

**Opponibilità dei limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori di s.p.a. Nuovi compiti da svolgere per una (supposta) *exceptio doli*?
(Antonio Capizzi)**

1. La riforma del diritto societario del 2003 ha attribuito un nuovo assetto all'impostazione del Codice civile in tema di opponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori; questo intervento intende analizzare quale sia stata l'effettiva portata di tale innovazione¹.

Il nuovo primo comma dell'art. 2384 c.c. - il secondo comma è rimasto invece sostanzialmente immutato - stabilisce che "il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è *generale*". Abrogato l'art. 2384-*bis* c.c., che prevedeva l'inopponibilità ai terzi di buona fede degli atti estranei all'oggetto sociale (ovvero, *a contrario*, che la società poteva opporre ai terzi l'invalidità dell'atto solo se riusciva a dimostrare la consapevolezza di tale estraneità).

Con una significativa inversione di rotta, il nuovo sistema sembra essersi orientato nel senso di far gravare sempre sulla società (e quindi sui soci) il danno derivante dagli sconfinamenti e dalle infedeltà dei soggetti cui sia stata affidata la rappresentanza della società², anche quando la controparte sia stata in grado di riconoscere il vizio di potere rappresentativo. E' evidente allora che, nel nuovo assetto normativo, il secondo comma dell'art. 2384 c.c., costituisce l'unico appiglio normativo sulla base del quale ci si potrebbe in ipotesi opporre all'agire scorretto dei terzi che dovessero approfittare dell'agire *ultra vires* (o al

1 Sull'argomento si è già susseguito un cospicuo numero di interventi, v., senza pretesa di esaustività, E. ALEMAGNA, *Potere di gestione e rappresentanza degli amministratori delle S.p.a dopo la riforma*, in *Società*, 2004, 384 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 76 ss.; V. CALANDRA BONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2006, II, 659 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, 2. Diritto delle società*, Torino, VII ed., 2009, 378 ss.; C. M. DE IULIIS, *La rilevanza interna degli atti ultra vires nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2008, 1835 ss.; I. M. DENTAMARO, *sub artt. 2383, 4°-5° comma, 2384*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, 690 ss.; F. FERRARA - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, XIII ed., Milano, 2006, 605 ss.; M. FRANZONI, *Dell'amministrazione e del controllo - art. 2380-2396*, in *Commentario Scialoja-Branca*, III, 1, Bologna-Roma, 2008, 209 ss.; S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. not.*, 2004, 1329 ss.; R. LOLLI, *Poteri di rappresentanza degli amministratori e opponibilità ai terzi degli atti estranei all'oggetto sociale*, nota a Trib. Lucca, 23 agosto 2006, in *Società*, 2008, 89 ss.; C. MALBERTI, *sub art. 2384*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti e a., *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, 171 ss.; P. MORANDI, *sub art. 2384*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, I, 693 ss.; D. MOSCO, *sub art. 2384*, in *Società di capitali. Commentario*, diretto da G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, II, 607 ss.; ID., *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, I, 2004, 924 ss.; L. RESTAINO, *sub art. 2384*, in *La riforma delle società*, I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 421 ss.; M. RUSSO, *Gli effetti della delibera assembleare di autorizzazione alla prestazione di garanzie per debito altrui*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 666 ss.; L. SALAMONE, *Oggetto sociale e poteri di rappresentanza dell'organo amministrativo*, in *Giur. comm.*, 2008, 1095.

² Cfr. V. CALANDRA BONAURA, *Il potere di rappresentanza*, in *Liber amicorum G. F. Campobasso*, cit., 660.

di fuori dei limiti posti dallo statuto) degli amministratori. L'evidente maggior rilievo che questo strumento assume rispetto al passato induce a interrogarsi sulla sua concreta portata applicativa.

Ad opinione di chi scrive, appare lecito dubitare dell'effettiva adeguatezza di un *everriculum malitiarum* che, almeno ad una prima lettura, subordina il proprio operare a una prova diabolica come quella della "intenzionalità"³; ciò almeno fino a quando si continui a concepire l'intenzionalità nel senso di una consapevole e volontaria intenzione di nuocere. Tutto ciò senza dar spazio ad una più attenta considerazione delle circostanze concrete, da cui sarebbe possibile desumere una oggettiva conoscibilità e prevedibilità delle conseguenze dannose - per la società - dell'agire dei terzi in mala fede. In definitiva, occorre chiedersi se l'opzione per l'intenzionalità: a) permetta di qualificare come *exceptio doli* il rimedio posto dall'art. 2384, 2° comma b) costituisca la soluzione più efficiente.

Da tali dubbi l'urgenza di questo approfondimento.

2. L'art. 2384 c.c., nella sua formulazione originaria del 1942, operava un semplice rinvio alla disciplina stabilita dall'art. 2298 c.c. per le società di persone, che ancora oggi prevede da un lato l'opponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori purché pubblicate nel registro delle imprese o dai terzi in altro modo conosciute (in ciò facendo applicazione del principio generale espresso dall'art. 2193 c.c.), dall'altro l'opponibilità dell'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori.

La linearità e uniformità del "vecchio" sistema, che sostanzialmente poneva a carico dei terzi l'onere di verificare la presenza di tali limitazioni, è stata complicata dalla recezione nel nostro ordinamento degli obblighi di armonizzazione imposti dal legislatore comunitario nell'art. 9 della direttiva Cee 68/151. Con il d.P.R. 1127/1969 (che era intervenuto sugli artt. 2384 e 2384-bis) il nostro legislatore, avvalendosi della riserva concessa dalla citata direttiva, aveva confermato il limite dell'estraneità all'oggetto sociale, stabilendo che esso non sarebbe stato opponibile ai terzi in buona fede. Inoltre era stata posta un'ulteriore eccezione, non esplicitamente prevista dalla direttiva⁴, consentendo di opporre ai terzi che

³ Cfr. P. ABBADESSA, *Sub art. 2384*, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale dell'Università cattolica di Milano*, in *Riv. Soc.*, 2002, 1476; G. ALPA, *La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 231; G. CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, in *Contratto e impresa*, 2003, 148; G. B. PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 701, ID., *Riforma delle società e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 263; V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Società*, 2002, 1466.

⁴ Ma v. P. ABBADESSA, *La gestione della società per azioni*, Milano, 1975, 138, nt. 35, che ricorda come una dichiarazione del Consiglio dei Ministri della CEE aveva riconosciuto la necessità di interpretare le disposizioni della direttiva in modo da impedirne un uso fraudolento, in tal modo implicitamente riconoscendo la possibilità di far operare un'*exceptio doli*. Nel nostro ordinamento, che all'epoca, a differenza di quello tedesco, non conosceva una vigenza generale (perlomeno in termini espliciti) di quest'istituto, si rese necessaria una previsione *ad hoc*. Nello stesso senso v. MALBERTI, *op. cit.*, 179. Il mutato atteggiamento nei confronti del rimedio romanisti-

avessero agito intenzionalmente a danno della società i limiti al potere di rappresentanza contenuti nell'atto costitutivo o nello statuto. In realtà il discorso sarebbe più complesso, poiché la citata norma comunitaria si limitava ad individuare nella mala fede (e non nell'agire intenzionalmente a danno) il presupposto per l'opponibilità ai terzi dell'estraneità dell'atto al solo oggetto sociale. Nondimeno, la dottrina maggioritaria ritiene che il requisito della buona fede costituisca un presupposto minimo dell'inopponibilità, che non escluderebbe la possibilità per i legislatori nazionali di utilizzare criteri più restrittivi a maggior tutela dei terzi che entrano in contatto con le S.p.a.⁵. D'altra parte, si dimostrerà come la scelta di restringere i casi di opponibilità ai terzi, mantenuta (e forse ampliata nella sua nettezza) dalla riforma del 2003, sia del tutto coerente con considerazioni di natura giuseconomica.

