

# Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.122-2022/I

## MODIFICAZIONI SOSTANZIALI DELL'OGGETTO SOCIALE E SORTE DEI CONTRATTI STIPULATI

di Paolo Spada - Alessandra Paolini – Marco Maltoni – Massimo Palazzo

(Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 26 gennaio 2023)

### Abstract

Il lavoro analizza criticamente le diverse tesi in ordine alla sorte degli atti negoziali che comportano una modificazione sostanziale (di fatto) dell'oggetto sociale nelle s.r.l. (nullità, inefficacia, efficacia salva l'exceptio doli, inefficacia con salvezza dei diritti dei terzi di buona fede), posti in essere in violazione della riserva di competenza di cui all'art. 2479, comma 1, n. 5 e comma 4 c.c.. L'analisi si sviluppa sia sul piano endosocietario, ossia quello della violazione di una competenza organica e dell'eventuale spettanza del diritto di recesso, sia nell'ambito della sfera negoziale della società, nella prospettiva della tutela dei terzi, tenendo conto dei principi espressi dalle direttive europee sul punto. Particolare attenzione è posta alla concreta possibilità, per il terzo che contratta con la società, di avere effettiva contezza della natura dell'atto e dell'effetto da esso spiegato sul complesso dell'attività sociale, nel momento in cui esso è concluso.

Sommario: 1. Le questioni esaminate. – 2. Le diverse ricostruzioni prospettate. – 3. La posizione del terzo. – 4. Le varie tesi sulla sorte dei contratti – 5. Il recesso.

### 1. Le questioni esaminate

Con la riforma del diritto societario è stato introdotto – per le sole s.r.l., in ragione dell'attenuazione dell'organizzazione corporativa che contraddistingue il tipo – un regime particolare per il compimento di operazioni che “comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo”, riservandole alla competenza dei soci e da adottarsi necessariamente mediante deliberazione assembleare (art. 2479, comma 1, n. 5 e comma 4, cod. civ.), con riconoscimento, ai soci non consenzienti, del diritto di recesso (art. 2473, cod. civ.)<sup>1</sup>.

L'oggetto sociale, nel contesto dell'art. 2463, 2° comma, n. 3 c.c., è un enunciato nel quale il linguaggio ha una funzione programmatica dell'esercizio di un'attività economica e speculativa.

Qualsiasi modificazione dell'enunciato “oggetto sociale” decisa e attuata dai preposti all'amministrazione della società è irrilevante (inesistente); le modificazioni degli enunciati documentati nell'atto costitutivo (di tutti e, tra questi, dell'oggetto sociale) essendo riservate alla

---

<sup>1</sup> Il tema è già stato oggetto di approfondimento, da parte dei singoli autori di questo contributo: P. SPADA, *Decidere e dichiarare nel diritto della società a responsabilità imitata (a proposito delle modificazioni sostanziali dell'oggetto sociale)*, in corso di pubblicazione per gli Studi in onore di P. Montalenti; A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, Milano, 2014; ID., *Gestione della s.r.l. e tutela dei terzi: ambiguità nella recente giurisprudenza sulle modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, II, 459 ss. e in *Le società di capitali a vent'anni dalla riforma Vietti*, Milano, 2023, 283 ss. (da questi due lavori sono tratti in gran parte i riferimenti in nota); M. PALAZZO, *Potere gestorio e decisioni modificative della struttura d'impresa nelle s.r.l. Ripensando la lezione metodologica di Tullio Ascarelli*, in *Riv. dir. impresa*, 2019, 501 ss.; M. MALTONI, *I limiti al potere di rappresentanza nelle società*, relazione tenuta nel convegno telematico della Fondazione Italiana del Notariato *La rappresentanza negli atti notarili*, 27 novembre 2021.

compagine sociale che le decide osservando il procedimento assembleare (art. 2479, 2° comma, n. 4, e 4° comma).

Per “modificazione sostanziale dell’oggetto sociale”<sup>2</sup> – parole che si leggono nel citato art. 2479 c.c. (nonché nel 1° comma dell’art. 2473, in tema di recesso del socio) – deve intendersi una trasgressione dell’enunciato programmatico da parte dell’amministrazione, fermo restando l’enunciato documentato nell’atto costitutivo<sup>3</sup>.

La trasgressione – rispettando il vincolo testuale ricavabile dall’art. 2479, 2° comma, n. 5 – si consuma nella decisione di un’operazione, operazione che può comportare – e normalmente comporta – una o più dichiarazioni in nome della società da parte di chi è abilitato a “rappresentarla” (art. 2475 bis c.c.). La parola “operazioni” è riferibile a una o più decisioni, suscettibili di tradursi in una o più dichiarazioni.

Se l’operazione trasgressiva dell’oggetto sociale è inserita nell’ordine del giorno di un’assemblea convocata dall’amministrazione e l’ordine del giorno è approvato, non si prospettano, allora, conseguenze né per i preposti all’amministrazione né per l’efficacia delle dichiarazioni promananti dal “rappresentante” né, dunque, per gli atti intersoggettivi che ne risultano.

Resta salva, peraltro, la facoltà del socio assente, dissenziente od astenuto in assemblea di recedere dalla società (art. 2473 c.c.).

Se, invece, l’operazione trasgressiva non è deliberata dall’assemblea (perché non convocata o, se convocata, perché non inserita nell’ordine del giorno o non approvata), ma è decisa dall’amministrazione e attuata per il tramite di dichiarazioni del “rappresentante” della società, si pongono le seguenti questioni: se – ferma restando la responsabilità degli amministratori – gli atti che attuano la decisione non deliberata in assemblea siano validi ed efficaci per la società e per i terzi; se i soci possono esercitare il diritto di recesso (v. art. 2473, 1° comma, cod. civ., laddove abilita al recesso da una s.r.l. i soci «che non hanno consentito...al compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale determinato nell’atto costitutivo»).

## 2. Le diverse ricostruzioni prospettate

In giurisprudenza si registra una serie di pronunce<sup>4</sup> che accolgono soluzioni profondamente diverse quanto alla sorte dei contratti mediante i quali si realizza, nelle società a responsabilità limitata, una “sostanziale modificazione dell’oggetto sociale determinato nell’atto costitutivo”.

---

<sup>2</sup> Sull’ambiguità dell’espressione e le conseguenti difficoltà esegetiche A. MIRONE, sub art. 2361, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini – A. Stagno d’Alcontres, Napoli, 2004, I, 414; E. BARCELLONA, sub art. 2361, in *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da G. Fauceglia e G. Schiano di Pepe, Torino, 2006, 307 s.; A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell’oggetto sociale*, cit., 4 ss., 59 ss.; M. STELLA RICHTER JR, *Modificazioni formali e modificazioni sostanziali dell’oggetto sociale: ovvero le modificazioni di fatto non esistono*, in *Riv. soc.*, 2022, 958 ss.

