante* riforma — alla tutela di un interesse anche dei creditori sociali, dato che quest'ultimo è certamente protetto dall'azione risarcitoria contro gli amministratori <sup>(97)</sup>.

In forza del combinato disposto dell'art. 2394 c.c. e dell'art. 2384, co. 1, c.c. previg., quindi, nel divieto di compiere atti *ultra vires* poteva essere ravvisato un limite imposto dalla legge al potere di rappresentanza degli amministratori *a tutela non soltanto di un interesse proprio dei soci, ma anche di un interesse dei creditori sociali, nella misura in cui la violazione di tale divieto si fosse riverberato negativamente sulla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale* <sup>(98)</sup>.

Chiarito l'interesse dei creditori sociali suscettibile di essere leso dalla violazione del divieto di compiere un atto *ultra vires*, diviene possibile ipotizzare una soluzione circa la validità della delibera assembleare autorizzatoria alternativa a quella sostenuta dall'opinione maggioritaria.

La giurisprudenza precedente la riforma — come già accennato — affermava

---

<sup>(95)</sup> L'opinione non è pacifica. Molto discussa in dottrina è, infatti, l'estensione degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale *ex art.* 2394 c.c. La tesi riportata nel testo ha fornito una definizione estensiva degli stessi, comprendendovi non soltanto le norme specificamente dirette alla tutela del capitale (artt. 2357, 2358, 2359-bis, 2360 c.c. previgente) e del patrimonio sociale (artt. 2410 e 2449, co. 1, c.c. previgente), ma anche gli obblighi imposti a tutela del corretto impiego del patrimonio sociale (artt. 2384, 2361, 2391 c.c. previgente) e quello di diligenza nell'esercizio della funzione gestoria (art. 2392 c.c. previgente) (v. autori cit. alla nt. successiva). Al contrario, altra parte della dottrina ha ricostruito restrittivamente l'area coperta dai doveri inerenti la conservazione dell'integrità patrimoniale (v. COTTINO, *Diritto societario*, Padova, Cedam, 2006, 410; ABBADESSA, *La gestione nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1974, 67).

<sup>(96)</sup> CALANDRA BUONAURO, (nt. 27), 221 ss. e 238 con specifico riferimento proprio alla riconducibilità all'art. 2394 del divieto ricavabile dall'art. 2384 c.c. previg.; e più di recente, a seguito della riforma, in generale MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, Giappichelli, 2007, 46 ss.; BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d'insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1052 ss.

<sup>(97)</sup> È evidente che l'art. 2394 c.c. prevede una tutela di tipo risarcitorio, che quindi opera soltanto ove gli amministratori abbiano cagionato un danno (al patrimonio sociale e di riflesso) ai creditori. Il ragionamento che si svolge nel testo, invece, valuta la possibile invalidità della (dunque la tutela reale contro la) delibera assembleare che abbia autorizzato un atto estraneo all'oggetto sociale. Quanto si dice nel testo non deve essere considerato, però, un'indebita sovrapposizione di profili differenti, ma il tentativo di stabilire se il limite dell'oggetto sociale corrispondesse alla tutela di un interesse anche dei creditori. V. a sostegno dell'argomentazione che si propone nel testo quanto si rileva alla fine di questo paragrafo.

<sup>(98)</sup> Quanto detto nel testo trae spunto dalla ricostruzione proposta in merito al contenuto dell'art. 2394 c.c. da MOZZARELLI, (nt. 96), 46 ss., il quale ritiene che la norma assolva il ruolo di modellare le clausole generali di corretto comportamento degli amministratori, nel senso di sanzionare soltanto quegli abusi che ledano l'integrità patrimoniale. In altri termini, dalle clausole generali che disciplinano il comportamento degli amministratori — qual era certamente il previgente art. 2384, co. 1, c.c. — era possibile ricavare, applicando «la funzione selettiva» propria dell'art. 2394, co. 1, c.c., un dovere di comportamento anche nei confronti dei creditori sociali, in modo che fra i «possibili contenuti [dalle prime] astrattamente [ricavabili], rilev[asse] esclusivamente la parte relativa alla conservazione dell'integrità del patrimonio».

costantemente, al fine di discriminare i casi cui applicare l'art. 2379 c.c. da quelli disciplinati dall'art. 2377 c.c. vecchio testo, la nullità per illiceità dell'oggetto della delibera assembleare che avesse violato una norma cogente dettata a tutela di un interesse generale, che trascendeva quello del singolo socio o di gruppi di soci. Inoltre la dottrina, nel tentativo di chiarire tale massima giurisprudenziale, riteneva senz'altro applicabile la nullità alle delibere aventi contenuto contrario alle norme cogenti poste a tutela dei creditori <sup>(99)</sup>.

A ciò, pertanto, consegue che una delibera assembleare la quale, prima della riforma del diritto societario, avesse autorizzato l'amministratore a compiere un'operazione *estranea all'oggetto sociale e lesiva dell'integrità patrimoniale della società* poteva considerarsi nulla, in quanto avente contenuto contrario ad un divieto generale <sup>(100)</sup> (ossia rivolto a tutti gli organi societari) <sup>(101)</sup>, dettato a tutela di interessi che trascendevano quelli del singolo socio <sup>(102)</sup>.

L'interesse alla conservazione dell'integrità patrimoniale è indisponibile <sup>(103)</sup> per i

---

<sup>(99)</sup> CALANDRA BUONAURO, (nt. 27), 230 e la dottrina citata a nt. 194, il quale rileva che la conclusione risulta suffragata dai principi normativamente accolti al § 241 nr. 3 *AktG* tedesco; ZANARONE, (nt. 71), 429 e 430, il quale condivide l'orientamento giurisprudenziale suddetto nella misura in cui l'interesse protetto dalla norma violata sia un interesse *di serie* e che considera tale quello dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale (v. spec. nt. 41).

<sup>(100)</sup> La delibera esaminata nel testo, cioè, avrebbe violato le disposizioni dalle quali il divieto di compiere atti estranei all'oggetto sociale era desunto dalla dottrina occupatasi dell'argomento, ovvero gli artt. 2369 ult. co.; 2437 ult. co., 2384, co. 1, e 2361 c.c. previg. [v. GLIOZZI, (nt. 28), 189 ss.]. È importante anche notare (sul punto si tornerà riesaminando la questione in base al diritto societario riformato) che il divieto di compiere atti *ultra vires* ricavato dalla dottrina in relazione alla disciplina previgente delle spa certo valeva, prima della riforma, anche per le s.r.l. In particolare l'art. 2361 c.c. (dal quale veniva desunto il divieto in esame), pur non espressamente richiamato dalla vecchia disciplina per le srl era ritenuto applicabile analogicamente anche alle stesse (v. DEMURO, *Distribuzione e spostamento di competenza tra amministratori e (decisioni dei) soci nella s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2005, I, 863 nt. 31; PATRIARCA, *La responsabilità del socio «gestore» di s.r.l.*, in *Società*, 2007, 1197 nt. 44; STELLA RICHTER, *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, 2004, 11 ss. ritenendo l'art. 2361, co. 1, c.c. espressione di un principio generale, ma in riferimento alla disciplina post riforma; Trib. Pistoia, 30 maggio 1994, *Riv. not.*, 1995, 334; contra Trib. Prato 11 maggio 1988; *Riv. notariato*, 1989, 452).

<sup>(101)</sup> Cfr. nt. 59.