Questo sistema permetteva ai terzi che avessero contrattato con gli amministratori muniti del potere di rappresentanza di far salvi i loro diritti in tre ipotesi: a) effettuata la pubblicità prevista dall'art. 2383, 4° comma, l'art. 2383, u.c., prevedeva che le cause di nullità o annullabilità della nomina degli amministratori con rappresentanza fossero opponibili ai soli terzi consapevoli del vizio; b) l'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti in nome della società era opponibile, a norma dell'art. 2384-bis, ai terzi in mala fede; c) le limitazioni statutarie, a norma dell'art. 2384, erano opponibili ai soli terzi che avessero agito intenzionalmente a danno della società.

3. Il quadro è rimasto immutato fino alla novella del 2003, che ha espressamente riconosciuto il carattere della generalità al potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali, oltre ad aver abolito il regime di opponibilità degli atti estranei all'oggetto sociale previsto dall'art. 2384-bis. Delle tre originarie discipline di opponibilità sopra citate, quindi, ne rimangono solo due: quella relativa all'invalidità della nomina (art. 2383, 5° comma) e quella relativa ai limiti previsti dallo statuto e, nella sua nuova formulazione, da una decisione degli organi competenti (art. 2384, 2° comma).

Nonostante l'evidente intento della riforma, orientata nel senso di ridimensionare (e al limite di annullare) il limite al potere di rappresentanza degli amministratori costituito dall'oggetto sociale, la dottrina si è immediatamente divisa sulla possibilità di recuperare il disposto, o quantomeno la funzione, dell'art. 2384-bis mediante un'operazione interpretativa mirata a ricondurlo all'interno della fattispecie scolpita dall'art. 2384, 2° comma⁶. Anzi, si è andati anche al di

co, anche a seguito dell'intervento normativo del 1969 si coglie confrontando i due scritti di G. PELLIZZI, *Exceptio doli – diritto civile* (ad vocem) in *Nov.mo Dig. It.*, VI, Utet, 1960, 1075 e ID., *Personalità giuridica e infrazioni valutarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1978, I, 267.

⁵ Cfr. MORANDI, *op. cit.*, 700; DENTAMARO, *op. cit.*, 696; MALBERTI, *op. cit.*, 179.

⁶ In ciò confortata anche da una recente giurisprudenza, v. Cass., 4 agosto 2006, n. 17696, in *Foro it.*, 2006, 2040, la cui massima recita: "Ai fini della valutazione della pertinenza di un atto degli amministratori di una società di capitali all'oggetto sociale, e della conseguente efficacia dello stesso ai sensi dell'art. 2384 cod. civ., il criterio da seguire è quello della strumentalità, diretta o indiretta, dell'atto rispetto all'oggetto sociale, inteso come la specifica attività economica (di produzione o scambio di beni o servizi) concordata dai soci nell'atto costitutivo in vista del

lità, sostenendo (superando l'irrelevanza attribuita dalla direttiva comunitaria alla pubblicazione dello statuto) che, malgrado la generalità del potere di rappresentanza, esso dovrebbe comunque essere interpretato in funzione dell'oggetto sociale che, in virtù della sottoposizione ad un regime di pubblicità legale, costituirebbe un limite anche per i terzi⁷ senza necessità di provarne il dolo⁸.

La lettera della norma è chiaramente orientata nel senso di rendere irrilevante il limite posto dall'oggetto sociale. Essa infatti prende in considerazione i soli limiti "posti dallo statuto o da una decisione degli organi competenti". Inoltre, i nuovi artt. 2380-bis, 1° comma e 2384, 1° comma inducono la dottrina maggioritaria a ritenere si sia ormai attuata una vera e propria dissociazione tra potere di gestione - che si estende "a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale" - e potere di rappresentanza, definito senza riserve come "generale". Da tale "generalità" discende l'impossibilità di opporre ai terzi qualsiasi limite al potere di rappresentanza degli amministratori, ciò che spiega l'abrogazione dell'art. 2384-bis. E' questa la considerazione che ha indotto numerosi studiosi a ritenere che ormai il limite dell'oggetto sociale, salvo il caso eccezionale previsto dall'art. 2384, 2° comma, non sia più opponibile ai terzi che hanno contrattato con gli amministratori, i cui atti sarebbero in ogni caso vincolanti per la società purché dotati di oggetto e causa leciti ai sensi dell'art. 1418 c.c., "che, ormai, ne costituirebbe l'unico limite invalicabile"⁹. L'esito di tale opzione ermeneutica porta quindi a ricomprendere nella fattispecie del 2° comma (comunemente definito un caso tipizzato di *exceptio doli*) l'ipotesi dell'amministratore con rappresentanza che ponga in essere un atto estraneo all'oggetto sociale. Ad essere mutato sarebbe il solo regime di opponibilità, non bastando più la prova della mala fede del terzo ma essendo necessaria la prova della sua intenzione di nuocere alla società¹⁰.

perseguimento dello scopo di lucro proprio dell'ente. Non sono invece sufficienti, al predetto fine, né il criterio della astratta previsione, nello statuto, del tipo di atto posto in essere (in quanto, da un lato, la elencazione statutaria di atti tipici non potrebbe mai essere completa, data la serie infinita di atti, di vario tipo, che possono essere funzionali all'esercizio di una determinata attività, e, dall'altro, anche la espressa previsione statutaria di un atto tipico non assicura che lo stesso sia, in concreto, rivolto allo svolgimento di quella attività), né il criterio della conformità dell'atto all'interesse della società (in quanto *l'oggetto sociale costituisce, ai sensi dell'art. 2384 cod. civ., un limite al potere rappresentativo degli amministratori, i quali non possono perseguire l'interesse della società operando indifferentemente in qualsiasi settore economico, ma devono rispettare la scelta del settore in cui rischiare il capitale fatta dai soci nell'atto costitutivo*)" (corsivo mio).

⁷ Cfr. S. PESCATORE, *La società per azioni*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, 69ss.

⁸ Cfr. PORTALE, *Osservazioni*, cit., 701; SALAFIA, *Amministrazione e controllo*, cit., 1465.

⁹ V. ALEMAGNA, *op. cit.*; MORANDI, *op. cit.*, 695; BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a.*, cit., 77; RESTAINO, *op. cit.*, 422. Nello stesso senso v. DE IULIIS, *op. cit.*, 1842, che però ritiene che l'abrogazione dell'art. 2384-bis, visto il suo carattere di eccezionalità rispetto alla disciplina generale, impedisca una interpretazione analogica della disciplina sull'inopponibilità degli atti *ultra vires*.

¹⁰ *Ex multis* v. LOLLI, *Poteri di rappresentanza degli amministratori e opponibilità ai terzi degli atti estranei all'oggetto sociale*, cit.

Non si può evitare di notare che un tal modo di procedere perviene a un'importante conseguenza sia teorica sia pratica. Sul piano generale una soluzione siffatta rischia di frustrare il carattere della generalità che la riforma ha espressamente inteso attribuire al potere di rappresentanza degli amministratori¹¹. Sul piano applicativo, invece, se si ritiene che a essere toccato dalla riforma sia stato il solo regime di opponibilità ai terzi degli atti estranei all'oggetto sociale (e non l'ampiezza del potere di rappresentanza attribuito agli amministratori), non si attuerebbe quel "passaggio del rischio" dalla società ai terzi che la riforma sembra aver voluto attuare¹².