<sup>3</sup> Resta poi aperta la questione dell’eventuale necessità di modificazione e/o integrazione dell’atto costitutivo, sulla quale O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da COTTINO, vol. V, Padova, 2007, 292 ss.; G. PETROBONI, *Le competenze gestorie dei soci nella società a responsabilità limitata. Regime legale e modelli statutari*, Padova, 2011, 96 ss.; ulteriori riferimenti in A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell’oggetto sociale*, cit., 303 ss.

<sup>4</sup> Il riferimento è ad alcune pronunce di merito [Trib. Roma, 28 aprile 2011, in *Vita not.*, 2011, 1016, con nota di M. MALVAGNA; Trib. Verona, 16 dicembre 2013 (ord.), in *Società*, 2014, 234; Trib. Piacenza, 14 marzo 2016, in *BBTC*, 2017, II, 377 ss., con nota di N. DE LUCA; Trib. Milano, 5 novembre 2017, in *Notariato*, 2018, 439; Trib. Roma, 3 agosto 2018, in *Società*, 2018, 1371, con nota di N. DE LUCA-A. GENTILE, in *Notariato*, 2019, 438, con nota di M. FERRARI, in *Giur. it.*, con nota di M.B. GIURATO; Trib. Napoli, 23 luglio 2019 (ord.), in *Società*, 2020, 1237 ss., con nota di S. CASSANI; Trib. Roma, 27 gennaio 2020, in *Società*, 2020, 425, con nota di N. DE LUCA-A. GENTILE; Trib. Palermo, 19 ottobre 2020 (ord.), in *Società*, 2021, 688 ss., con nota di A. BARTALENA], nonché alcuni provvedimenti relativi alla medesima controversia arbitrale [Arbitrato, 10 gennaio 2008 (ord.) e 24 luglio 2008 (lodo), confermato da App. Firenze, 15 giugno 2012, arbitro unico prof. A. BARTALENA, tutti in *Una controversia e tre decisioni in tema di fusione infragruppo (con incorporazione di s.r.l. in s.p.a.)*, a cura di V. DE STASIO, Napoli, 2013; l’ordinanza anche in *Vita not.*, 2012, 585 ss., e 1201 ss. con note di P. D. BELTRAMI e di L. GUADAGNI]. Rilevanti nella questione in esame, seppure relative all’applicazione dell’art. 2361, co. 2, c.c., tre sentenze di Cassazione (Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095, in *Giur. it.*, 2016, 1144, con note di O. CAGNASSO e M. IRRERA, in *Società*, 2016, 460, con nota di F. FIMMANÒ, in *Giur. comm.*, 2018, II, 92 ss., con nota di G. FICHERA; Cass. 20 maggio 2016, n. 10507, in *Dir.*

Numerose sono le questioni che sorgono dalla disposizione citata; in questa sede, come osservato, si vogliono in particolare esaminare i risvolti della questione, per come si sviluppa tra il piano endosocietario, ossia quello della violazione di una competenza organica, e quello della sfera negoziale della società, che inevitabilmente coinvolge anche i diritti dei terzi, nonché quanto alla spettanza del diritto di recesso, anche in assenza di una deliberazione assembleare.

In dottrina appare maggioritario l'orientamento volto a ritenere che la norma determini un limite legale al potere di rappresentanza degli amministratori<sup>5</sup>; esso si contrappone a quello che individua nel riparto di competenze soltanto una limitazione al potere gestorio degli amministratori, mentre il potere di rappresentanza resterebbe generale<sup>6</sup>.

Dalle due posizioni derivano conseguenze diverse sulla sorte degli atti comportanti una modificazione di fatto dell'oggetto sociale, compiuti senza il rispetto della riserva di competenza di cui all'art. 2479 cod. civ.: alla stregua del primo orientamento essi risulterebbero del tutto

---

*fall.*, 2016, 571, con nota di F. FIMMANÒ e in *Società*, 2017, 163, con nota di L. ABETE; Cass. 13 giugno 2016, n. 12120 in *Società*, 2017, 166, con nota di L. ABETE).

<sup>5</sup> P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di Cian, Padova, 2004, 40; S. GISOLFI- M. C. LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. Not.*, 2004, 1341; F. PARRELLA, *sub art. 2475-ter*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 113; G. CAPO, *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 511 ss.; S. AMBROSINI, *sub art. 2475-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Nicolini – A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1580 ss.; A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. Farina-C. Ibba-G. Racugno-A. Serra, Milano, 2004, 253; P. MORANDI, *sub 2475-bis*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, vol. III, Padova, 2005, 1956 ss.; R. RORDORF, *Decisioni dei soci di s.r.l.: competenza e modi del decidere*, in *Società*, 2006, 1202; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 235 s.; P. REVIGLIONE, *Il recesso nella società a responsabilità limitata*, Milano, 2008, 88 ss.; I. DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, 2008, 114 ss.; P. FIORIO, *I poteri di rappresentanza degli amministratori*, in *Le nuove s.r.l.*, opera diretta da M. Sarale, Bologna, 2008, 577 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Trattato Schlesinger*, 2010, 1003 ss.; M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum A. Piras*, Torino, 2010, 464 ss.; F. BORDIGA, *sub art. 2475-bis, Rappresentanza della società*, in *S.r.l. Commentario* dedicato a G. B. Portale, a cura di A. A. Dolmetta e G. Presti, Milano, 2011, 595 ss.; P. CORRIAS, *sub art. 2475-bis, Limitazioni al potere di rappresentanza*, *ivi*, 606 s.; L. PISANI, *sub art. 2480, ivi*, 884; D. REGOLI, *La rappresentanza*, in *L'amministrazione. La responsabilità gestoria - Trattato della società a responsabilità limitata* diretto da C. Ibba e G. Marasà, Padova, 2012, 153 ss.; M. CIAN, in *Aa. Vv., Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, vol. II, Torino, 2013, 625. In senso dubitativo F. MAGLIULO, F. MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, in C. Caccavale – F. Magliulo – M. Maltoni – F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, 317, nota n. 21.