<sup>(102)</sup> La riflessione nel testo segue l'iter argomentativo proposto dalla dottrina che ha studiato specificamente la questione della delibera assembleare che autorizzi l'atto non pertinente all'oggetto sociale. Dimostrata la vigenza nell'ordinamento anteriore la riforma del diritto societario di un divieto generale di attuare una deviazione dall'oggetto sociale senza una previa modifica, tale dottrina affermava — fatta salva l'ipotesi di delibera unanime — che «non si può dubitare dell'invalidità di una delibera dell'assemblea... che un tale divieto trasgredisca», incentrandosi la discussione esclusivamente sul tipo di invalidità (nullità o annullabilità) applicabile. Il che, come si dice nel testo, dipende dalla natura dell'interesse che si ritiene protetto dal divieto.

<sup>(103)</sup> BORGIOI, (nt. 8), 281 ss., il quale afferma che «l'interesse alla conservazione dell'integrità patrimoniale è certamente un interesse della società, prima ancora che dei creditori sociali», ma «mentre nei confronti della società tali obblighi sono in certo senso disponibili, *questa disponibilità viene meno verso i creditori*»; ed aggiunge che «gli obblighi di conservazione del patrimonio sociale non sono altro che *la misura dell'indisponibilità (nei confronti dei creditori sociali) di quegli stessi doveri che gli amministratori hanno verso la società*» (corsivi aggiunti); da ultimo MOZZARELLI, (nt. 96), 48, secondo cui da ogni clausola generale concernente il comportamento degli amministratori è possibile trarre, tramite la capacità selettiva dell'art. 2394 c.c., anche doveri di comportamento verso i creditori, in modo

soci. Qualora si ammetta che gli obblighi volti a tale conservazione comprendano anche il divieto di compiere atti estranei all'oggetto sociale, quest'ultimo non potrebbe essere derogato tramite una decisione dell'assemblea che, in tal modo, pregiudicherebbe un interesse di soggetti terzi. Ne consegue la nullità di una delibera che avesse autorizzato un'operazione *ultra vires* per violazione di un divieto imperativo <sup>(104)</sup> per i soci.

A sostegno di tale conclusione, peraltro, non si può obiettare che sarebbe indebito ricavare una tutela reale (*sub specie* di invalidità) da una norma (l'art. 2394 c.c.) che prevede esclusivamente un rimedio di tipo risarcitorio. Infatti, occorre considerare che, prima della riforma, la dottrina si pronunciava senz'altro per la nullità delle delibere assembleari in contrasto con quelle specifiche norme imperative pacificamente riconducibili alla previsione dell'art. 2394 c.c. <sup>(105)</sup>. Non si vedono, perciò, motivi per discostarsi da tale conclusione, qualora si ammetta che anche la previsione dell'art. 2384, co. 1, c.c. (e 2361, co. 1, c.c.) <sup>(106)</sup> previgente fosse da annoverare fra gli obblighi diretti a salvaguardare l'integrità del patrimonio sociale e, dunque, l'interesse dei creditori sociali <sup>(107)</sup>.

13. (segue): *riesame della pronuncia della Cassazione alla luce degli argomenti appena esposti*. — Le considerazioni svolte al prgr. precedente sembrano capaci di

---

che rilevi solo la parte relativa alla conservazione dell'integrità patrimoniale, *sancendone così l'indisponibilità da parte dei soci*; BRIZZI, (nt. 96), 1051, secondo il quale la funzione dell'art. 2394 c.c. è quella di rendere «indisponibili da parte dei soci il valore dell'integrità del patrimonio sociale»; conf. anche BONELLI, *L'art. 1462 l. fall.: l'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori delle spa fallite*, in questa *Rivista*, 1982, 787; CALANDRA BUONAUURA, (nt. 27), 218-219.

<sup>(104)</sup> Tramite la delibera in esame i soci dispongono di un interesse dei creditori sociali, come tale per loro indisponibile. Il che equivale a dire che il divieto di porre in essere atti *ultra vires*, se posto a tutela di interessi di soggetti terzi rispetto ai soci, è inderogabile da un atto a questi ultimi imputabile. Peraltro a sostegno di quanto si dice nel testo si tenga conto che nel nostro ordinamento vige «la regola solenne della non eteronomia», ossia della intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui (D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, in *Fallimento*, 1990, 189, il quale individua il referente normativo di tale principio nella «forma parziale e impropria dell'art. 1372 c.c.»; ROPPO, *Il contratto*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, Utet, 1989, 86; SACCHI, il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata, Milano, Giuffrè, 1984, 65).

<sup>(105)</sup> V. per la riconduzione fra gli obblighi ex art. 2394 c.c. degli artt. 2357, 2359-bis, 2360, 2358, 2410, 2449, c.c. previgente CALANDRA BUONAUURA, (nt. 27), 219 ss. e la dottrina lì citata. V. inoltre alle pagg. 230 ss. *per l'affermazione della nullità delle delibere adottate in violazione di tali precetti*, nell'ambito di un'indagine relativa alla facoltà degli amministratori di opporsi legittimamente all'attuazione di delibere assembleari in materia gestoria che avessero violato i precetti dettati a tutela dell'integrità del patrimonio sociale.

<sup>(106)</sup> Per il rilievo dello stesso nel ricostruire il divieto di compiere atti estranei all'oggetto sociale v. GLIOZZI, (nt. 28), 194 ss.; CASELLI, (nt. 28), 183 ss.

<sup>(107)</sup> Non si obietti contro tale ipotesi quanto rilevato sopra alla nt. 78 e testo corrispondente. Di per sé infatti il disposto del vecchio art. 2384-bis c.c. poteva essere considerato compatibile anche con la nullità dell'atto *ultra vires*. V. DE IULIIS, (nt. 73), 1839. Non sembra si possa obiettare alla conclusione del testo nemmeno che i creditori vedrebbero il loro interesse all'integrità patrimoniale già tutelato tramite il risarcimento del danno ex art. 2394 c.c. La tutela risarcitoria opera infatti come tutela successiva, che presuppone che un danno si sia prodotto; con l'inconveniente poi che il patrimonio degli amministratori non sia sufficientemente capiente per risarcire il danno arrecato al patrimonio sociale. La soluzione indicata nel testo consente ai creditori di fruire di una tutela reale avente carattere preventivo, poiché impedisce all'atto estraneo all'oggetto sociale di produrre effetti per la società.

validare la decisione della Cassazione in merito alla nullità della delibera unanime dell'Alpe Invest.

Non c'è dubbio, infatti, che l'operazione esaminata dalla sentenza potesse essere ritenuta oltre che *ultra vires* anche lesiva dell'interesse all'integrità del patrimonio sociale.

Intanto, la prestazione di una fideiussione per debito altrui è idonea «ad intaccare il patrimonio della società garante» *fin dalla sua concessione*, a prescindere, quindi, dalla sua escussione da parte del creditore garantito. Ciò in quanto, comportando l'assunzione di una nuova obbligazione da parte del garante, la fideiussione restringe la capacità di quest'ultimo di soddisfare i propri creditori, che dovranno perciò concorrere sul suo patrimonio con il garantito <sup>(108)</sup>. E comunque nel caso oggetto della pronuncia in esame la menomazione dell'integrità patrimoniale della società garante si era concretamente realizzata, in quanto il Banco Ambrosiano Veneto aveva richiesto l'adempimento del debito altrui proprio alla società, in qualità di fideiubente.

Per di più, nel caso di specie, la garanzia per debito altrui era stata concessa in assenza di alcun prevedibile vantaggio corrispettivo per la Alpe Invest, in quanto la società-debitrice principale versava in evidente e noto stato di decozione <sup>(109)</sup>. Ed inoltre l'entità dell'importo garantito era tale da determinare l'insolvenza della garante <sup>(110)</sup>.