E' necessario allora chiarire quali siano stati gli interessi che la riforma ha inteso tutelare. A opinione di chi scrive, l'apparente rigidità della norma posta dal 2° comma dell'art. 2384 c.c. può essere meglio compresa qualora si consideri che un'efficiente allocazione del rischio connesso al compimento di determinati atti non può totalmente prescindere da un'analisi di quali siano i soggetti posti dalla legge (o dalle circostanze concrete) nella miglior posizione per gestirlo¹³.

In generale ciò implica un'indagine dettagliata circa gli usi del commercio e le informazioni possedute dalle parti. A tal proposito, i seguaci dell'analisi economica del diritto sostengono che il giudice, qualora debba assegnare autoritativamente un bene che il mercato non ha voluto (o non ha potuto) allocare, debba seguire il c.d. "criterio del mercato simulato", in base al quale il diritto va attribuito alla parte che lo valuta di più e che quindi, in un'ipotetica contrattazione, sarebbe disposta a sborsare il prezzo maggiore per aggiudicarselo¹⁴. Ma allora, in caso di rischi, la parte che (razionalmente) è disposta a sborsare il prezzo maggiore per aggiudicarsi un diritto (sottoposto al rischio di veder diminuito il suo valore) è quella che può sopportare il rischio in modo più efficiente. In altre, parole, utilizzando nozioni economiche: "quando il soggetto che avrebbe potuto sopportare il rischio in modo efficiente ha effettivamente previsto il ri-

¹¹ V. la *Relazione d'accompagnamento* al D. Lgs. N. 6 del 2003, 6.III.1: "[gli amministratori] hanno poteri di gestione estesi a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (art. 2380-bis, 1° comma) e una rappresentanza generale per tutti gli atti compiuti in nome della società (art. 2384, 1° comma) (...) Nei rapporti esterni, per tutelare l'affidamento dei terzi - e salva l'*exceptio doli* - (...) gli atti compiuti dall'amministratore munito del potere di rappresentanza ma privo del potere di gestione (atti estranei all'oggetto sociale [...]) (...) rimangono validi e impegnativi".

¹² Cfr. SALAMONE, *op. cit.*, 1096, che ricorda come, per quanto riguarda il rapporto tra oggetto sociale e potere rappresentativo degli amministratori di s.p.a., il diritto oggi vigente "è diretto principalmente a *dirimere conflitti* tra la società e i terzi tutelando, nella misura più equilibrata possibile, la stabilità dei rapporti con i terzi".

¹³ V. ALEMAGNA, *Potere di gestione e rappresentanza degli amministratori di S.p.a. dopo la riforma*, *cit.*, in part. alla n. 26., in cui si ribadisce che, anche se è legittimo interrogarsi sull'opportunità di una così penetrante tutela offerta dalla norma in esame ai terzi, "non è consentito all'interprete vanificarne la portata restringendo il suo campo di applicazione negando la lettera stessa della norma".

¹⁴ Sul criterio del "contratto ipotetico" v. ampiamente G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, 115 ss., che illustra anche le principali critiche rivolte a questo approccio.

schio, o avrebbe dovuto prevederlo, il giudice dovrebbe presumere che il prezzo pattuito includeva il compenso per la sopportazione del rischio”¹⁵.

L’individuazione di chi può sopportare il rischio al minor costo si pone come esito di un’indagine che dovrebbe tener conto di diversi fattori. In primo luogo, spesso le parti si premuniscono *ex ante* contro il rischio di impossibilità della prestazione (ad es. assicurandosi) proprio per ridurre il rischio di perdite ad essa connesse¹⁶. Spesso ma non sempre, l’assicurazione sarà conveniente solo qualora i benefici attesi siano superiori rispetto al costo di assicurarsi, in caso contrario si avrà un contratto “economicamente incompleto”, che cioè non tiene conto di una circostanza in grado di incidere sui guadagni attesi dalle parti.¹⁷ In questo caso il rischio dovrebbe essere assegnato alla parte che può prendere le precauzioni in questione al minor costo. In secondo luogo, il rischio può essere “economicamente distribuito” diversificandolo, così da farlo gravare su di una platea di soggetti più ampia, tanto che si può sostenere che il rischio dovrebbe essere assegnato alla parte che può distribuirlo con il minor costo.

Per determinare il costo di ogni rischio bisogna quindi tenere conto dell’abilità e delle conoscenze specifiche di ogni singolo soggetto che, proprio in virtù delle sue capacità, può essere in grado di sopportare in maniera più efficiente la perdita derivante da un evento dannoso non previsto – o la cui probabilità di verificarsi era considerata irrilevante – al momento della conclusione del contratto. Quest’interpretazione minimizza il costo dei rischi remoti e quindi massimizza il *surplus* contrattuale che le parti possono dividersi, con un conseguente aumento del benessere sociale derivante dalla contrattazione. Il punto è da sottolineare: entrambe le parti risultano avvantaggiate da un’interpretazione economica – o meglio, orientata alle conseguenze – delle regole di attribuzione dei rischi sopravvenuti.

Quali le critiche a questo approccio? In primo luogo occorre rilevare come spesso non sia agevole raccogliere le informazioni necessarie ad individuare il soggetto più idoneo a individuare il costo del rischio. Un’analisi del genere normalmente segue due linee d’indagine, volte rispettivamente a individuare la capacità dei contraenti di valutare: a) la probabilità che l’evento dannoso si verifichi; b) i costi attesi conseguenti al verificarsi dell’evento. E’ evidente come non si tratti di quesiti cui è semplice dare risposta. Infatti, sempre in un’ottica economica, la capacità di procurarsi un’informazione non dipende esclusivamente dalle abilità e dalle conoscenze, ma soprattutto *dal costo dell’informazione stessa*, che sarà acquistata dalla parte capace di procurarsela al costo minore. Da ciò deriva che *il rischio dovrebbe essere allocato alla parte capace di procurarsi al costo mi-*

¹⁵ Cfr. COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile*, I, Fondamenti, Bologna, 2006, 156, che aggiungono: “se poi il promittente abbia davvero previsto il rischio, è una questione di fatto e l’esistenza di un obbligo di prevedere il rischio dipende da una valutazione delle corrette pratiche commerciali”.

¹⁶ Per una distinzione tra costi *ex ante* ed *ex post* v. BELLANTUONO, *op. cit.*, 68.

¹⁷ In BELLANTUONO, *op. cit.*, 74 ss., un’ampia ed approfondita analisi delle cause di tale incompletezza.

nore le informazioni sulla sua probabilità di accadimento e sui suoi costi attesi e quindi di assicurarsi al minor costo.

Applicando tale ordine d'idee, prendiamo allora ad esempio il caso della nozione "estraneità di un atto rispetto all'oggetto sociale", che costituiva l'informazione-base su cui si basava l'applicazione della regola posta dal vecchio art. 2384-bis. Il suo costo, l'esperienza applicativa c'insegna¹⁸, è alto poiché non è certamente possibile "esprimere *a priori* un giudizio dei singoli atti rispetto all'attività statutaria e ai criteri di individuazione dell'estraneità dell'atto rispetto all'oggetto sociale"¹⁹. Quindi, nel confronto tra terzi e società, è ragionevole ritenere che sia la società (o meglio gli amministratori: da ciò si spiega l'insistere sulla loro responsabilità) ad essere più in grado di prevedere *ex ante* con un (economicamente) ragionevole grado di certezza se l'atto che si sta per compiere verrà giudicato *ex post* come rientrante nell'oggetto sociale.