<sup>6</sup> Con diverse ricostruzioni, quanto alla rilevanza dello stato soggettivo del terzo: N. ABRIANI, *sub art. 2475-bis*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo e S. Patriarca, Torino, 2006, 352; F. BRIOLINI, *Gli strumenti di controllo degli azionisti di minoranza sulla gestione*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Piras*, Torino, 2010, 24 ss.; C. CACCAVALE, *Modelli di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. impr.*, 2007, 95; M. SCIUTO, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2014, 28 ss.; A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, cit., 313 ss.; M. PERRINO, *Potere gestorio e circolazione dell'azienda*, in *Tecniche contrattuali e attività notarile - Atti del convegno Conferimento, cessione e affitto di azienda: tecniche redazionali a confronto*, tenutosi a Palermo il 6 giugno 2014 e disponibile su [elibrary.fondazione-notariato.it](http://elibrary.fondazione-notariato.it); M. PALAZZO, *Potere gestorio e decisioni modificative della struttura d'impresa nelle s.r.l. Ripensando la lezione metodologica di Tullio Ascarelli*, in *Riv. dir. impresa*, 2019, 501 ss.; COMITATO NOTARILE REGIONALE DELLA CAMPANIA, *Massime in materia di diritto societario*, Massima n. 42 (*Potere di rappresentanza dell'organo amministrativo di s.r.l. – operazioni sostanzialmente modificative dell'oggetto sociale – invalidità o inefficacia degli atti per difetto di delibera assembleare – insussistenza*), 2019, in [www.notaicampania.it](http://www.notaicampania.it); F. SUDIERO, *L'amministratore "dimezzato" di s.r.l. tra competenze riservate ai soci, dottrina Holz Müller, limiti legali ai poteri di rappresentanza e diritto dell'unione Europea*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico*, cit., 725 ss.; L. DELLA TOMMASINA, *Il trasferimento di asset strategici tra competenze non scritte dell'assemblea e lesione dei diritti dei soci*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, 496 ss.; C. ANGELICI, *A proposito di «interessi primordiali» dei soci e «gestione esclusiva» degli amministratori*, cit. 70 ss. Esprimono posizione contraria alla configurabilità di "limiti legali" in termini di limitazione al potere di rappresentanza (sulla questione v. *infra*, par. 5): F. BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale e potere di rappresentanza*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 924 ss.; G. COTTINO - R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, III, Padova, 2004, 91; G. D. MOSCO, *sub art. 2384*, in *Società di capitali. Commentario* diretto da NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, 612; N. ABRIANI, *Le regole di governance della società per azioni: introduzione alla nuova disciplina*, in N. Abriani - T. Onesti, *La riforma delle società di capitali: aziendalisti e giuristi a confronto*, Milano, 2004, 7 ss.

inefficaci (come per gli atti compiuti dal *falsus procurator* ex art. 1398 c.c.); seguendo il secondo, invece, gli atti sarebbero validi ed opponibili al terzo (a meno che questi abbia agito intenzionalmente a danno della società, oppure che sia in mala fede, a seconda delle ricostruzioni prospettate).

Nella giurisprudenza di merito alla tesi del limite legale al potere di rappresentanza<sup>7</sup> si è poi aggiunta, isolatamente, quella dell'annullabilità<sup>8</sup>, e successivamente, quella della nullità<sup>9</sup>, per poi, più di recente, trovare accoglimento anche la tesi della efficacia dell'atto, salva *l'exceptio doli*<sup>10</sup>. La Cassazione, come si è accennato, con riguardo ad una fattispecie (art. 2361, comma 2, c.c.) che presenta elementi di affinità, sul piano strutturale, con la disposizione in esame, ha preso posizione a favore della efficacia, salva *l'exceptio doli*<sup>11</sup>.

La varietà delle soluzioni fornite dalla giurisprudenza di merito sembra risentire delle circostanze concrete, e della volontà – sotto certi aspetti anche commendevole – di apprestare idonea tutela in vicende che appaiono fortemente abusive, o distrattive; ma il quadro che ne risulta è piuttosto ambiguo sul piano giuridico.

### 3. La posizione del terzo

Le tesi che affermano l'inefficacia – e a maggior ragione quelle che sostengono la nullità di tali operazioni – risultano di particolare gravità per gli operatori, in quanto idonee a porre, in astratto, pesanti oneri di verifica a carico della controparte, volti ad individuare il prodursi di un effetto sul piano concreto (la modificazione sostanziale dell'oggetto sociale) ad opera di un atto gestorio: per il terzo, il riconoscimento di una fattispecie sussumibile nell'art. 2479, co. 2, n. 5), cod. civ., è operazione ancora più complessa della valutazione dell'estraneità dell'atto rispetto all'oggetto sociale (non suscettibile di contestazioni, salva *l'exceptio doli*), in quanto la possibilità di verificare l'effetto spiegato dal singolo atto sulla complessa attività sociale non può prescindere dalla conoscenza, e dall'esame, di ogni aspetto di questa, e dal confronto con l'assetto antecedente<sup>12</sup>.

Si consideri, inoltre, come pure nei casi apparentemente univoci, quale la dismissione dell'intera azienda, possano emergere profili di valutazione diversi. Così, mentre la permuta dell'azienda con un'altra operante in un settore diverso potrà essere immediatamente qualificata come *modificativa*, in caso di vendita della stessa diviene necessario attendere le modalità di impiego della somma ricavata, e quindi un fatto successivo ed estraneo al negozio: somma che potrebbe essere destinata al riacquisto di un altro complesso aziendale avente la medesima operatività

---

<sup>7</sup> Trib. Roma, 28 aprile 2011, cit.; Trib. Palermo, 19 ottobre 2020, cit.; Arbitrato, 10 gennaio 2008 e 24 luglio 2008, cit.

<sup>8</sup> Trib. Piacenza, 14 marzo 2016, cit. Dalla motivazione della sentenza non emerge a quali delle ragioni di annullabilità la fattispecie possa essere ascritta, come rileva C. ANGELICI, *A proposito di «interessi primordiali» dei soci e «gestione esclusiva» degli amministratori*, cit., 81, testo e nota n. 56, il quale infatti ritiene che anche per il tribunale stesso «non si trattasse di una vera annullabilità». Sempre con riguardo ad erronee qualificazioni della giurisprudenza ribadisce come, in questo ambito, «non v'è spazio (salvo il conflitto interessi) per ipotesi di annullabilità» E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, IV, Rimedi -1, (a cura di Gentili), Giuffrè, 2006, 185.

<sup>9</sup> Trib. Milano, 5 novembre 2017; Trib. Roma, 3 agosto 2018, cit.; Trib. Roma, 27 gennaio 2020, cit.

<sup>10</sup> Trib. Napoli, 23 luglio 2019, cit., che aderisce alla tesi dell'efficacia, salva *l'exceptio doli*, affermando nel caso concreto la corresponsabilità della parte acquirente. L'ordinanza Trib. Verona, 16 dicembre 2013, cit., pur rilevando nel caso concreto la sussistenza del *fumus boni iuris* con riguardo ad una situazione di conflitto di interessi, ritiene, invece, infondata la domanda ex art. 2479, co. 2, n. 5, cod. civ., in quanto manca la dimostrazione che la controparte avesse agito «nella consapevolezza di arrecare danno, così come invece richiesto dall'art. 2475-bis, secondo comma, c.c.».

<sup>11</sup> Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095, cit.; Cass. 20 maggio 2016, n. 10507, cit.; Cass. 13 giugno 2016, n. 12120, cit.

<sup>12</sup> Sul punto A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, cit., 315, con richiami a Trib. Roma, 28 aprile 2011, cit., in cui, per ricondurre un atto di cessione dell'intera azienda alla categoria degli atti comportanti una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale, si è data rilevanza anche al comportamento tenuto dalla società cedente in epoca *successiva* all'atto, osservando come non fosse stato posto in essere il riacquisto di altra azienda; per lo stesso rilievo (ma ritenendo l'atto sorprendentemente annullabile, v. *supra*) Trib. Piacenza, 14 marzo 2016, cit.