Poiché gli obblighi relativi alla conservazione dell'integrità patrimoniale *ex art. 2394 c.c.* (o 2487 per le s.r.l.) vietano di «*indebolire il patrimonio sociale, che costituisce ex art. 2470 c.c. la garanzia generica del loro debito*» <sup>(111)</sup>, non c'è dubbio che essi siano stati violati dalla prestazione della fideiussione da parte della Alpe Invest.

Se si condivide, dunque, quanto osservato al paragrafo precedente, la delibera assembleare che aveva autorizzato la prestazione della garanzia poteva essere giudicata nulla.

14. (segue): *le conseguenze sull'atto compiuto dall'amministratore unico*. — Per quanto riguarda la fideiussione prestata dalla Alpe Invest due sono le possibili conseguenze che possono derivare in caso si ritenga fondata l'argomentazione appena esposta a fondamento della nullità della delibera assembleare unanime.

a) Laddove si condivida l'opinione dominante *ante riforma* <sup>(112)</sup>, l'atto *ultra vires*, in conseguenza della nullità della delibera assembleare che l'aveva autorizzato, sarebbe rimasto semplicemente inefficace (salvo il limite di cui all'art. 2384-bis c.c. *previg.*). Infatti, una delibera nulla, per opinione pacifica — almeno vigente il regime normativo anteriore alla riforma <sup>(113)</sup> — veniva considerata inefficace *ab origine* <sup>(114)</sup>. Ne consegue che nel caso in esame la delibera della Alpe Invest non poteva esplicitare

---

<sup>(108)</sup> MIOLA, (nt. 16), 201 ss. e la dottrina e la giurisprudenza cit. a nt. 30; conf. LAMANNA, *La presunzione di onerosità delle garanzie contestuali nella novella disciplina della revocatoria*, in *Fall.*, 2006, 406; BENEDETTI, (nt. 2), 412 ss. nt. 102.

<sup>(109)</sup> Nessun vantaggio è dato ravvisare nel caso in esame a favore della Alpe Invest, posto che questo non era stato corrisposto dalla banca garantita, né poteva essere corrisposto dalla Piemmeti, stante lo stato di insolvenza in cui versava. Anche valorizzando l'esistenza di un gruppo, comunque dai fatti riportati la fideiussione sembrava comportare soltanto oneri per la garante.

<sup>(110)</sup> Ciò pare potersi desumere dal passaggio della motivazione nel quale la Cassazione afferma che la fideiussione concessa dalla Alpe Invest era in grado di «rovinare una società di capitali solvente».

<sup>(111)</sup> MOZZARELLI, (nt. 96), 49.

<sup>(112)</sup> Cfr. sopra, (ntt. 50 e 51).

<sup>(113)</sup> La tesi accolta prima della riforma è stata messa in dubbio successivamente alla stessa: v. per i termini della questione e gli opportuni riferimenti CENTONZE, *L'inesistenza delle*

l'effetto di autorizzazione nei confronti dell'amministratore unico, rilevante per sanare l'inefficacia dell'atto *ultra vires* ai sensi delle norme generali in materia di rappresentanza.

b) In alternativa, però, può ritenersi fondata anche la statuizione della Suprema Corte relativa alla nullità della fideiussione prestata dall'amministratore unico della Alpe Invest. Tale contratto è stato definito illecito in motivazione. La nozione di illiceità ai sensi dell'art. 1343 c.c. comprende la contrarietà a norme imperative, da intendersi (secondo la più recente dottrina civilistica) <sup>(115)</sup> come quelle norme finalizzate alla tutela di un interesse generale. Laddove si condivida la ricostruzione in merito agli interessi sottesi al divieto di compiere atti *ultra vires* alternativa a quella proposta dalla giurisprudenza teorica e pratica dominante, è possibile sostenere il carattere imperativo delle disposizioni da cui tale divieto è ricavabile e, dunque, la nullità del contratto che le violi <sup>(116)</sup>.

15. *Il compimento di atti estranei all'oggetto sociale nella disciplina riformata della s.r.l.* — La sentenza in esame è stata resa applicando la disciplina in materia di oggetto sociale previgente la riforma del diritto societario (d.lgs. 6/2003). È opportuno, pertanto, esaminare brevemente la questione affrontata dalla pronuncia sulla base del diritto societario riformato.

La fattispecie sottoposta alla cognizione della Cassazione sembra trovare una specifica previsione normativa nella disciplina novellata della s.r.l. In particolare l'art. 2476, co. 7, c.c. prevede la responsabilità in solido con gli amministratori per quei soci che abbiano *autorizzato* (o deciso) intenzionalmente il compimento di un atto dannoso.

---

*delibere assembleari di spa*, Torino, Giappichelli, 2008, 311 ss., il quale conferma la tesi preferita *ante* 2003.

<sup>(114)</sup> Per tutti STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni di s.p.a. La nuova disciplina*, in ABBADESSA-PORTALE, *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, II, Torino, Utet, 2006, 207.

<sup>(115)</sup> MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in VASSALLI, VISENTINI (a cura di), *Legislazione economica. Studi*, Milano, Giuffrè, 1981, 315 ss. e 317 ss.

<sup>(116)</sup> Tali possibili conclusioni, peraltro, non debbono considerarsi in contrasto con lo speciale regime di opponibilità degli atti *ultra vires* previsto dal previgente art. 2384-bis ed, in particolare, con la tutela apprestata dalla disposizione a favore dell'affidamento dei terzi contraenti della società in buona fede e (mediatamente) dell'interesse generale alla certezza dei rapporti giuridici. Quanto rilevato a sostegno della pronuncia della Cassazione, infatti, vale esclusivamente presupponendo che la controparte della società nel negozio estraneo all'oggetto sociale fosse in mala fede e, come tale, non meritevole di beneficiare del regime di inopponibilità di cui all'art. 2384-bis c.c. previg. Pertanto, in tal caso, l'interesse dei creditori sociali al rispetto dell'oggetto sociale poteva prevalere su quello alla validità ed efficacia dell'atto *ultra vires* del terzo contraente con la società. E la prevalenza del primo interesse sul secondo sarebbe derivata proprio dalla nullità — sopra ipotizzata — della delibera assembleare di autorizzazione dell'atto non pertinente all'oggetto sociale, sulla quale si fondava la pretesa efficacia di quest'ultimo verso il terzo contraente. Laddove costui fosse risultato in buona fede, al contrario, l'atto *ultra vires* sarebbe stato comunque efficace a prescindere da qualsiasi autorizzazione assembleare e a prescindere dalla sua qualificazione (in base alle regole generali, come inefficace o come nullo), essendo considerata prevalente la necessità di tutelare — mediante la sua efficacia, appunto — l'affidamento del terzo contraente e, per suo tramite, la certezza dei rapporti giuridici [v. DE IULIIS, (nt. 59), 1839 rileva che la «salvezza» di un atto «non può mutare la natura» dello stesso (per es. la sua illiceità e, dunque, la sua invalidità); «ciò non toglie che, per esigenze di speditezza e certezza dei traffici giuridici, il legislatore possa, con norma eccezionale, far salvo l'atto ultroneo nei confronti dei terzi e considerarlo "inopponibile"....». L'autore cita come esempi gli artt. 2377, co. 7, 2388, co. 5, 1153 c.c.].

Inoltre, l'art. 2479, co. 1, c.c. prevede l'*approvazione* da parte dei soci di un argomento loro sottoposto dagli amministratori <sup>(117)</sup>. La disciplina della s.r.l., dunque, si differenzia sul punto dalla disciplina della s.p.a., nella quale il nuovo art. 2364, co. 1 n. 5 c.c. non prevede più la facoltà (*ex art. 2364, co. 1, n. 4, c.c. previg.*) degli amministratori di sottoporre all'assemblea operazioni attinenti alla gestione sociale <sup>(118)</sup>.