Un'altra obiezione che si potrebbe muovere al "criterio del miglior assicuratore" è che esso funziona discretamente nel caso di eventi destinati a verificarsi "in prossimità" della sfera di controllo dei soggetti, ma perde invece la sua capacità euristica nei casi in cui gli eventi dannosi sono di portata generale, poiché è ragionevole prevedere che le parti tendano ad avere eguale accesso alle informazioni che li riguardano. Per tornare al nostro caso, il rischio che i terzi contrattino con amministratori sforniti del potere rappresentativo perché agiscono al di fuori dell'oggetto sociale costituisce un caso tipico di evento ricompreso nella "sfera di controllo" della società e come tale andrebbe considerato qualora si debba decidere a quale soggetto attribuirne il costo. La società sarà sicuramente in grado di controllare l'operato degli amministratori ad un costo molto minore di quello che dovrebbero sopportare i terzi che, in ipotesi, dovrebbero ogni volta controllare il registro delle imprese per assicurarsi di aver di fronte un amministratore effettivamente dotato dei poteri di rappresentanza.

Inoltre, si è obiettato che l'assicurazione consente di minimizzare i rischi solo se ha ad oggetto un ragionevole numero di eventi rischiosi, aggregati in gruppi omogenei e non collegati. Solo in questo modo è infatti possibile stabilire con ragionevole approssimazione la probabilità che un evento si verifichi, con il solito inconveniente che ciò non sarà possibile per gli eventi singoli, ossia che non accadono frequentemente o che sono percepiti dai contraenti come eccezionali. Ciò non accade nel caso che stiamo esaminando. L'eventualità per cui gli amministratori agiscano *ultra vires* è, proprio in ragione della continuità del rapporto che li lega alla società, patologica ma non certo eccezionale.

¹⁸ Un tema classico è quello delle fideiussioni infra-gruppo, per tutti v. T. ASCARELLI, *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, 736 ss.

¹⁹ Cfr. V. CALANDRA BONAURA, *Il potere di rappresentanza*, in *Liber amicorum G. F. Campobasso*, cit., 662; ID., *Il potere di rappresentanza*, in *Trattato Colombo Portale*, cit., 187. SALAMONE, *op. cit.*, 1104, riporta un contributo fornitogli da Sciuto: "per l'oggetto sociale invece è inutile nascondersi che il giudizio non può che restare comunque confinato, ontologicamente, nell'area della discrezionalità, perché si deve misurare la conformità non ad una misura data ma ad una funzione".

Si è detto: “eventi percepiti come eccezionali”. Spesso il costo atteso connesso al verificarsi della maggior parte degli eventi dannosi non è sufficientemente elevato da spingere i contraenti ad impegnarsi nella negoziazione di una clausola specifica. La percezione in questo caso non è casuale, ma costituisce il frutto di una scelta razionale che tiene conto dell’incerto verificarsi di un evento o, anche qualora tale probabilità sia prevedibile, dell’impossibilità di raggiungere una soluzione contrattata. Nel caso preso in considerazione l’elevato numero di possibili contraenti determina costi di transazione e problemi di opportunismo tali che è ragionevole prevedere che le parti non saranno disposte ad affrontarli. Interviene allora una regola legale di *default* (nel nostro caso l’art. 2384, 2° comma), che però andrà giudicata positivamente solo se interpretata nel senso di indurre le parti ad adottare comportamenti efficienti²⁰.

Ciò posto, qualora si ritenga sia ancora possibile opporre ai terzi il limite dell’oggetto sociale alle condizioni poste dall’art. 2384, 2° comma, appare preferibile un’interpretazione restrittiva della fattispecie “agire intenzionalmente in danno”, che dovrà essere applicata solo qualora sia riscontrabile un’intesa criminosa tra amministratori e terzo volta a frodare la società²¹.

²⁰ Cfr. P. TRIMARCHI, *Commercial impracticability in contract law: an economic analysis*, in *International review of law and economics*, 11 (1991), 72.

²¹ *Contra*, nel senso di una non necessità di provare l’esistenza di una collusione fraudolenta, v. V. CALANDRA BONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato Colombo-Portale*, cit., 147-148, per cui un’impostazione basata “sull’aprioristica propensione dell’interprete a privilegiare l’esigenza collettiva di certezza del traffico giuridico [su cui v. BONELLI, *op. cit.*, 79] – che induce all’accoglimento della tesi più restrittiva-” opera “una inversione metodologica, non considerando che il grado di tutela apprestato dalla legge ai due interessi contrapposti risulta a sua volta condizionato dalle conclusioni cui si perviene in merito alla sfera di applicazione del rimedio previsto dal 2° comma dell’art. 2384”. Secondo l’autorevole commentatore, un fondamento più solido potrebbe essere allora rinvenuto nella *ratio* della norma, tesa ad evitare che il terzo abusi di una tutela che viene apprestata allo scopo di facilitare le contrattazioni riducendo gli oneri di accertamento ed i rischi a carico dei terzi. Da ciò conseguirebbe l’impossibilità di un’applicazione del rimedio correlata “ad un comportamento o ad un atteggiamento psicologico dell’amministratore, il quale non è destinatario della tutela, e – in quanto parte del rapporto gestorio all’interno del quale le limitazioni statutarie esplicano i loro effetti – non può sottrarsi alle sanzioni previste per il suo inadempimento indipendentemente dal fatto che abbia natura dolosa o colposa”. Oltre a ciò, deporrebbero in favore di questa tesi altri due argomenti: 1) l’amministratore non trae necessariamente vantaggio dalla violazione statutaria; 2) “la consapevolezza da parte del terzo dell’esorbitanza dell’atto rispetto ai poteri riconosciuti dallo statuto all’amministratore e del pregiudizio che lo stesso può arrecare alla società determina già un mutamento così radicale dell’assetto di interessi tipicamente considerato dal legislatore da non giustificare più la tutela accordata al terzo”.

A tali raffinati argomenti si possono muovere due obiezioni, una sul piano ermeneutico, l’altra sul piano dell’assetto degli interessi presi in considerazione dal legislatore. Per quanto riguarda il primo punto, come meglio sarà chiarito subito appresso, il significato da attribuire all’espressione “agire intenzionalmente in danno” non è passibile di essere così facilmente ricondotto a una consapevolezza *tout court*. Per quanto riguarda il secondo aspetto, dovrebbe essere stato chiarito che la *mens legislatoris* (a maggior ragione dopo la Riforma del 2003) sembra – più o meno coscientemente- muoversi nel solco di quella che è comunemente definita dai giuristi-economisti come “teoria del miglior assicuratore”, in base alla quale, a prescindere dall’effettivo stato soggettivo in cui si trova ciascuna delle parti, è preferibile assegnare il rischio al soggetto maggiormente in grado di prevederne i costi e quindi di prevenirlo.

Nondimeno, dalle considerazioni giuseconomiche appena svolte, unitamente a quelle concernenti la sistematica transizione operata dalla riforma del 2003 da rimedi reali a misure di tutela personale, c'è chi ha ritenuto di non poter approvare la teoria più "permissiva", anche perché la I direttiva comunitaria imporrebbe ai legislatori e agli interpreti di tenere distinte le situazioni degli atti *ultra vires* e delle limitazioni volontarie ai poteri degli amministratori²². Con la conseguenza che il travalicamento dei limiti imposti dall'oggetto sociale comporterebbe esclusivamente misure sanzionatorie di ordine personale nei confronti degli amministratori (la responsabilità e la revoca in tutte le società di capitali nonché, nelle s.p.a., il controllo *ex artt.* 2408-09, mentre nelle s.r.l. le misure cautelari di revoca per gravi irregolarità gestorie *ex art.* 2476, 3° comma)²³.