(operazione legittima<sup>13</sup>), oppure all'acquisto di un'azienda diversa (operazione comportante una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale), oppure semplicemente lasciata nelle casse della società (operazione liquidatoria)<sup>14</sup>.

Oltre alle difficoltà, in concreto, di distinguere gli atti appartenenti a queste due ultime categorie da quelli meramente estranei<sup>15</sup>, se considerati isolatamente e avulsi dal contesto imprenditoriale in cui essi si collocano, si consideri anche che l'effetto di sostanziale modificazione dell'attività potrebbe essere determinato da una serie di atti posti in essere in un lasso di tempo di una certa durata<sup>16</sup> (attraverso, ad esempio, successivi acquisti, o dismissioni, di partecipazioni, o di essenziali beni strumentali, o di singoli rami aziendali).

Si consideri inoltre, come in altre ipotesi (acquisto o cessione di partecipazioni, stipula di contratti di licenza riguardanti marchi o brevetti, etc.) diventa assai arduo, se non impossibile, stabilire se un'operazione del genere, di indubbia rilevanza gestoria, sia altresì in grado di comportare una modificazione sostanziale dell'oggetto sociale.

Inoltre, per quanto approfondita possa essere l'analisi effettuata dal terzo sulle condizioni imprenditoriali complessive della controparte, la valutazione finale al riguardo compete sempre e solo al giudice. Dunque, il terzo "subisce" – o potrebbe subire – la dichiarazione di invalidità o di inefficacia, senza la possibilità di avere certezze sul punto *al momento della conclusione dell'atto*, anche per il rilievo assunto da circostanze estranee allo stesso (e non necessariamente percepibili da chi lo sottoscrive).

Significativa appare, pertanto, la circostanza che il legislatore non abbia fatto riferimento ad "atti", ma ad "operazioni", intendendo valutare complessivamente il risultato economico perseguito e realizzato, indipendentemente dalla struttura del regolamento negoziale.

Dall'esame della giurisprudenza straniera emerge la netta tendenza alla ricerca di approcci ermeneutici improntati alla certezza e alla prevedibilità, volti a rendere inopponibili nei confronti dei terzi eventuali violazioni dell'ordine di competenze endosocietarie<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Salvo il caso in cui l'azienda, lo stabilimento o l'immobile in cui l'impresa è esercitata abbiano una rilevante funzione di collettore di clientela (P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, cit., 42) o siano specificamente individuati nell'atto costitutivo (V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, cit., 127 s., il quale ritiene che, al di fuori di queste ipotesi particolari, normalmente la concreta struttura dell'impresa «è il frutto di un'autonoma valutazione degli amministratori del modo ritenuto più opportuno per realizzare il programma e gli scopi sociali»).

<sup>14</sup> Nel senso di ritenere che l'affitto dell'azienda sociale comporti la cessazione dell'impresa Trib. Caltanissetta, 19 giugno 1947, in *Giur. It.*, 1948, 316 ss. (riformata in secondo grado, App. Caltanissetta, 11 aprile 1949, in *Foro it.*, 1950, I, 80 ss.), con nota adesiva di W. BIGIAVI, e in *Foro it.*, 1948, I, 351 ss., con nota adesiva di G. AULETTA, *Affitto di azienda sociale – Trasformazione di società in comunione*; *contra*, A. SCIALOJA, in *Saggi di vario diritto*, II, Roma, 1928, 415 ss. Per F. FERRARA jr – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, 178, nota n. 4, l'affitto dell'azienda non determina lo scioglimento della società, ma solo la sospensione dell'attività sociale; secondo Cass. 26 febbraio 1965, n. 315, in *Foro it.*, 1965, 1264 ss., comporta invece una modifica dell'oggetto sociale. Sul punto v. anche G. FERRI jr, *Riflessioni in tema di oggetto statutario di società di capitali*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 2002, 495 ss.

<sup>15</sup> M. SANDULLI, *Le decisioni dei soci*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, ritiene (in ambito di s.r.l.) che il riferimento alle "operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale" possa comprendere sia atti estranei all'oggetto sociale, sia operazioni che, pur comprese nell'oggetto sociale, incidano in maniera permanente sullo stesso precludendo, per il futuro, l'esercizio dell'attività prevista statutariamente; per M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato della società a responsabilità limitata* diretto da C. Ibba e G. Marasà, Padova, 2009, 13 ss., invece, la categoria comprenderebbe solo operazioni astrattamente pertinenti all'oggetto sociale, in quanto le operazioni estranee all'oggetto statutario rimarrebbero di per sé sottratte alla competenza degli amministratori.

<sup>16</sup> Individua per primo il problema T. ASCARELLI, *Fideiussione, conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale*, cit., 736 ss., evidenziandone anche i delicati riflessi sul piano delle conseguenze sanzionatorie.

<sup>17</sup> Sul punto A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, cit., 315, ove si dà conto in particolare del noto arresto *Holz Müller*, che ha generato una profonda insicurezza nella prassi, determinando una marcata tendenza al ricorso a deliberazioni assembleari di approvazione di singole operazioni; ciò ha comportato, in un successivo nuovo intervento sul punto da parte del BGH, con le sentenze *Gelatine*, un ridimensionamento di tale tendenza e il ricorso ad una c.d. *offene Rechtsfortbildung*, proprio allo scopo di non pregiudicare l'efficacia degli atti nei confronti dei terzi. V. anche, più di recente, BGH, 8 gennaio 2019, II ZR 364/18

#### 4. Le varie tesi sulla sorte dei contratti

Nell'esame delle diverse ricostruzioni sulla natura delle conseguenze derivanti sugli atti negoziali stipulati, va preliminarmente espressa quantomeno una seria perplessità, se non un totale disaccordo, sulla possibilità di individuare le conseguenze del vizio in termini di nullità. Per operare tale configurazione è necessario analizzare l'interesse protetto dalla medesima disposizione, che deve essere di natura pubblica, o comunque non particolare<sup>18</sup>.

È evidente come tale evenienza non ricorra nella fattispecie in esame, essendo l'oggetto sociale un elemento del contratto di società liberamente modificabile dalla maggioranza dei soci, con la facoltà di recesso del socio non consenziente; non sussiste, inoltre, alcuna possibilità di sindacato, al riguardo, da parte dei terzi (*in primis* i creditori sociali). Dunque, l'unico interesse che rileva è quello della sola collettività dei soci, e tali sono coloro che preventivamente abbiano investito, sul mercato primario o secondario, in quella determinata iniziativa economica.

Non risulta consentito, pertanto, pensare che la forma più grave di invalidità di un determinato atto possa derivare da una valutazione, opinabile, che coinvolge il complesso dell'attività svolta, la sua descrizione nella clausola dell'oggetto sociale e l'incidenza che su tali elementi possa avere non il singolo atto negoziale, ma un complesso di elementi (quali la collocazione dello stesso in una serie di operazioni simili o collegate, fino a comprendere il compimento di atti futuri, che nulla hanno a che fare con la struttura dell'atto), e soprattutto dalla violazione di una norma che tutela interessi particolari e non generali, alla stregua, su tale piano, della norma che sanziona gli atti *ultra vires*.