Tuttavia, alla fattispecie concreta esaminata dalla Suprema Corte potrebbe risultare applicabile, dopo la riforma, anche una diversa norma contenuta nella disciplina della s.r.l., ovvero l'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c., il quale riserva alla competenza dei soci (per di più riuniti in assemblea, senza possibilità di ricorrere ai metodi decisionali extra-assembleari di cui all'art. 2479, co. 3, c.c.) la decisione di compiere operazioni «che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo...» <sup>(119)</sup>.

La norma, infatti, riguarda «il momento in cui la società decide di compiere talune «operazioni», non l'ipotesi in cui si tratta «di modificare il testo dell'atto costitutivo (con riguardo all'oggetto sociale...), affinché poi gli amministratori deliberino di compiere talune operazioni» <sup>(120)</sup> che in precedenza erano loro vietate. Nella disciplina novellata

---

<sup>(117)</sup> La disciplina della s.r.l. presenta una differenza letterale tra la previsione di cui all'art. 2479, co. 1, c.c., dove si parla di *approvazione* da parte dei soci; e l'art. 2476, co. 7, c.c., il quale parla di *autorizzazione* come fa l'art. 2364, n. 5 per le s.p.a. La dottrina che si è occupata della questione afferma

— in primo luogo, la differente natura dei due atti (cfr. DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione*, Milano, Giuffrè, 2008, 151 nt. 78), motivo per cui nel testo vengono considerati separatamente. La delibera intervenuta nel caso in esame sembra da ricondurre al concetto di autorizzazione, da intendersi quale atto idoneo a «rimuovere un limite alla competenza degli amministratori su uno specifico atto (nella fattispecie quello estraneo all'oggetto sociale)» (v. DEMURO, *op. loc. ult. cit.*).

— che gli stessi, tuttavia, possano essere assimilati sia sotto il profilo della titolarità del potere decisionario in merito all'atto considerato (che in entrambi i casi rimane agli amministratori);

— sia sotto il profilo della responsabilità deliberativa derivante al socio per aver concorso all'una o all'altra (MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, 3, 2006, 667 ss., secondo il quale l'art. 2476, co. 7, c.c. opera a prescindere dalle modalità organizzative delle competenze sociali nella s.r.l. ed a fronte di qualunque manifestazione di volontà che valga a dare impulso all'azione degli amministratori o a rimuovere un ostacolo al suo svolgimento; DEMURO, *op. cit.*, 151 ss. e nt. 78).

<sup>(118)</sup> V. oltre la lettera dell'art. novellato, anche la Relazione al d.lgs. 6/2003, § 5 e gli autori cit. in TASSINARI, *sub art. 2364*, in D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, vol. II, tomo I, Piccin, Padova, 2010, 464 nt. 56; per il tentativo di ridimensionare la portata innovativa del silenzio serbato sulle autorizzazioni richieste dagli amministratori dal nuovo art. 2364 c.c. v., invece, la dottrina cit. da TASSINARI, *op. cit.*, 465 nt. 57. Per un esame della previgente prescrizione *ex art. 2364, co. 1, n. 4 c.c. v.* ABBADESSA, *L'assemblea: competenze*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 3, \*, Torino, Utet, 37 ss.; CALANDRA BUONAURO, (nt. 27), 147 ss.

<sup>(119)</sup> La norma probabilmente è tributaria di alcune teorie che distinguevano fra atti modificatori e atti (soltanto) estranei all'oggetto sociale (lo nota GALLETI, *sub art. 2473*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, III, 2005, Padova, Cedam, 1905-1906) per la cui esposizione e confutazione v. GLIOZZI, (nt. 28), 168 ss.

<sup>(120)</sup> VIGO, *Decisioni dei soci: competenze*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, 3, Torino, Utet, 2006, 456, il quale desume dall'art. 2380-bis (dettato per la s.p.a.) il divieto generale per gli amministratori di compiere operazioni diverse da quelle «necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (conf. CAPO, *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in questa *Rivista*, 2003, I, 511, il quale argomenta proprio dall'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c.) [v. VIGO, *op. cit.*, 457, anche per indicazioni circa la disciplina applicabile a tali decisioni (maggioranza, forma, recesso) e pag. 458 per indicazioni relative al rapporto fra la norma in esame e l'art. 2361, co. 1, c.c. che si riferisce all'acquisto di partecipazioni in altre imprese capaci di modificare sostanzialmente l'oggetto

della s.r.l., dunque, le operazioni previste dall'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c. sono inderogabilmente («in ogni caso») riservate alla competenza dei soci. La disposizione incide, cioè, sul riparto delle competenze fra soci e amministratori, ampliando la sfera gestionale dei primi e riducendo, correlativamente, quella dei secondi. La delibera dei soci che l'art. 2479, co. 2, n. 5 prende in considerazione, quindi, ha una duplice valenza: essa reca una modificazione *implicita* dell'atto costitutivo tramite una decisione (*rectius*, delibera) gestionale assunta direttamente dai soci <sup>(121)</sup>.

Ciò rilevato, l'operazione compiuta dalla Alpe Invest pare capace di integrare gli estremi dell'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c. Intanto perché la fattispecie concreta oggetto della controversia in esame ha avuto origine proprio dal compimento di un atto *ultra vires in mancanza di una precedente modifica formale dell'oggetto statutario*. Inoltre, nel tentativo di individuare le operazioni rilevanti ai sensi di tale disposizione si è detto che le stesse devono essere estranee all'oggetto statutario e tanto rilevanti da modificarlo. Tra queste dovrebbero essere annoverate le operazioni finanziarie di rilevante ammontare e non riferibili all'attività sociale formalmente dichiarata <sup>(122)</sup>. Pertanto, anche il rilascio di una garanzia <sup>(123)</sup> per debito altrui eccedente (nell'ammontare garantito) il capitale sociale pare integrare gli estremi di un'operazione comportante una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale <sup>(124)</sup>.

16. *L'opponibilità dell'atto contrario all'oggetto sociale dopo la riforma del diritto societario: qualche spunto.* — La scelta di ricondurre l'operazione compiuta dall'amministratore della Alpe Invest alla previsione di cui all'art. 2479, co. 1, c.c. <sup>(125)</sup> ovvero all'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c. comporta ricadute molto rilevanti in ordine al regime di opponibilità nei confronti dei terzi.

In primo luogo, deve rilevarsi che l'autorizzazione assembleare al compimento di

---

sociale, laddove quest'ultima espressione è stata interpretata in modo analogo al significato attribuito alla stessa espressione utilizzata all'art. 2470, co. 2 n. 5, c.c., su cui v. oltre); GUERRIERI, *sub* 2479, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, III, Padova, Cedam, 2005, 2023 nt. 11, per cui la distinzione affermata nel testo si rende necessaria al fine di attribuire alla previsione in esame un'autonomia portata precettiva rispetto all'art. 2479, co. 2, n. 4, c.c.; Nuzzo, *sub* 2479, in Niccolini-Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali*, Jovene, Napoli, 2004, III, 1625 ss., per il quale si parla di modifica «sostanziale» nel senso che essa è l'effetto dell'operazione decisa e non l'oggetto immediato della decisione; conf. DEMURO, (nt. 100), 861.

<sup>(121)</sup> VIGO, (nt. 120), 457.

<sup>(122)</sup> VIGO, (nt. 120), 458-459.