Infine, una piccola provocazione²⁴. Nella maggior parte delle ipotesi, quando ci s'interroga sull'estraneità o meno di un atto rispetto all'oggetto sociale, i soggetti contrapposti sono la società e il suo amministratore; anzi, nella maggior parte dei casi si tratta di un *ex* amministratore, sostituito a seguito di un mutamento nel gruppo di controllo della società. E', allora, indubabilmente ragionevole ritenere che la critica all'amministratore non abbia effetto reale (ossia sia opponibile al terzo) se non quando il terzo sia stato in condizione psicologica di mala fede. In altre parole, il fatto di aver scelto un cattivo gestore degli interessi (e diritti) della società, con i conseguenti atti di *mala gestio* che ne possono derivare, non può ragionevolmente coinvolgere il terzo di buona fede. Se invece il terzo è di mala fede gli effetti dell'atto non possono più essere messi in discussione.

E' davvero necessario l'art. 2384, 2° comma, per giungere a questa conclusione? Non sono sufficienti le norme generali preposte alla circolazione della ricchezza?

Nella maggior parte dei casi, se non nella totalità di essi, gli atti *ultra vires* posti in essere dall'amministratore infedele hanno ad oggetto atti di disposizione della ricchezza, ossia atti che scambiano utilità con altre utilità. In questi casi esistono già regole che tutelano il terzo di buona fede (una fra tutte: la regola del possesso vale titolo posta dall'art. 1153 c.c.) da una successiva contestazione della validità dell'atto posto in essere con colui che appariva legittimato a disporre del diritto. Prendiamo ad esempio il caso opposto, in cui è il terzo a fornire il bene: l'amministratore di una società manifatturiera invia regolarmente

²² Cfr. SALAMONE, *op. cit.*, 1106, che ricorda come non si tratti di una soluzione isolata nel panorama europeo: il § 82 AktG tedesco prevede implicitamente il carattere generale e testualmente la non limitabilità del potere di rappresentanza degli amministratori ed il valore solo obbligatorio delle limitazioni allo stesso. Su quest'ultimo punto *v.* più diffusamente V. CALANDRA BONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 4, Torino, 1991, 139.

²³ Per V. CALANDRA BONAURA, *Il potere di rappresentanza*, in *Liber amicorum G. F. Campobasso, cit.*, 664, la nuova disciplina degli interessi degli amministratori e la nuova azione di responsabilità della minoranza, così come implementate nel 2003, rappresentano "un efficace deterrente per garantire il rispetto dell'oggetto sociale".

²⁴ Suggestivamente, con il Suo caratteristico *humor*, dal prof. G. Niccolini, in un'amichevole conversazione.

mazzi di fiori alla moglie dell'amministratore di un'altra società con cui è in atto un'importante trattativa. In questo caso non sembra possibile dubitare che l'atto, sebbene preso nella sua individualità non abbia alcuna connessione con l'oggetto sociale, sia indirettamente volto a fare gli interessi della società, tanto che i suoi effetti non potrebbero essere successivamente contestati. D'altro canto, qualora l'amministratore, a spese della società, inviasse regolarmente fiori alla sua fidanzata, ciò non potrebbe evidentemente essere qualificato come attuazione dell'oggetto sociale. Proviamo ad adottare per un momento il punto di vista del fioraio: come fa a intuire la qualifica (moglie dell'amministratore o fidanzata) della signora cui deve consegnare i fiori? L'ordinamento tende a risolvere queste situazioni discriminando la posizione del fioraio - cioè del terzo - (anche, ma non solo) in base alla sua posizione soggettiva al momento dell'acquisto del diritto.

La norma dell'art. 2384, 2° comma, invece, oltre ad essere stata dettata in un ambito del tutto particolare, utilizza anche un'espressione peculiare, la cui funzione e portata letterale non possono essere sottovalutate.

La conclusione che si può trarre da questa piccola "parentesi floreale" è questa: una lettura dell'espressione "agire intenzionalmente in danno" che la riduca a semplice conoscibilità dell'agire *ultra vires* dell'amministratore infedele rischia di ridurla in molti casi a mera norma ricognitiva di altre discipline altrove dettate nel codice.

4. Com'è stato notato²⁵, tale problematica s'intreccia con quella più generale relativa all'ammissibilità nel nostro ordinamento di un rimedio volto a paralizzare l'esercizio scorretto di un diritto o, più precisamente, il cosiddetto "abuso di norme", che si concreta nel momento in cui si sfrutta una posizione giuridica formalmente riconosciuta dall'ordinamento per perseguire uno scopo esorbitante da quella che è la sua normale funzione. A questo rimedio, causa la sua chiara somiglianza con uno strumento di origine romanistica, si suole unanimemente dare l'etichetta di *exceptio doli* (*generalis* o *specialis*), espressione che ultimamente è stata oggetto di particolare attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza, culminate nella sua assunzione al rango di "rimedio generale dell'ordinamento" in una recente sentenza della Suprema Corte²⁶. Tanto più quando si consideri che gli studi dedicati all'esegesi dell'art. 2384, 2° comma, c.c. sono sostanzialmente concordi sulla possibilità di definire la norma che esso pone - la possibilità per la società di opporre le limitazioni ai poteri degli amministratori ai terzi che si provi "abbiano intenzionalmente agito a danno della

²⁵ Cfr. MALBERTI, *op. cit.*, 196.

²⁶ V. Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, commentata da T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della corte suprema*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2008, 223 ss.; da D. FARACE, *La Corte di Cassazione ritorna all'antica distinzione tra exceptio doli generalis seu praesentis ed exceptio doli specialis seu praeteriti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1319 ss.; da F. FESTI, *L'ambito di applicazione ed i limiti dell'exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2007, II, 697 ss.; da M. GALARDO, *Eccezione di dolo, concordato preventivo e par condicio creditorum*, in *Dir. fall.*, II, 2008, 274 ss.; da G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione, cit.*; da C. ROMEO, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, in *I contratti*, 2007, 980 ss.

società” – come un caso applicativo di *exceptio doli*. A opinione di chi scrive, invece, un’analisi delle caratteristiche proprie dello strumento cui si dà l’etichetta “eccezione di dolo” dovrebbe far dubitare della possibilità di ricompredervi anche la fattispecie disegnata dalla norma in esame.

Il dubbio riposa sull’espressione “agire intenzionalmente in danno” contenuta nella norma che, non a caso, è quella che ha provocato le più ampie oscillazioni in giurisprudenza e dottrina.

Alcune decisioni tendono a negare una particolare differenza tra consapevolezza di nuocere e intenzionalità di agire in danno²⁷. Interessante poi è quella giurisprudenza che invece, per le banche, ha spesso ritenuto provata presuntivamente la “consapevolezza” basandosi sulla loro qualità di “operatore economico particolarmente qualificato”²⁸. Altre decisioni, invece, forse anticipando quella che è stata la finalità perseguita dalla riforma del 2003, sono orientate nel senso di una maggiore valorizzazione del dato letterale della norma, attribuendo al dolo del terzo il carattere necessario dell’intenzionalità²⁹.

²⁷ V. Cass. 10 agosto 1988, n. 4914, in *Dir. fall.*, 1989, II, 365, nel senso che “Ai fini dell’opponibilità al terzo contraente delle limitazioni dei poteri di rappresentanza degli organi di società di capitali, il dolo richiesto dall’art. 2384 [...] consiste nella coscienza e volontà di stipulare con il rappresentante sfornito di potere un *quid* dal quale possa derivare oggettivamente danno alla società, senza che sia richiesto uno specifico proposito di recare danno alla società”. V. anche Cass. 30 maggio 2000, n. 7180, in *Mass. giust. civ.*, 2000, 1144, che legge il termine “intenzionalmente” come necessaria “conoscenza, nel terzo, del superamento, da parte dell’amministratore, dei limiti posti ai suoi poteri di rappresentanza”.

²⁸ Cfr. Cass., 13 febbraio, 1992, n. 1759, in *Giur. comm.*, 1993, II, 502, con nota di G. SPAGGIARI, *Due pronunce in tema di atti estranei all’oggetto sociale*; App. Bologna, 26 marzo 1992, *ivi*; Trib. Roma, 10 gennaio 2001, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, II, 76, con nota di A. DACCÒ.