Sgombrato il campo dalla tesi della nullità, occorre prendere atto come le altre ricostruzioni prendano tutte le mosse dall'art. 9 della prima direttiva in materia societaria, il quale prevede che "gli atti compiuti dagli organi sociali obbligano la società nei confronti dei terzi, anche quando tali atti sono estranei all'oggetto sociale, a meno che eccedano i poteri che la legge conferisce o consente di conferire ai predetti organi"<sup>19</sup>.

La norma, da un lato, viene richiamata per sostenere come, nel caso in esame, si ravviserebbe una *limitazione legale al potere di rappresentanza degli amministratori*, configurando l'estrinsecazione di un potere che non può essere conferito agli amministratori; si tratterebbe dunque di un limite incondizionatamente opponibile perché *legale* e non statutario<sup>20</sup>, e conseguentemente opponibile anche al terzo che non abbia agito in danno della società.

Sarebbe dunque ravvisabile l'inefficacia della *dichiarazione* (in nome della società) *non attuativa di una decisione riservata per legge all'assemblea*. Come le modificazioni di tutti gli enunciati statutari – e, tra, questi, dell'enunciato statutario designato come "oggetto sociale" – sono

---

(ulteriori riferimenti sulla pronuncia in A. PAOLINI, *Gestione della s.r.l.*, cit. 491, 496 s.). Non a caso, uno degli studiosi più attenti alla comparazione con gli ordinamenti stranieri, pur prospettando, in ambito di s.p.a., un ordine di competenze particolare per le decisioni *di interesse primordiale* non mette in discussione il fatto che gli atti compiuti restino validi e vincolanti per la società G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., 33.

<sup>18</sup> Sul tema già, pur con riferimento al codice previgente, F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Padova, 1914, 23 ss. Sulla questione, e per la specificazione degli ulteriori criteri tramite i quali pervenire alla nullità, tra molti, G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1970, 160 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 87 ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 92 ss.; F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 77 ss.

<sup>19</sup> Art. 9 della *Prima direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società a mente dell'articolo 58 (oggi 48), secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi*, recepita in Italia dal D.P.R. 29 dicembre 1969, n. 1127. La prima Direttiva è poi confluita nella direttiva 2009/101/CE, successivamente codificata, insieme ad altre, nella Direttiva (UE) 2017/1132.

<sup>20</sup> Da ultimo D. REGOLI, *La rappresentanza*, in *La società a responsabilità limitata*, a cura di IBBA-MARASÀ, Milano, 2020, 1740.

riservate per legge all'assemblea (art. 2479, 2° comma, n. 4 e 2480 c.c.), così lo sono le decisioni di operazioni trasgressive dell'oggetto sociale (perché ne provocano una sostanziale modificazione); e questo, stando al diritto europeo in vigore (art. 9 Dir. 2017/1132), comporterebbe che siano esorbitanti dai poteri "che la legge...consente di conferire..." all'amministrazione sia le decisioni di modificazione dell'oggetto statutario che quelle di trasgressione dell'oggetto stesso: le prime saranno irrilevanti (inesistenti); le seconde, se attuate tramite una dichiarazione in nome della società, incorrerebbero nell'inefficacia relativa, salva, quindi, ratifica della dichiarazione stessa da parte dell'assemblea. Nel primo dei due casi (modificazione degli enunciati statutari non decisi dall'assemblea) c'è *disconoscimento assoluto e irreversibile della decisione*; nel secondo *disconoscimento relativo e reversibile della dichiarazione* (che attua una decisione non assembleare), stante la possibilità che l'assemblea ratifichi la dichiarazione in nome della società, decidendone il dichiarato (art. 2479, 2° comma, n. 5 c.c.)<sup>21</sup>.

Deve tuttavia precisarsi come, secondo questa ricostruzione – a differenza di quanto sostenuto dal resto della dottrina al riguardo, che non opera distinguo tra dichiarazione e decisione – l'opponibilità si possa profilare a condizione che l'attuazione dell'*operazione decisa* si esaurisca in una *sola dichiarazione*: qualora, invece, l'operazione decisa senza il consenso dei soci comporti, in fase di attuazione, più dichiarazioni, non appare ravvisabile un limite al potere di rappresentanza, in quanto esso è "a misura" di *dichiarazione* e non già di *decisione*<sup>22</sup>.

D'altro canto, invece, l'espressione "*poteri che la legge conferisce o consente di conferire*" può essere interpretata alla luce della capacità funzionale degli amministratori di società, intesa come il complesso dei poteri idonei a costituire, in senso ampio, l'espressione dell'attività sociale, indicando il possibile spettro di operatività che al rappresentante legale può essere riconosciuto<sup>23</sup>, - anche ove, per il legittimo esercizio, sia richiesta una manifestazione di volontà di altro organo, o il ricorrere di particolari condizioni<sup>24</sup>. Deve trattarsi, cioè, di atti che esteriormente (e isolatamente considerati) appartengono alla sfera di competenza (e quindi alla funzione) degli amministratori – cioè atti che la società, tramite i propri amministratori, potrebbe astrattamente porre in essere (seppure solo al ricorrere di determinate condizioni)<sup>25</sup>.

Il mancato rispetto delle procedure o dei requisiti richiesti dalla legge rende senz'altro l'amministratore responsabile, sul piano interno; ma, qualora l'atto possa essere astrattamente riconducibile alla società, ossia si manifesti come esplicazione della sua attività<sup>26</sup>, diviene

---

<sup>21</sup> P. SPADA, *Decidere e dichiarare*, cit.

<sup>22</sup> P. SPADA, *ivi*.

<sup>23</sup> Sul punto Cass., 5 dicembre 2011, n. 25946, in *Foro it.*, 2012, I, 1850 ss., con nota di A. M. PERRINO; v. anche la notizia in *Riv. soc.*, 2012, 205 ss., a cura di M. EREDE. La sentenza è relativa proprio ad un caso in cui il consiglio di amministrazione aveva posto in essere illegittimamente atti di competenza dell'assemblea (fattispecie relativa all'art. 2527 c.c., testo previgente rispetto alla riforma del diritto societario del 2003).

<sup>24</sup> Per M. SCIUTO, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, 33 ss., la previsione comunitaria è da intendersi nel senso che (corsivi dell'A.) «l'ambito della (incondizionata) opponibilità al terzo coincide con quell'area che si pone *al di là del perimetro massimo* dei poteri rappresentativi che, *in qualunque caso*, l'autonomia privata potrebbe (*anche quando in concreto non l'abbia fatto, il che il terzo non deve appurare*) attribuire agli amministratori». Tuttavia, non è solo una questione di autonomia privata: e infatti, subito dopo, l'A. precisa che resta incluso nella sfera dell'incondizionata opponibilità «*il compimento di quelle operazioni che gli amministratori, sia pure a certe condizioni* (tipicamente: una previa deliberazione assembleare...) *potrebbero efficacemente realizzare con terzi*». Aderisce a tale ricostruzione F. SUDIERO, *L'amministratore "dimezzato" di s.r.l.*, cit., 741 ss.