<sup>(123)</sup> Per l'assimilazione della prestazione di una garanzia ad un'operazione di finanziamento v. Maugeri, *Finanziamenti "anomali" dei soli e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, 151, ove si legge: «Pochi dubbi dovrebbero sussistere... in ordine al fatto che la stessa [nozione di finanziamento] includa anche la prestazione di garanzie da parte del socio per finanziamenti concessi da terzi».

<sup>(124)</sup> Del resto una garanzia prestata per una somma eccedente il capitale sociale — quale quella oggetto della controversia in esame — pare certamente capace di comportare una «flessione» stabile dell'organizzazione dell'impresa e una modifica della sua struttura finanziaria, tale da risultare di fatto eccedente rispetto alle direttive funzionali statutarie [così nel definire la nozione di modifica sostanziale dell'oggetto sociale GALLETI, (nt. 119), 1906 sulla scorta di CASS., 2003, 9100; GUERRIERI, (nt. 120), 2023] in quanto si utilizza il capitale, ovvero la somma affetta da un vincolo di destinazione all'esercizio dell'attività sociale per un impiego diverso da quello statutariamente prefissato. Non pare che l'ipotesi sia molto diversa da quella della cessione o affitto dell'azienda pacificamente rientrante — per la dottrina — nella previsione dell'art. 2479, co. 2, n. 5 c.c.

<sup>(125)</sup> Cioè di considerarla un semplice atto estraneo all'oggetto sociale, sottoposto, su iniziativa degli amministratori, all'approvazione dei soci.

un atto estraneo all'oggetto sociale — come dimostrano i casi concreti su cui si è pronunciata la giurisprudenza (compreso quello qui esaminato) — è una circostanza di fatto dedotta in giudizio a fondamento di un'eccezione alla domanda della società agente, avente come *petitum* la dichiarazione di estraneità all'oggetto sociale di un atto e, dunque, la sua inefficacia. Si tratta, quindi, di una questione pervenuta alla cognizione dei giudici solo nei casi in cui, in base al previgente art. 2384-*bis* c.c., il carattere *ultra vires* dell'atto risultava opponibile al terzo contraente (essendo costui in mala fede). In caso contrario, infatti, la società non avrebbe potuto opporre al terzo contraente l'inefficacia dell'atto estraneo all'oggetto sociale.

Perciò, il problema sembrerebbe destinato ad essere fortemente ridimensionato a seguito della riforma. Infatti, la dottrina interpreta l'abrogazione dell'art. 2384-*bis* c.c. (e dell'art. 2487 c.c. che lo richiamava per le s.r.l.) e la previsione di cui al nuovo art. 2475-*bis* c.c. per le s.r.l. (qual era la Alpe Invest) nel senso che l'oggetto sociale costituisce oggi un limite solo al potere gestorio degli amministratori, inidoneo, come tale, ad influire sui rapporti negoziali da questi stipulati con i terzi, quali rappresentanti della società; con la conseguenza che essa è, in linea di principio, destinata a rimanere vincolata nei confronti di questi ultimi, anche quando il rappresentante compia un atto *ultra vires* <sup>(126)</sup>. Salvo il caso in cui il terzo contraente abbia agito intenzionalmente a danno della società (art. 2384, co. 2, per le s.p.a. e 2475-*bis*, co. 2, c.c. per le s.r.l.) <sup>(127)</sup>.

Dunque, l'atto estraneo all'oggetto sociale è, in base al diritto societario novellato, di per sé normalmente vincolante per la società, ad eccezione dell'ipotesi appena menzionata che, tuttavia, ricorre solo in presenza di un presupposto soggettivo riferito al terzo davvero restrittivo. Di conseguenza risultano molto limitati i casi in cui la società può opporre il carattere *ultra vires* dell'atto compiuto dai propri amministratori ai terzi contraenti; cosicché questi ultimi non avranno necessità di far valere in giudizio l'intervenuta autorizzazione assembleare dell'atto estraneo all'oggetto sociale, per ottenerne — secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza — il riconoscimento dell'efficacia.

Quanto appena rilevato, però, vale soltanto se la prestazione della garanzia da parte della Alpe Invest venga considerato un atto semplicemente estraneo all'attività

---

<sup>(126)</sup> CAGNASSO, sub art. 2475 e 2475-*bis*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, Zanichelli, \*\*, 2004; ABRIANI, *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 421, il quale ricava dalla relazione illustrativa al d.lgs. 6/2003 la volontà del legislatore della riforma di estendere anche agli atti estranei all'oggetto sociale la disciplina dei limiti statuari. Lo stesso dicasi in relazione alla nuova disciplina delle s.p.a. ai sensi dell'art. 2380-*bis*, co. 1, c.c. (secondo il quale la gestione è limitata alle «operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale») e 2384, co. 1, c.c. (secondo il quale il potere di rappresentanza è generale). Per tutti, ampiamente, CALANDRA BUONAURA, (nt. 57), 660 ss. L'autore rileva come la scelta compiuta in occasione della riforma non faccia che dare piena attuazione alla regola ex art. 9, n. 1, della direttiva 68/151/CEE ove si prevede che «gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la società nei confronti dei terzi, anche quando tali atti sono estranei all'oggetto sociale», senza più avvalersi, come in precedenza con la novella del 1969, della riserva contenuta nella medesima disposizione circa gli atti *ultra vires*. Conf. VISCUSI, (nt. 4), 211 e la dottrina citata a nt. 28.

<sup>(127)</sup> Sul punto v. CALANDRA BUONAURA, (nt. 57), 664 ove a nt. 9 ampi riferimenti alla dottrina conforme; R. SANTAGATA, (nt. 1), 1272 ss. e nt. 40; ABRIANI, (nt. 126), 421; VISCUSI, (nt. 4), 211 ss. *Contra*, per l'esclusione dell'atto *ultra vires* dall'ambito di applicazione dell'art. 2384, co. 2, c.c., in quanto limite legale come tale generalmente opponibile ai terzi, v. DE IULIIS, (nt. 59), 1841 ss.; e CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle spa*, in *Contr e impr.*, 2003, 152 ss.

indicata nell'atto costitutivo della s.r.l. <sup>(128)</sup>. Qualora, invece, si ritenga tale operazione suscettibile di determinare una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale <sup>(129)</sup> (art. 2479, co. 2, n. 5, c.c.) allora la (mancanza della) decisione dei soci costituisce (violazione di) un limite legale e non statutario al potere di rappresentanza degli amministratori <sup>(130)</sup>, come tale opponibile ai terzi — secondo la dottrina prevalente <sup>(131)</sup> — a prescindere dal loro stato soggettivo.

17. Segue: *la prova del dolo del terzo*. — A fronte dell'applicazione, a seguito della riforma, dell'*exceptio doli* quale discrimine fra l'efficacia e l'inefficacia nei confronti dei terzi contraenti con la società anche dell'atto *ultra vires* (artt. 2384, co. 2, e 2475-bis, co. 2, c.c.) <sup>(132)</sup>, si rende necessaria qualche ulteriore riflessione relativa all'onere probatorio che la società stessa deve assolvere per sottrarsi agli impegni assunti dai propri amministratori.

Si è già visto come, nel caso in cui contraente dell'atto *ultra vires* sia un istituto di credito, la mala fede di quest'ultimo venga presunta dalla giurisprudenza sulla base della natura dell'attività da esso svolta e della sua qualità di operatore economico altamente qualificato.