²⁹ V. soprattutto Cass., 8 novembre 2000, n. 14509, in *Giur. it.*, 2001, 522; in *Riv. notariato*, 2001, II, 900, con nota di COCO, *Opponibilità ai terzi delle limitazioni del potere di rappresentanza*; in *Società*, 2001, 418, con nota di M. P. FERRARI, *Opponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza*; in *Dir. fall.*, 2001, II, 80, con nota di M. MACERONI, *Le limitazioni al potere di rappresentanza*; per la quale “Ai fini dell’opponibilità al terzo contraente delle limitazioni dei poteri di rappresentanza degli organi di società di capitali, l’art. 2384, comma secondo, cod. civ., nel testo novellato dall’art. 5 del d.P.R. 29 dicembre 1969, n. 1127, richiede non già la mera conoscenza della esistenza di tali limitazioni da parte del terzo, ma altresì la sussistenza di un accordo fraudolento, o, quanto meno, la consapevolezza di una stipulazione potenzialmente generatrice di danno per la società [corsivo mio]”. Nella specie, alla stregua dell’enunciato principio, la S.C. ha annullato la sentenza della Corte territoriale che, in conformità alla decisione del primo giudice, aveva ritenuto sufficiente, ai fini della opponibilità delle limitazioni dei poteri degli organi sociali ad una società - la quale aveva ottenuto dal presidente di un consorzio una garanzia fideiussoria rilasciata senza autorizzazione del consiglio di amministrazione, che, per statuto, deteneva il relativo potere - , la dimostrata consapevolezza, da parte della società, della rilevanza esterna di detto atto di autorizzazione, senza considerare che l’obbligata principale era una società controllata dal consorzio, e che la costituzione della fideiussione si era risolta oggettivamente e in concreto in un vantaggio, anziché in un danno, per il consorzio stesso. V., tra le più recenti, Cass., 4 settembre 2007, n. 18754, per cui in questo caso “il dolo (ossia l’agire intenzionalmente) consiste nella coscienza e volontà del terzo di stipulare con il rappresentante sfornito di poteri un atto che possa recare danno oggettivo alla società”, con la conseguenza che “è fatta salva soltanto l’ipotesi in cui risulti provato che il terzo abbia intenzionalmente agito a danno della società; ossia l’ipotesi eccettuata è solo quella (non già della mera mancanza di buona fede del terzo, ma) della sussi-

Anche in dottrina si riscontrano posizioni alquanto diversificate. Per alcuni “è sufficiente la volontà di assicurarsi un vantaggio esorbitante nella consapevolezza che l'atto è potenzialmente generatore di pregiudizio per la società (dolo generico): non sarebbe necessario dimostrare che il terzo abbia compiuto l'atto con il proposito di causare un danno alla società (dolo specifico)”³⁰. Per altri una simile interpretazione non sarebbe sufficientemente rispettosa del dato normativo, che espressamente richiede un *quid pluris* oltre alla semplice conoscenza/conoscibilità; in altre parole, il comportamento del terzo dovrebbe essere diretto a favorire o promuovere la violazione statutaria pregiudizievole per la società “o quantomeno la consapevolezza da parte del terzo del pregiudizio che l'esorbitanza dell'atto rispetto all'oggetto sociale può arrecare alla società”³¹. Tale differenza di disciplina si potrebbe forse giustificare con una presunta maggior difficoltà di valutare dall'esterno la congruità di un'operazione con l'oggetto sociale o il rispetto dei limiti posti dallo statuto o da una decisione degli organi competenti. Sempre secondo il principio della “prossimità della sfera di controllo” è ragionevole ritenere che la società sia maggiormente in grado del terzo di prevedere (e quindi prevenire) la violazione di una regola che essa stessa ha posto. Tale “asimmetria di capacità di controllo” non sussisterebbe nel caso di violazioni di precetti giuridici³², il che giustificherebbe come mai in questi casi la legge non faccia salvi i diritti dei soli terzi in mala fede³³.

L'alternativa tra le due ipotesi ricostruttive è molto più risalente di quanto si potrebbe credere e trova origine nella dicotomia, tipica del diritto romano, tra

stenza del dolo *che presuppone, ma non esaurisce* [corsivo mio], la conoscenza del fatto che gli amministratori abbiano agito *ultra vires*”. Nello stesso senso v. Cass., 26 marzo 2009, n. 7293.

³⁰ Tesi sostenuta soprattutto da **F. BONELLI**, *Gli Amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, Milano, 2004, 90 ss, il quale sostiene che i diversi regimi di salvezza dei diritti dei terzi previsti dall'art. 2388, 5° comma, in relazione all'invalidità delle delibere del consiglio di amministrazione, all'art. 2391, 3° comma, in relazione alla disciplina degli interessi degli amministratori, all'art. 1394, in relazione al caso di conflitto di interessi degli amministratori unici e delegati, all'art. 2383, 5° comma, in relazione alla invalidità della delibera di nomina degli amministratori, e all'art. 2384, 2° comma, possano essere ricondotti ad un'unica regola di opponibilità consistente nell'onere in capo alla società di “provare che il terzo non poteva ignorare, considerate le circostanze, che l'atto era estraneo, o in concreto conflitto di interessi, o la nomina o delega era invalida”. V. **ALEMAGNA**, *op. cit.*, n. 32, che ribadisce come “la potenzialità dannosa dell'atto si presume quando il terzo ha agito nella consapevolezza di conseguire un vantaggio non ragionevolmente ottenibile dalla società se l'amministratore avesse agito nel rispetto delle regole che disciplinano la formazione della volontà della società”. Nello stesso senso v. **MORANDI**, *op. cit.*, 699 e n. 17; nel sistema *ante riforma* **CALANDRA BONAURA**, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato Colombo Portale*, Torino, 1991, 105 ss e 208.

³¹ Cfr. **V. CALANDRA BONAURA**, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, *cit.*, 665 e 670-671; Cfr. anche **MALBERTI**, *op. cit.*, 205 e n. 97; **SALAMONE**, *op. cit.*, 1103.

³² Cfr. **FERRARA-CORSI**, *Gli imprenditori e le società*, *cit.*, 609 nt. 8, che però fa notare come spesso all'atto pratico la differenza sfumi. Ad es., nel caso del conflitto di interessi, diventa determinante la conoscenza di circostanza di fatto contingenti.

³³ Come quelli posti in tema di nullità/annullabilità della nomina degli amministratori muniti di rappresentanza (art. 2383, 5° comma), o di invalidità delle delibere consiliari (art. 2388, 5° comma), o di delibere invalide per conflitto di interessi (art. 2391, 3° comma) etc. etc.

dolus praeteritus e *dolus praesens*. Il primo si configurava come un vizio della volontà³⁴ e giustificava l'*exceptio doli specialis seu preteriti*, per mezzo della quale si poteva evitare che il *deceptor* potesse conseguire giudizialmente gli effetti di un negozio giuridico viziato. Nel secondo caso il comportamento doloso, che poteva giustificare l'opposizione di un'*exceptio doli generalis seu praesentis*, consisteva in un contegno oggettivamente contrario alla *bona fides* (intesa come ampio dovere di comportarsi secondo i canoni della correttezza) nel momento in cui s'intentava l'azione, indipendentemente da qualsiasi attività o reticenza specificamente volta a ingannare la controparte.

5. La vicenda è analoga a quella che ha avuto ad oggetto un'altra norma, l'art. 21 della legge cambiaria, che si reputa costituire un esempio di *exceptio doli generalis*, malgrado contenga anch'essa un espresso riferimento all'agire intenzionalmente in danno.