<sup>25</sup> L'argomento è messo in risalto anche da Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095, cit., con riguardo alla deliberazione di cui all'art. 2361, co.2, c.c.: «va valorizzato l'accento ivi posto sull'eccesso dai poteri agli amministratori conferiti per legge ed anche da quelli che essa "consente di conferire" loro: proprio i casi, come quello in esame, in cui l'assemblea è chiamata ad assumere la decisione preliminare (ma lo stesso ove fosse richiesta la previa deliberazione consiliare)».

<sup>26</sup> Così Cass., 5 dicembre 2011, n. 25946, cit.

irrilevante, per i terzi (in buona fede o salva *l'exceptio doli*, a seconda delle ricostruzioni prospettate), la violazione di una competenza interorganica o altro abuso di potere.

Da un lato, infatti, si ritiene inopponibile la limitazione al potere gestorio, salva *l'exceptio doli*: ragionando diversamente, infatti, l'oggetto sociale «tornerebbe indirettamente, sotto forma di elemento specificativo di una condizione legale, a costituire una limitazione al potere rappresentativo opponibile a chiunque»<sup>27</sup>.

Dall'altro, equiparando l'ipotesi della mancanza della deliberazione a quella della sua invalidità si possono applicare le regole generali che disciplinano l'agire procedimentalizzato della società (norme in materia di invalidità delle deliberazioni assembleari e consiliari), secondo le quali, allorché gli amministratori agiscano sulla base di una preesistente delibera di altro organo, l'eventuale invalidità della delibera a monte travolge gli atti compiuti, ma restano salvi i diritti dei terzi di buona fede<sup>28</sup>.

L'equiparazione della carenza della deliberazione all'invalidità è tanto più sostenibile laddove – come nel caso di specie – non vi è la possibilità di conoscere né l'adozione della deliberazione, né il contenuto della deliberazione, non essendo la stessa soggetta a pubblicità presso il registro delle imprese<sup>29</sup>.

Su un piano più generale si può comunque osservare come siano stati avanzati dubbi sulla possibilità di enucleare la stessa categoria delle limitazioni legali al potere di rappresentanza (sintagma polisemico, perché coestensivo di divieti, sanzionati con la nullità se trasgrediti, e di limitazioni della competenza dichiarativa): la mera circostanza che determinati atti siano preclusi agli amministratori non è automaticamente identificabile come una limitazione al potere di rappresentanza di questi, potendo infatti, avendo riguardo alla natura degli interessi tutelati, essere qualificata anche in termini di invalidità (con conseguente ampliamento del novero dei soggetti legittimati a far valere il vizio, non limitato al solo rappresentato), ovvero ricevere una diversa sanzione da parte dell'ordinamento<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Così M. SCIUTO, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2014, 30. Sul punto v. anche C. CACCAVALE, *Modelli di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, cit., 95.

<sup>28</sup> La soluzione proposta si basa sull'esigenza di individuare soluzioni omogenee a prescindere dalla struttura dell'organo amministrativo, e di comporre l'apparente dissidio tra la generalità del potere di rappresentanza, salva *l'exceptio doli*, e l'opponibilità al solo terzo in mala fede dei vizi endoprocedimentali (artt. 2384- 2388 c.c.): sul punto si rinvia a A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, cit., 224 ss.; F. BRIOLINI, *Gli strumenti di controllo*, cit. 27, rileva come «per i terzi potrebbe non esservi apprezzabile differenza - con riguardo alla percepibilità delle anomalie del procedimento deliberativo - fra l'ipotesi in cui la delibera imposta dalla legge sia invalida e quella in cui essa manchi del tutto».

<sup>29</sup> Il terzo, oltretutto, «non è affatto tenuto ad accertare se il contratto, che sta per concludere con il rappresentante della società, sia stato preventivamente e validamente deliberato» (così F. GALGANO, *La società per azioni*, cit., 288). Nel senso che «la richiesta di giustificazione dei poteri del rappresentante costituisce per il terzo una mera facoltà, e non un onere», Cass. 12 aprile 2001, n. 5468, in *Giur. it.*, 2002, 106 ss., con nota di S. CERRATO, *Osservazioni in tema di limiti della rappresentanza degli amministratori e di falsus procurator*; Cass. 28 aprile 1986, n. 2945, in *Mass. Giust. Civ.*, 1986; Cass. 29 aprile 1999, n. 4299, in *Giur. it.*, 2000, 932 ss. Il terzo può ragionevolmente attendersi che il vaglio di legittimità relativo all'atto da porre in essere sia già stato compiuto dal rappresentante sociale con il quale tratta: G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 357; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 124 ss. Per l'impossibilità di negare la buona fede del terzo imputandogli di non essersi adoperato per conoscere elementi di cui gli sia giuridicamente negato l'accesso G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 232.

<sup>30</sup> Per un esame più approfondito, con l'esame di diverse ipotesi, si consenta di rinviare ad A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto*, cit., 237 ss. e a *Id.*, *L'assistenza finanziaria prestata da banche popolari per l'acquisto di proprie azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 679 ss. Esprimono dubbi sull'effettiva utilità conoscitiva della categoria M. SCIUTO, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, cit., 32 ss.; M. S. SPOLIDORO, *Questioni in tema di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Piras*, Torino, 2010, 495, il quale si chiede se la questione concernente gli effetti esterni dell'invalidità delle deliberazioni richieste dalla legge per integrare i poteri degli amministratori nel compimento di certe operazioni riguardi effettivamente i poteri di rappresentanza, o se invece non sia da ascrivere alle condizioni

Significativo sul punto è l'orientamento della Cassazione in tema di art. 2361 co. 2 c.c.<sup>31</sup>: correttamente si sposta l'attenzione dal profilo della limitazione di potere rappresentativo (rifiutando la configurazione del vizio in termini di "limite legale al potere di rappresentanza") a quello della rilevanza, sul mercato, di un'attività effettivamente svolta, in ossequio al principio di effettività.<sup>32</sup>

Non si tratta, infatti, di stabilire l'efficacia nei confronti di una controparte di un singolo negozio giuridico<sup>33</sup>, ma di dare rilevanza ad un'attività concretamente svolta (a seguito dell'assunzione di quella partecipazione), che coinvolge potenzialmente diverse categorie di soggetti. Al riguardo è netta la presa di posizione della Cassazione, che propende per l'efficacia degli atti di natura gestoria, salva l'*exceptio doli*<sup>34</sup>.