Il ricorso a tale presunzione, tuttavia, pare ammissibile soltanto in relazione alla disciplina dell'abrogato art. 2384-bis c.c. *Ante* riforma, infatti, si riteneva che la mala fede da cui — interpretando *a contrario* tale disposizione — dipendeva l'opponibilità al terzo dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale comprendesse non soltanto la *conoscenza effettiva* dell'estraneità, ma anche l'*ignoranza dovuta a colpa grave* <sup>(133)</sup>. Proprio

---

<sup>(128)</sup> In realtà quanto appena detto nel testo circa il regime di opponibilità ai terzi degli atti estranei all'oggetto sociale previsto dal nuovo art. 2475-bis c.c. per le s.r.l. vale anche qualora si qualifichi l'atto dell'Alpe Invest come modifica di fatto dell'oggetto sociale se si condivide quell'opinione dottrinarica che ritiene applicabile tale norma tanto alle limitazioni legali, quanto a quelle convenzionali al potere di rappresentanza degli amministratori. V. *infra* nt. 131.

<sup>(129)</sup> Per la distinzione v. CORRIAS, *In tema di eccesso di rappresentanza degli amministratori di srl e di atti estranei all'oggetto sociale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2445 ss. e quanto detto a nt. 119. Naturalmente in tal caso la società opporrebbe al terzo l'inefficacia dell'atto compiuto dagli amministratori, in conseguenza della mancanza della necessaria decisione dello stesso da parte dei soci.

<sup>(130)</sup> ABRIANI, (nt. 126), 421; CORRIAS, (nt. 129), 2445 ss. e nt. 58 ove ulteriori ampi riferimenti dottrinari. Contro la qualificazione di tali operazioni come limite legale al potere degli amministratori v. la dottrina cit. in GISOLFI-LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. not.*, 2004, 1329 ss. nt. 42.

<sup>(131)</sup> ABRIANI, (126), 421; CORRIAS, (129), 2445 ss. e nt. 53 ove ampi riferimenti. Vi sono tuttavia autori che assoggettano anche le limitazioni legali al regime dell'inopponibilità salva l'*exceptio doli* [BONELLI, (nt. 3), 2004, 942; ABRIANI, sub artt. 2475-bis e 2475-ter, in BENAZZO-PATRIARCA (diretto da), *Codice commentato delle s.r.l.*, Torino, 2006, 309 ss. (il quale quindi muta opinione rispetto all'opera appena sopra cit.); D'AGOSTINO, *Passato e presente dell'atto ultra vires nel sistema di gestione delle società per azioni non quotate: la vendita dell'unico immobile strumentale all'attività sociale*, *Riv. not.*, 2005, 1303 ss.] ed altri che ritengono sufficiente la mala fede [CALANDRA BUONAURO, (nt. 57), 673 ss.].

<sup>(132)</sup> E salvo che non si ritenga di dover ricondurre l'atto in esame alla fattispecie *ex* art. 2479, 2 co., n. 5, c.c. e, dunque, fra le limitazioni legali al potere di rappresentanza degli amministratori, per le quali, secondo la dottrina prevalente, vige un diverso regime di opponibilità ai terzi contraenti con la società (v. sopra, prgr. precedente).

<sup>(133)</sup> V. CALANDRA BUONAURO, (nt. 27), 208 ss. e nt. 90; LA VILLA, (nt. 28), 239 ss.; CASELLI, (nt. 28), 116 ss.; GLIOZZI, (nt. 28), 139 ss., tutti attribuendo rilievo decisivo alla lettera dell'art. 9, co. 2, della Prima direttiva. Più precisamente la dottrina ha precisato che «la colpa — ... anche se grave — non assume rilevanza» e che «la buona fede sussiste se vi sia ignoranza

la riconducibilità entro la nozione di mala fede di quest'ultimo stato soggettivo consente di spiegare perché, al fine dell'applicazione dell'art. 2384-bis c.c. previg., rilevasse lo *status* professionale degli istituti di credito come fondamento della presunzione di conoscibilità<sup>(134)</sup> della non pertinenza dell'atto all'oggetto sociale. Poiché la giurisprudenza parametrava la diligenza minima necessaria a conoscere l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale (ossia l'esistenza della colpa grave) alla «professionalità» dell'operatore bancario in applicazione dell'art. 1176, co. 2, c.c., esso veniva presunto in mala fede e dunque non meritevole di beneficiare dell'inopponibilità di cui all'art. 2384-bis c.c. In altri termini, le qualità soggettive proprie della banca erano considerate tali da non poter ridurre la sua eventuale inconsapevolezza ad un'ignoranza incolpevole.

Tale orientamento non sembra riproponibile sotto la vigenza dei nuovi artt. 2384, co. 2, e 2475-bis, co. 2, c.c., nel cui ambito di applicazione rientrano, a seguito della riforma, anche gli atti *ultra vires*. La norma dispone l'opponibilità delle limitazioni dei poteri degli amministratori ai terzi che «abbiano intenzionalmente agito a danno della società». Quest'ultimo requisito soggettivo sembra maggiormente restrittivo rispetto al concetto di mala fede, nel senso che per poterlo ritenere sussistente non è «sufficiente provare che il terzo ... non poteva ignorare l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale». Occorre, al contrario, provare nel terzo la *conoscenza effettiva* della concreta esorbitanza dell'atto e la consapevolezza del pregiudizio che l'atto *ultra vires* può arrecare alla società<sup>(135)</sup>. Non essendo sufficiente per l'applicazione dell'art. 2384, co. 2, o dell'art. 2475-bis, co. 2, ult. parte, c.c. la prova della mera ignoranza colpevole del terzo, quindi, non pare più rilevante la presunzione di negligenza della banca basata dalla giurisprudenza sulla sua qualità di operatore economico professionale. *La presunzione di colpa fondata sullo status professionale della banca vale solo al fine di provare la conoscibilità* (riconducibile all'art. 2384-bis c.c. previg.) *non la conoscenza effettiva*<sup>(136)</sup> (necessaria ai sensi dell'art. 2384, co. 2, e 2475-bis, co. 2, ult. parte, c.c.). Il risultato dovrebbe

---

anche se affatto inescusabile» [MINERVINI, (nt. 7), 136 ss.]. La scusabilità dell'ignoranza (per assenza di colpa), dunque, non appartiene all'essenza della buona fede, «ma costituisce un elemento autonomo che la legge può richiedere o non richiedere al fine di tutelare lo stato di buona fede di un soggetto» [GLIOZZI, (nt. 28), 142 e gli Autori, (nt. 141)].

<sup>(134)</sup> Pare evidente che affermare la conoscibilità di un elemento di fatto equivalga a sostenere, nel caso di ignoranza di tale circostanza, che la stessa è dovuta a colpa, ossia a negligenza. V. VISCUSI, (nt. 4), 216, la quale equipara l'agevole conoscibilità del vizio al mancato utilizzo di un minimo di diligenza al fine di ammettere l'esistenza della mala fede ex art. 2384-bis c.c.; CALANDRA BUONAURA, (nt. 27), 209.

<sup>(135)</sup> V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 27), 146; Id., (nt. 57), 665 precisa, a seguito della riforma, che il secondo elemento indicato nel testo è indispensabile per configurare l'intenzionalità del danno; MARTORANO, (nt. 73), 256; e, dopo la riforma, GISOLFI-LUPETTI, (nt. 130), 1329 ss. Per la definizione del concetto dell'*exceptio doli* (comprendente la conoscenza e non la mera conoscibilità) v. per tutti in giurisprudenza Cass., 8 novembre 2000, n. 14509, in *Dir. fall.*, 2001, II, 80.