La norma prevede che: "La persona contro la quale sia promossa azione cambiaria non può opporre al portatore le eccezioni fondate sui rapporti suoi personali col traente o con i portatori precedenti, a meno che il portatore, acquistando la cambiale, abbia agito scientemente a danno del debitore".

In dottrina è stato costantemente affermato trattarsi di un'ipotesi codificata di *exceptio doli generalis*, tanto da essere spesso utilizzata, insieme ad altre, a riprova della teoria della sopravvivenza dell'istituto come principio informatore dell'ordinamento³⁵.

In realtà il discorso è più complesso e, forse, può essere rischiarato dalla ricostruzione della genesi di questo strumento. La norma, infatti, fu introdotta in Italia in esecuzione della Convenzione di Ginevra del 7 giugno 1930, uniformatrice della disciplina sulla cambiale e sul vaglia cambiario. Per quanto interessa, è utile interrogarsi sul significato della deroga prevista nel caso in cui "il portatore ... [che] ... abbia agito scientemente a danno del debitore". Si tratta di una codificazione dell'*exceptio doli* e, in caso affermativo, si tratta di *dolus praeteritus* o di *dolus praesens*?

In proposito, può essere utile dare conto della discussione svoltasi durante i lavori preparatori³⁶ e di redazione definitiva³⁷, all'esito della quale si giunse

³⁴ Labeone (D. 4,3,1, 2.3) lo definisce come *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*.

³⁵ Sull'argomento rimangono fondamentali: W. BIGIAMI, *L'exceptio doli nel diritto cambiario*, in *Foro it.*, 1938, IV, 177 ss.; ID., *Ancora sull'exceptio doli nel diritto cambiario*, commento a Cass. 29 marzo 1940 n. 1035, in *Foro It.*, 1940, I, coll. 1171 ss.; ID., *Un bell'esempio (In materia di exceptio doli nel diritto cambiario)*, in *Dir. e pratica comm.*, 1941, fasc. VI, 292. Sempre per un inquadramento generale V. G. PELIZZI, *Principi di diritto cartolare*, Bologna, 1967, 119 ss.; ID., *Exceptio doli*, cit., 1079-1080.

³⁶ V. *L'Avant projet* concordato durante la prima conferenza dell'Aja del 1910 per l'unificazione del diritto cambiario; Il *Règlement uniforme* votato durante la seconda conferenza dell'Aja del 1912; Il *Projet du comité d'experts juristes de la Société des Nations* del 1929, i cui lavori sono raccolti nel volume, *Conférence internationale pur l'unification du droit en matière de lettres de change, billets à ordre et chèques, etc.*, Documents préparatoires, Genève, 1929, 11.

³⁷ V. i *Comptes rendus de la conférence internationale pur l'unification du droit en matière de lettres de change, etc.*, Genève, 1930, 290-294.

all'adozione dell'espressione "agire scientemente in danno"³⁸. Discussione tutt'altro che lineare, basti pensare che durante la prima conferenza de l'Aja del 1910 fu previsto il requisito della semplice mala fede del portatore³⁹; al contrario, con la seconda conferenza de l'Aja del 1912, fu richiesto il requisito della "intesa fraudolenta" (*entente fraudolente*) tra girante e giratario⁴⁰. Nondimeno, nel *Projet* del 1929 del Comitato di esperti della Società delle Nazioni, si tornò al concetto di mala fede⁴¹ del portatore, seppur limitata al momento dell'acquisto del titolo⁴²; infine, con la Conferenza del 1930, si pervenne a una soluzione di compromesso, nel senso di collocare l'agire scientemente *nel momento di consegna del titolo*⁴³. L'andamento altalenante delle opzioni legislative, in un così breve lasso di tempo, è sufficiente per dimostrare quale all'epoca fosse l'incertezza sulla portata operativa dell'*exceptio doli* nel diritto cambiario⁴⁴.

Innanzitutto, si potrebbe già dubitare che l'art. 21 configuri davvero un'ipotesi di *exceptio doli generalis* nel senso in cui essa veniva all'epoca correntemente intesa. Infatti, indipendentemente dalla scelta tra mala fede *tout court*, intesa fraudolenta, o agire scientemente in danno, appare evidente ci si riferisse non tanto al momento del giudizio (*dolus praesens*), quanto piuttosto a quello di acquisto del titolo (*dolus praeteritus*)⁴⁵ e quindi all'*exceptio doli specialis, seu praete-*

³⁸ Tutti questi "indizi storici" sono tratti dal già citato fondamentale scritto di **W. BIGIAMI**, *L'exceptio doli nel diritto cambiario*, cit., § 3., 180 ss; **T. CANGINI**, *Opponibilità di eccezioni al delegatario in mala fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, II, 233 ss., in part. 241.

³⁹ V. l'art. 17, ult. cpv.: « *In caso di mala fede del portatore, gli obbligati possono opporgli anche le eccezioni che avrebbero potuto eccepire contro il portatore precedente* ».

⁴⁰ V. l'art. 16 di tale *Règlement*: "Le persone nei confronti delle quali è proposta azione cambiaria non possono opporre al portatore le eccezioni fondate sui loro rapporti personali con il traente o con i portatori anteriori, *a meno che la trasmissione del titolo non abbia avuto luogo in seguito ad una intesa fraudolenta*".

⁴¹ V. l'art. 16 del *Projet*: "Le persone nei cui confronti delle quali è proposta azione cambiaria non possono opporre al portatore le eccezioni fondate sui loro rapporti personali con il traente o con i portatori precedenti, *a meno che il portatore non abbia acquisito la cambiale in mala fede*".

⁴² Ed è questa la tesi prevalente in Germania, tanto che poi è stata recepita nell'art. 17 della legge di attuazione del 21 giugno 1933, innovando la regola precedente che richiedeva, appunto, l'intesa fraudolenta tra girante e giratario.

⁴³ Su questa vicenda v. **F. GALGANO**, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 53 ss., che sottolinea come tale compromesso fu dovuto al fatto che i paesi di *common law* si rifiutarono di aderire all'idea, tutta continentale, di una grande estensione dell'autonomia delle firme cambiarie. Infatti, nel diritto anglosassone, al portatore del titolo non è opponibile soltanto l'eccezione di incapacità o di falsità della propria firma, ma anche l'eccezione di nullità dell'obbligazione per violenza, illiceità del contratto, errore sui caratteri o sulle condizioni essenziali del titolo. Addirittura la sec. 24 del *Bills of Exchange Act* inglese e i §§ 3-304 e 305 dell'*Uniform Commercial Code* americano, escludono, in caso di firma falsa, l'acquisto in buona fede da parte del giratario.

⁴⁴ Ancora nel 1902 Fadda e Bensa si esprimevano recisamente per la sua non ammissibilità. Per una panoramica di tali posizioni cfr. **BIGIAMI**, *L'exceptio doli nel diritto cambiario*, cit., § 4 ss; **R. BOLAFFI**, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Roma, 1936, 298 n 3.

⁴⁵ Con la conseguente applicazione del principio per cui *mala fides superveniens non nocet*, che invece era ribaltato da chi qualificava l'agire scientemente come *dolus praesens*. V., a riguardo, la massima della sentenza Cass. 29 marzo 1940, n. 1035, commentata in **BIGIAMI**, *Ancora sull'exceptio doli nel diritto cambiario*, cit.: "Per la sussistenza della mala fede prevista dall'art. 21

riti⁴⁶. Siffatta impostazione è stata criticata in base alla considerazione per cui la differenza tra le due tipologie di *exceptiones doli* non riposa tanto sulla diversa collocazione temporale del *dolus*, ma sulla sua stessa estensione⁴⁷. In ogni caso, tutte le soluzioni proposte non avrebbero mai potuto identificarsi con il concetto di *dolus praeteritus*, che, come sappiamo, si ravvisa nel dolo come vizio dell'atto ma semmai nel più ampio concetto di *dolus praesens*. Si tratta di un comportamento che emerge non al momento dell'acquisto, ma all'atto della presentazione del titolo: l'agire disonesto "si rivela [semplicemente ed esclusivamente] attraverso la pretesa di esser pagato"⁴⁸.