---

di liceità o di legittimità dell'atto del gestore. Per la necessità di distinguere per quali limitazioni legali si possa porre una questione di invalidità, o di inefficacia dell'atto (o di altra specifica sanzione prevista dall'ordinamento), V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da V. Buonocore, diretto da R. Costi, Sez. IV – Tomo 4.VI\*, Torino, 2019, 81 ss. Considera parimenti non ammissibile una risposta univoca al tema dei c.d. limiti legali C. ANGELICI, *A proposito di «interessi primordiali» dei soci e «gestione esclusiva» degli amministratori*, cit., 85 ss., ritenendo equilibrato distinguere le fattispecie per le quali l'applicabilità delle norme di legge rilevanti risulti immediatamente dall'atto che si sta per compiere oppure richieda la valutazione di dati ad esso esterni (comprendendo nella seconda categoria le operazioni comportanti una modifica sostanziale dell'oggetto sociale).

Il tema, in anni più risalenti, era stato impostato sulla configurabilità, in caso di divieti posti dalla legge, come "limite di capacità", e sul punto v. le pagine, ancora oggi illuminanti, di G. FERRI, *Le società*, cit., 528 ss.

<sup>31</sup> Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095, cit.; Cass. 20 maggio 2016, n. 10507, cit.; Cass. 13 giugno 2016, cit.

<sup>32</sup> Non è possibile, in questa sede, esaminare i delicati risvolti delle pronunce citate in tema di configurabilità della supersocietà di fatto e della sua fallibilità, oltre alle delicate interazioni con la disciplina in materia di direzione e coordinamento. Su tali questioni, tra molti, G. COTTINO, nota a Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 1428; M. GARCEA, *Il fallimento della società occulta tra società di capitali. Riferibilità dell'impresa e partecipazione di società di capitali a società di persone*, in *Questioni e casi di diritto commerciale*, a cura di P. Spada, Padova, 2010, 170 ss.; M. IRRERA, *Le società di fatto tra società di capitali: un tema controverso*, in *Le nuove società di persone*, opera diretta da Cottino e Cagnasso, Bologna, 2014, 62 ss.; A. ZORZI, *Il fallimento della holding (società di fatto) per insolvenza da responsabilità risarcitoria ex art. 2497 c.c.*, in *Ricerche giuridiche*, 3, 1, 2014, 154 ss. A. TUCCI, *Il fallimento della società di fatto tra società di capitali*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 569 ss.; G. FERRI jr., *Società di fatto e imprenditore occulto*, ivi, 610 ss.; O. CAGNASSO, *L'acquisto da parte della s.r.l. di una partecipazione a responsabilità illimitata*, in *Giur. it.*, 2016, 1148 ss.; A. CETRA, *Sub art. 2361*, in *Le società per azioni. Commentario*, cit., 816 ss.; P. MONTALENTI, *Abuso della personalità giuridica, socio tiranno, responsabilità di gruppo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, II, Milano, 2016, 2958 ss.; M. SPIOTTA, *I "soci di fatto" falliscono anche se persone giuridiche*, in *Nuovo dir. Soc.*, 2016, 17, 140 ss.; F. GUERRERA, *Considerazioni sistematiche sulla c.d. supersocietà di fatto*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2017, 975 ss.; A. BLANDINI, *Brevi considerazioni critiche in materia di "super società di fatto"*, in *Dir. fall.*, 2019, 1013 ss.; F. PREITE, *La società apparente e la supersocietà di fatto dal fallimento in estensione al codice della crisi*, in *Nuovo dir. Soc.*, 2022, 5, 913 ss.; ID., *La società apparente*, in *Trattato società di persone*, a cura di F. Preite e C.A. Busi, I, Milano, 2015, 79 ss.; C. ANGELICI, *Direzione e coordinamento: casi e questioni*, in *Le società di capitali a vent'anni dalla riforma Vietti*, cit., 340 ss.; F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, 267 s.; ID., *Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette*, in *Gazzetta forense*, 2016, n. 2, 284 ss., disponibile anche su *blog.ilcaso.it*, che ritiene, condivisibilmente, il fenomeno «assolutamente residuale nella pratica». La Cassazione è consapevole delle gravi difficoltà di ordine probatorio insite nella configurabilità della fattispecie e tuttavia ritiene che essa non sia negabile a priori. Si specifica infatti (Cass. 10507/2016) che «la prova della sussistenza di tale società deve poi essere fornita in via rigorosa, in primo luogo attraverso la dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che dev'essere conforme, e non contrario, all'interesse dei soci. Il fatto che le singole società perseguano invece l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo costituisce, piuttosto, prova contraria all'esistenza della supersocietà di fatto e, viceversa, prova a favore dell'esistenza di una "holding" di fatto» e si esige (Cass. 12120/2016) «il rigoroso accertamento dei parametri organizzativi ed essenziali del contratto di società (...). E dunque saranno la prassi e le conseguenti ricerche empiriche, e non una gerarchia di principi, che potranno significare se alla residualità astratta dello schema tratteggiato corrisponda anche, e in che termini, la marginalità quantitativa delle vicende di responsabilizzazione ivi organizzate nelle c.d. supersocietà di fatto». Sulla necessità di accertamento dell'*affectio societatis* v. anche Corte Cost., 29 gennaio 2016, n. 15, in *Fallimento*, 2016, 523 ss., con nota di F. ANGIOLINI.

<sup>33</sup> Significativamente infatti la Cassazione (1095/2016, cit.; 10507/2016, cit.) afferma che la partecipazione acquisita senza l'osservanza dei requisiti prescritti è pienamente valida, e che «l'inadempimento dell'organo gestorio avrebbe rilevanza meramente interna, giustificando l'adozione dei rimedi rispetto ad esso predisposti (azione sociale di responsabilità, revoca, denuncia al tribunale), ma non varrebbe a determinare la nullità dell'acquisto compiuto o l'inefficacia dell'attività imprenditoriale di fatto svolta» (enfasi aggiunta).

<sup>34</sup> Si osserva, infatti, come «sarebbe infatti assai semplice, per gli amministratori della società, aggirare le norme sulla responsabilità patrimoniale e quelle a ciò collegate invocando la mancata autorizzazione in caso di risultati negativi e, invece, beneficiare degli effetti favorevoli di quella partecipazione. La verità è che lo svolgimento di un'attività economica comune con altra società, di

Come già osservato, talora le configurazioni prescelte dalla giurisprudenza sembrano aver risentito delle peculiari circostanze inerenti le vicende specificamente esaminate, quali l'esigenza di apprestare tutela a soggetti cui sarebbe preclusa la possibilità di impugnativa<sup>35</sup>; valutando l'atto nei suoi riflessi complessivi sul patrimonio sociale in quei casi si sarebbe potuta tuttavia esperire un'azione revocatoria. Restano inoltre sempre da esaminare i profili relativi, oltre all'elemento soggettivo (dolo o mala fede, a seconda delle ricostruzioni accolte), anche alla sussistenza di conflitti di interesse, o alla configurabilità di reati, con eventuali ripercussioni sul contratto posto in essere (anche per motivo illecito comune).