<sup>(136)</sup> *Ex multis*, emblematica è la statuizione di Cass., 28 agosto 2004, n. 17213, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 7-8, per cui «la conoscenza... non può essere ravvisata dove l'ignoranza... sia colpevole». V. anche VISCUSI, (nt. 4), 217 ss., la quale chiaramente afferma che l'orientamento giurisprudenziale circa la prova della mala fede della banca costituiva un coerente sviluppo del vecchio art. 2384-bis c.c. in quanto per la sua applicazione rilevavano tanto la conoscenza quanto l'ignoranza incolpevole, mentre esso sarebbe infondato a fronte di una prescrizione normativa che dia rilievo solo allo stato soggettivo di conoscenza dell'istituto di credito. V. la stessa autrice anche per la netta distinzione fra conoscenza, intesa come stato psicologico effettivo e conoscibilità intesa come «dovere di conoscenza che nasce, in definitiva, dalla nozione oggettiva di colpa» (posto che «escludere la buona fede ex art. 2384-bis c.c. in presenza di colpa grave equivale in sostanza ad imporre al terzo un obbligo di conoscenza»).

essere, pertanto, un aggravamento dell'onere probatorio a carico della società che volesse opporre al terzo l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale <sup>(137)</sup>.

Tale esito potrebbe essere determinato anche da una causa ulteriore.

Proprio in un caso analogo a quello in esame, si è affermato che l'estraneità di una fideiussione all'oggetto sociale della società garante non poteva *in concreto* essere accertata dal terzo in presenza di «un atto autorizzato all'unanimità dall'assemblea sociale». In altri termini, quest'ultima è stata ritenuta impedimento determinante al formarsi nel terzo dello stato di conoscenza/conoscibilità richiesto dalla legge al fine di rendergli opponibile l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale <sup>(138)</sup>.

Da tale opinione pare possibile trarre questa conseguenza: se la delibera autorizzatoria unanime è stata ritenuta capace di escludere la sussistenza della mala fede — comprendente oltre la conoscenza anche la mera conoscibilità — del terzo contraente, a *fortiori* dovrebbe essere ritenuta capace di escludere lo stato soggettivo — più stringente — di effettiva conoscenza, che l'aver intenzionalmente agito a danno della società *ex art. 2384, co. 2, o ex art. 2475-bis, co. 2, c.c. implica*.

18. *La validità della decisione di un atto estraneo all'oggetto sociale dopo la riforma.* — Tornando ad occuparci della sentenza in esame, non pare che alla luce della nuova disciplina della s.r.l. si possa pervenire ad una pronuncia analoga a quella adottata dalla Cassazione in base al diritto previgente <sup>(139)</sup>.

La questione ampiamente discussa in dottrina e in giurisprudenza prima della riforma concerneva infatti la validità di una delibera assembleare che, *in assenza di una preventiva modifica dell'atto costitutivo*, avesse autorizzato il compimento di un atto *ultra vires*. Le argomentazioni addotte per ricavare dal diritto societario previgente un divieto generale (ossia vincolante tutti gli organi sociali) di compiere atti estranei all'oggetto statutario in mancanza di una modifica formale della relativa clausola e, di conseguenza, l'invalidità della relativa delibera autorizzatoria <sup>(140)</sup>, non sono però riproponibili, successivamente alla riforma, per le s.r.l., posto che l'art. 2479, co. 2, n. 5 c.c. legittima espressamente i soci a deliberare (in assemblea) operazioni *che modificano di fatto l'oggetto sociale* <sup>(141)</sup>.

Ne consegue che, a seguito della riforma, la decisione di compiere un atto quale

---

<sup>(137)</sup> Nonostante quanto si afferma nel testo, non è detto che la giurisprudenza abbandoni, in ordine alla prova dell'elemento soggettivo riferito alla banca, l'argomentazione di cui si è detto in relazione all'art. 2384-bis c.c. previg., qualora essa applichi quell'orientamento che ha trovato ampio seguito in materia di azione revocatoria fallimentare. I giudici, infatti, pur premettendo che la *scientia decotionis ex art. 67 l. fall.* consiste in una conoscenza reale, desume indiziariamente quest'ultima dalla conoscibilità, così in sostanza equiparando la percepibilità della situazione di dissesto a quella di percezione effettiva.

<sup>(138)</sup> Trib. Milano, 3 gennaio 2000, (nt. 50) con nota adesiva di GHISALBERTI.

<sup>(139)</sup> Facendo mia un'osservazione del prof. Corsi, si può dire che la pronuncia in esame risulta, nelle conclusioni cui perviene, tardiva, poiché — per quanto si osserverà di seguito nel testo — superata dai dati normativi facenti parte della nuova disciplina delle s.r.l.

<sup>(140)</sup> V. sopra par. 12. E si tenga comunque conto che la dottrina prevalente — come sopra già rilevato — affermava l'invalidità della delibera autorizzatoria approvata a maggioranza ma non di quella approvata — come nella fattispecie in esame — da tutti i soci.

<sup>(141)</sup> V. in tal senso VIGO, (nt. 120), 456-457; GISOLFI-LUPETTI, (nt. 130). In particolare la rilevanza della norma citata consiste nel rendere *inapplicabile* alle s.r.l. a seguito della riforma l'art. 2361, co. 1, c.c. che la dottrina aveva indicato come norma fondamentale per ricavare un divieto per tutti gli organi sociali di compiere atti *ultra vires* [v. approfonditamente GLIOZZI, (nt. 28), 212, (nt. 83), e 219]: se i soci possono deliberare operazioni che modificano sostanzialmente l'oggetto sociale, per essi il divieto di compiere *atti ultra vires* ricavato dall'art. 2361 c.c. non vale più. Sostengono tale conclusione, VIGO, (nt. 120), 458; AMBROSINI,

quello oggetto della sentenza annotata deve qualificarsi perfettamente valida <sup>(142)</sup>, essendo stata adottata da un'assemblea dei soci totalitaria e all'unanimità quando l'art. 2479-bis, co. 3, c.c. si limita a richiedere la maggioranza rafforzata della metà del capitale sociale per deliberare il compimento di operazioni che modificano di fatto l'oggetto sociale.

E comunque, anche qualora si ritenga di qualificare l'operazione compiuta dalla Alpe Invest non come *modificativa* dell'oggetto sociale bensì meramente estranea alla stesso (e perciò non rientrante nella previsione di cui all'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c.) la decisione dei soci dovrebbe comunque considerarsi valida, poiché nel maggior potere di modificare di fatto l'oggetto statutario deve necessariamente ricomprendersi il potere di derogarvi in alcuni casi concreti <sup>(143)</sup>.

19. *La sanzione per il compimento di un atto ultra vires dannoso per i creditori nella nuova disciplina della s.r.l.* — La motivazione della sentenza in esame fa specifico riferimento alla tutela dell'interesse dei creditori sociali cui assolverebbe il limite al potere di rappresentanza degli amministratori costituito dall'oggetto statutario.

Assumendo la medesima prospettiva assunta dalla Cassazione, pare possibile affermare che nel caso in esame la tutela dei creditori non possa, in base ai dati normativi emergenti dalla riforma, essere realizzata mediante l'applicazione di un rimedio invalidatorio bensì tramite un'azione risarcitoria <sup>(144)</sup>.

Come già detto, infatti, una garanzia analoga a quella prestata dalla Alpe Invest risulta — in base alla disciplina successiva al d.lgs. 6/2003 — perfettamente valida. Avendo rilevato, tuttavia, come tale atto debba considerarsi oltre che *ultra vires* anche lesivo dell'interesse all'integrità del patrimonio sociale, il suo compimento può essere sanzionato mediante la responsabilità dell'amministratore unico che lo ha materialmente compiuto e — in base ad una delle norme più innovative della riforma in materia di s.r.l. — dei soci che lo hanno deciso o autorizzato.