Il profilo dell'esame complessivo dell'atto consente inoltre la contestazione dello stesso anche quando la vicenda non risulta sicuramente inquadrabile nell'ambito dell'art. 2479 co. 2 n. 5, c.c., ad esempio se si tratta di atti di alienazione di rilevante entità, ma che non incidono sull'attività complessivamente esercitata<sup>36</sup> – oppure qualora la fattispecie risulti dubbia alla luce della formulazione della clausola statutaria, con eventuale discrepanza tra oggetto reale e formale<sup>37</sup>.

In questa sede, data la vivacità del dibattito in corso sul tema, si devono reputare ancora aperte le tre diverse opzioni prospettate: a) inefficacia (ma inopponibilità della *dichiarazione*, non dell'*operazione* articolata in tante dichiarazioni); b) efficacia, fatta salva l'*exceptio doli*; c) inefficacia, ma restano salvi i diritti dei terzi di buona fede.

## 5. Il recesso

Il testo dell'art. 2473 c.c. sembra prospettare un recesso indipendente da una decisione dei soci (e, segnatamente, da una decisione adottata col rito assembleare). Le cause legali e inderogabili di recesso consistono, infatti, nel mancato consenso del socio a modificazioni dell'atto costitutivo (e, così, in deliberazioni assembleari), salvo una (oltre alle ipotesi previste in materia di direzione e coordinamento): "il compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione

---

capitali o di persone, o con una persona fisica è fatto ormai avvenuto, condividendo esso la natura materiale ed empirica dell'attività d'impresa, per il c.d. principio di effettività» (Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095, cit.).

<sup>35</sup> Sul punto C. ANGELICI, *op. ult. cit.*, 63, il quale rileva la probabile influenza sulla soluzione tecnica prescelta dai giudici delle istanze di tutela coinvolte (con riguardo ad azioni proposte dai creditori sociali nei confronti di atti di disposizione dell'azienda sociale, ritenuti poi nulli).

<sup>36</sup> L. DELLA TOMMASINA, *Il trasferimento di asset strategici tra competenze non scritte dell'assemblea e lesione dei diritti dei soci*, cit., 484 ss., osserva correttamente come non sia affatto scontata la riconducibilità di atti dismissivi di beni strategici o di rilevante identità nel novero delle operazioni di cui all'art. 2479, comma 2, n. 5 c.c.

<sup>37</sup> Poiché la norma fa riferimento alla "modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo", il grado di tutela che essa riconosce al socio è destinato a dipendere dal grado di conformità di questo all'attività effettivamente svolta (cioè dalla *Gegenstandswahrheit*, dalla verità dell'oggetto sociale): R. WALLNER, *Der Unternehmensgegenstand der GmbH als Ausdruck der Unternehmensfreiheit*, in *JZ*, 1986, 727; O. STREUER, *Der statutorische Unternehmensgegenstand*, Berlin, 2001, 123 ss.) e quindi dal grado di precisione con cui è determinato il programma sociale: quanto più esso sarà formulato in modo generico, maggiori saranno le difficoltà nel ricondurre entro il suo ambito le operazioni che in concreto (ma non in rapporto alla formulazione della clausola) determinano un'alterazione dell'attività sociale. Si pensi all'ipotesi di "cessione di un ramo fondamentale dell'azienda che importi un radicale mutamento della posizione di mercato della società" (esempio di M. PERRINO, *La "rilevanza del socio" nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 810 ss., 822): se l'oggetto sociale prevede genericamente la produzione di beni di diverse categorie merceologiche, senza stabilire dei criteri di rilevanza, e dopo la cessione ne venga ridotta in modo considerevole una soltanto (anche se, in concreto, costituente il settore più rilevante dell'attività), pare difficile ritenere che l'operazione prospettata possa incidere su quell'oggetto statutario, determinandone un mutamento.

Sull'oggetto sociale statutario e sull'oggetto sociale reale, nonché sui criteri interpretativi adottabili per tentare di attribuire rilievo al secondo (con particolare riguardo alle tesi di C. ANGELICI, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in C. Angelici – G.B. Ferri, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, 337 ss., 342, il quale, pur privilegiando il metodo nell'interpretazione oggettiva, non preclude la possibilità, in caso di obiettiva lacuna o ambiguità delle espressioni utilizzate, di far riferimento ai "materiali poststatutari", purché l'esito interpretativo sia, da un lato, compatibile con il dato testuale dello statuto, dall'altro che si tratti di «dati idonei a caratterizzare oggettivamente l'organizzazione societaria, il cui valore giuridico sia tale da poter quindi su di essa incidere») si rinvia a A. PAOLINI, *Le modificazioni di fatto dell'oggetto sociale*, cit., 9 ss., 94 s., 208 ss., ove ulteriori riferimenti.

dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo". In tal caso, infatti, il mancato consenso del socio – che legittima il recesso – può risalire ad una violazione della riserva ai soci di ogni "decisione" sul punto, dovuta a omessa convocazione dell'assemblea da parte dell'amministrazione, a lacunosità dell'ordine del giorno o al difetto d'approvazione del punto benché iscritti.

E, del resto, il diritto della s.p.a. esplicitamente contempla il caso in cui "il fatto che legittima il recesso [sia] diverso da una deliberazione" (art. 2437 bis, 1° comma, ultima proposizione), ancorandone il termine di esercizio alla "conoscenza da parte del socio".

Sembra sussistere lo spazio sistematico per un dissenso del socio, suscettibile di rendere per costui precario il rapporto sociale anche in mancanza di una decisione assembleare. L'addentellato testuale si rintraccia nel fraseggio dell'art. 2473 c.c., soprattutto se letto in correlazione con la menzione, nell'art. 2437 bis c.c., di un recesso legittimato da un fatto "diverso da una deliberazione" (il recesso può operare a condizione che l'atto negoziale compiuto sia efficace, ossia risulti idoneo a produrre l'effetto concreto – in questo caso la modificazione sostanziale dell'oggetto sociale – che legittima il recesso stesso). D'altronde, la trasgressione della consecuzione decisione dell'assemblea/dichiarazione del rappresentante della società (voluta dall'art. 2479, 2° comma, n. 5 c.c.) va ponderata, perché comporti l'inefficacia della dichiarazione per la società, con l'istanza di protezione dell'affidamento del terzo (fortemente radicata nel diritto europeo e nella dinamica di quello nazionale - si torna ad alludere alla rimozione dell'art. 2384 bis c.c.); e non si lasciano indenticare interessi sufficienti a modulare gli altri rimedi prospettabili quando l'amministrazione incorra in una violazione dell'organizzazione dei processi decisionali della società, prevista dalla legge: e cioè la revocabilità per giusta causa e la responsabilità risarcitoria dei preposti all'ufficio (che adottano ed attuano una decisione riservata alla competenza dell'assemblea), e, appunto, la precarietà del rapporto sociale per il socio (con l'esercizio del diritto di recesso), quando sopravvenga una sostanziale – e non altrimenti eliminabile – trasgressione dell'oggetto statutario<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Conf. A. PAOLINI, *Le modificazioni*, cit., 323 ss., ove ulteriori riferimenti.