Quanto al primo, la dottrina è pressoché unanime nel ritenere comunque applicabile analogicamente alla s.r.l. l'azione *ex art.* 2394 c.c., espressamente prevista dalla riforma solo per le s.p.a. <sup>(145)</sup>. Inoltre, è pacifico — come lo era già in relazione alla

---

sub 2475-bis, in NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, Jovene, 2004, 1625.

<sup>(142)</sup> E dunque vincolante per l'amministratore dotato del potere di rappresentanza, che perciò dovrebbe porlo in essere con la controparte della società.

<sup>(143)</sup> L'argomentazione era respinta, anteriormente alla riforma, da GLIOZZI, (nt. 28), 220 e dalla dottrina cit., (nt. 97) [ma la stessa era accolta da altri Autori: (nt. 97)] per negare il potere anche dell'assemblea straordinaria di autorizzare o ratificare una deviazione occasionale o permanente dall'oggetto sociale senza una previa modifica dell'atto costitutivo, in base alla riconosciuta diversità concettuale fra potere di modificare lo statuto e di autorizzare o ratificare deroghe [v. gli Autori tedeschi cit. da GLIOZZI, *op. cit.*, (nt. 98)]. Ma tale critica risultava valida solo in base ai dati normativi previgenti alla riforma, dai quali si poteva ricavare che nessuno organo della società potesse modificare di fatto (cioè senza previa modifica formale) l'oggetto statutario (v. ampiamente GLIOZZI, *op. cit.*, 168 ss.). Ma poiché oggi l'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c. consente di decidere atti contrari all'oggetto fissato nell'atto costitutivo e che addirittura lo modificano con effetti permanenti, non si vedono ragioni per non considerare leciti anche atti costituenti una deviazione occasionale dall'attività statutaria.

<sup>(144)</sup> Coerentemente peraltro con il fenomeno che ha caratterizzato l'intera riforma del diritto societario. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in ABBADessa-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, Utet, 2006, 137.

<sup>(145)</sup> Per tutti, MOZZARELLI, (nt. 96), che ha dedicato all'argomento un'indagine monografica.

disciplina previgente la riforma — che una delibera assembleare in materia gestoria non «possa realizzare [alcun] discarico di responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori...»<sup>(146)</sup>. Evidentemente la responsabilità del gestore nella fattispecie in esame si collega al *compimento dell'atto dannoso*: pur ricevendo quest'ultimo impulso dai soci, rimane ferma l'esecuzione dell'(e dunque la responsabilità per l') operazione da parte degli amministratori<sup>(147)</sup>.

Alla responsabilità nel caso in esame dell'amministratore può aggiungersi quella dei soci *ex art. 2476, co. 7, c.c.*, dato l'intervento nel caso di specie di una delibera gestoria dell'assemblea. E ciò a prescindere dal fatto che la fideiussione oggetto della sentenza in commento venga ricondotta fra gli atti previsti dall'*art. 2479, co. 2, n. 5, c.c.* (nel qual caso si avrebbe la co-responsabilità dei soci per aver *deciso* l'atto dannoso) ovvero alla fattispecie di cui all'*art. 2479, co. 1, c.c.*<sup>(148)</sup> (cioè al caso di un atto autorizzato dai soci su richiesta degli amministratori)<sup>(149)</sup>. Occorre tuttavia rilevare, in conclusione, che l'elemento soggettivo dell'intenzionalità richiesto dall'*art. 2476, co. 7,*

---

<sup>(146)</sup> ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 1975, 64; *Id.*, (nt. 118), 36 ss.; la dottrina ulteriore cit. da TASSINARI, (nt. 118), 456 e 457 nt. 46. In caso di compimento di un atto lesivo per i creditori sociali (ossia che integri la fattispecie di cui all'*art. 2394 c.c.*), gli amministratori rispondono per violazione del loro potere-dovere di resistenza all'esecuzione del valido deliberato assembleare (normalmente per loro vincolante) stante la posizione di garanti degli interessi creditori che essi assumono in forza dell'imposizione della specifica responsabilità *ex art. 2394 c.c.* (v. da ultimo MOZZARELLI, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, 428). Quanto alla responsabilità degli amministratori nei confronti della società in un caso quale quello in esame si rinvia all'ampia riflessione (ove numerosi riferimenti alla dottrina ulteriore) di MOZZARELLI, *op. cit.*, 409 ss.

<sup>(147)</sup> V. sul punto l'approfondita indagine di MELI, (nt. 117), 671 ss., il quale parla di responsabilità necessaria degli amministratori; PARRELLA, sub *art. 2476*, in SANDULLI-SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Torino, Giappichelli, 2003, III, 133, per il quale agli amministratori compete comunque la rappresentanza generale della società e, quindi, il potere di impegnarla nei confronti dei terzi, cosicché riesce difficile immaginare ipotesi di danni ai creditori derivanti da operazioni cui siano rimasti estranei tutti gli amministratori; conf. ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci «cogestori»: luci ed ombre della disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 505 ss., ove a nt. 24 si fa anche riferimento alla consolidata tesi della competenza esclusiva ed inderogabile degli amministratori all'esecuzione delle delibere assembleari; PATRIARCA, (nt. 100), 119.

<sup>(148)</sup> Per la differenza della previsione di cui all'*art. 2479, co. 2, n. 5, c.c.* e quella *ex art. 2479, co. 1, v. VIGO*, (nt. 120), 458. V. anche ZANARONE, 1124, (nt. 204); DEMURO, (nt. 117), 60 ss. Nonostante quanto appena detto nel testo, occorre tuttavia notare come nell'ambito della gestione concreta delle nuove s.r.l. le previsioni normative di cui all'*art. 2479, 1 e co. 2 n. 5, c.c.* vedano coincidere il proprio ambito di applicazione. Dal punto di vista pratico l'elasticità delle espressioni utilizzate dal legislatore della riforma rende difficile individuare le operazioni rimesse, inderogabilmente, alla competenza dei soci e quelle suscettibili di essere decise dagli amministratori [RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, Utet, 2006, 310; DEMURO, (nt. 120), 864]; questi ultimi, dunque, potrebbero cautelarsi richiedendo preventivamente una decisione dei soci sulle operazioni potenzialmente suscettibili di modificare l'attività sociale avvalendosi del potere di *c.d. provocatio ex art. 2379, co. 1, c.c.* [VIGO, (nt. 120), 458; DEMURO, *op. cit.*, 864].

<sup>(149)</sup> V. MELI, (nt. 117), 675 che afferma come la responsabilità di cui all'*art. 2476, co. 7, c.c.* operi a prescindere dalle modalità di organizzazione delle competenze sociali e pag. 672 ove si precisa il diverso presupposto della responsabilità dei soci che deriva dall'impulso al compimento dell'atto, mentre quella degli amministratori — come già detto — deriva dal compimento dello stesso.

c.c. sembra idoneo a restringerne l'applicazione in caso di decisioni pluripersonali, quale quella intervenuta nella fattispecie in esame <sup>(150)</sup>.

LORENZO BENEDETTI

..... (Omissis) .....

---

<sup>(150)</sup> V. l'approfondita indagine al riguardo di RANIELI, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Vita not.*, 2006, 1023, che richiama MELI, (nt. 117), 695 ss. e la riflessione di GUERRERA, *La responsabilità deliberativa del socio*, Torino, Giappichelli, 2004, 72 e *passim*, il quale, nell'affermare il superamento nel sistema positivo attuale del dogma dell'irresponsabilità dell'azionista per l'esercizio del voto, riferisce costantemente la propria indagine al *solo socio di controllo*.

<sup>(1)</sup> ..... Omissis).....