Ma i dubbi non mancano anche a voler considerare la possibilità, proposta da tale autorevole dottrina⁴⁹, di inquadrare la figura dell'agire scientemente nella

della vigente legge cambiaria *non è necessario che il terzo sia stato positivamente compartecipe della frode del girante ai danni del debitore cambiario, ma basta che egli sia stato a conoscenza dei vizi che inficiavano il credito del girante al momento della girata*" [corsivo mio]. Il caso era quello di un titolo cambiario rilasciato senza causa, girato ad un terzo dal primo creditore cambiario appunto per evitare che gli venisse eccepita dal debitore cambiario la insussistenza del rapporto principale. A questo punto era necessario stabilire il grado di consapevolezza del difetto di causa da parte del terzo necessario affinché il debitore cambiario potesse opporre l'eccezione prevista dall'art. 21 della legge cambiaria. A tale riguardo la Corte affermò che la scienza del giratario "si deve adeguatamente dimostrare, caso per caso, e che si può presumere, *prima facie*, salva la prova contraria, solo nell'ipotesi di evidente colpa grave del giratario nell'acquisto del titolo, come nel caso di un istituto di credito che accetta la girata senza compiere nei riguardi del girante quegli accertamenti che sono doverosi e di uso, o quando il giratario nel ricevere il titolo abbia omissa quella normale cautela, che ogni commerciante o banchiere deve usare nell'esercizio della sua attività e che, se usata gli avrebbe permesso di conoscere i vizi del titolo". Ciò significa che, almeno nei casi più gravi, l'interpretazione data dell'art. 21, è stata quanto meno "evolutiva", dal momento che la scienza del giratario poteva essere presunta (*iuris tantum*) proprio in virtù di una colpa grave al momento dell'acquisto. Un passaggio dal piano sostanziale a quello processuale insomma, riducendo il tutto a una questione di prova. Il **BIGIAVI**, *op. ult. cit.*, § V, c. 1173, e § VII, c. 1174, critica questa impostazione, basandosi su una lettura restrittiva della lettera dell'art. 21, sostenendo l'impossibilità di inferire la mala fede del giratario dalla sua sola colpa grave, essendo necessaria una colpa grave "qualificata" da altri elementi indiziari (Cfr. anche **W. BIGIAVI**, *La delegazione*, Padova, 1940, 370 n 59, 372 n 66).

⁴⁶ Cfr. la bibliografia citata in **BIGIAVI**, *op. ult. cit.*, 204 n 106; **ID.**, *Un bell'esempio*, *cit.*, 295 n 1.

⁴⁷ Cfr. **BIGIAVI**, *L'exceptio doli nel diritto cambiario*, *cit.*, 205.

⁴⁸ Le parole sono sempre di **BIGIAVI**, *L'exceptio doli nel diritto cambiario*, *cit.*, *loc. ult. cit.*

⁴⁹ *Ibidem*; **BIGIAVI**, *Ancora sull'exceptio doli nel diritto cambiario*, *cit.*, § V, c. 1173; **LORDI**, *Opponibilità al giratario delle eccezioni opponibili al girante*, nota a Cass. 29 marzo 1940 n. 1035 e Cass. 3 aprile 1940 n. 1062, in *Riv. dir. comm.*, 1940, II, 277 ss, soprattutto a p 290, n 12, in cui in effetti si aderisce alla tesi del Bigiavi, ma senza menzionarlo! Il fatto che tale "disattenzione" non fosse passata inosservata al Bigiavi, che si premurò, con una certa malizia, di sottolinearla, fece, per usare un eufemismo, poco piacere al Lordi, che esternò il proprio "disappunto" in una nota alquanto polemica: **LORDI**, *Ancora sull'opponibilità al giratario di eccezioni opponibili al girante*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, 353 ss. Alla quale seguì (ah, forza della polemica!) un ulteriore intervento del **BIGIAVI**, *Un bell'esempio*, *cit.*, dall'incipit significativo, che, quanto meno per una dovuta attenzione al *folklore* giuridico, non ci si può esimere dal riportare: "Dico subito che scrivo queste poche pagine 'per fatto personale'. Stimo dovere di onestà premettere tale avvertenza giacché quanto sto per dire non riveste, dal punto di vista degli studi, la benché minima importanza; sicché chi non abbia desiderio di sapere, magari per semplice curiosità, da qual parte stia la ragione e da quale il torto in una piccante polemichetta, potrà benissimo saltare a piè pari il mio scrittorello e darsi a più proficue, ma forse non più amene letture".

categoria del *dolus praesens* e, quindi, come *exceptio doli praesentis*: infatti, alla luce dell'elaborazione più recente, pare eccessivo il rilievo che l'espressione "agire scientemente" dà al "fraudolento" comportamento del portatore, ovvero che non sia sufficiente la conoscenza dell'eccezione, necessitando piuttosto la consapevolezza di nuocere al debitore⁵⁰. Insomma, mentre nella prima ipotesi ricostruttiva s'è peccato per difetto, in questa seconda si rischia di peccare per eccesso.

Ciò dal punto di vista della fattispecie; quanto agli effetti, gli stessi non sembrano conciliabili con l'effetto della reiezione della domanda, tipico dell'*e.d.g.*; il beneficio che ne consegue il convenuto cambiario, al contrario, è di poter far valere le stesse eccezioni opponibili nei confronti del girante.

In conclusione, la riserva dell'art. 21, così come quella prevista dall'art. 2384, 2° comma, sembrano soltanto evocare il rimedio romanistico, pur non possedendone, almeno non nella stessa ampiezza, i tratti caratteristici. La differenza tra le due figure sta tutta nell'attribuire risalto non già allo "scorretto" esercizio *in se* di un diritto, ma piuttosto al *consilium fraudis*, ossia all'*eventus damni* al momento dell'acquisto⁵¹.

6. Più volte, negli studi che si occupano di *exceptio doli*, si pone il quesito della rilevanza dell'*animus*, ossia dell'elemento soggettivo in cui versa la parte che scorrettamente utilizza gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico. Si è portato l'esempio paradigmatico dell'elaborazione ginevrina in tema di abusiva escussione del debitore cartolare, con il dibattito che si sviluppò in sede di redazione tra i sostenitori della tesi "intenzionalista" e i fautori di una considerazione "oggettiva" dell'abusività di tale comportamento. Si è visto come si cercò di raggiungere un compromesso nel ritenere rilevante la mala fede "al momento di acquisto del titolo", con ciò però frustrando lo scopo di uniformazione dello strumento internazionale, poiché, almeno in Italia, tale espressione è sempre stata pacificamente intesa come un requisito della intenzionalità del comportamento scorretto.

E' indubbio però che ormai, sulla scia di un *trend* molto più ampio, la tendenza dottrinale appaia netta nell'affermare la vigenza dell'*exceptio* in conformità a presupposti esclusivamente oggettivi, anche se in realtà il punto non occu-

⁵⁰ V., sul punto, A. PAVONE LA ROSA, *Cambiale* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 903, e bibliografia in nota. V., per una diversa opinione, CANGINI, *Opponibilità di eccezioni al delegatario in malafede*, cit., 240, il quale, critico verso la summenzionata ipotesi ricostruttiva del Bigiavi, sostiene che la, a suo dire necessaria, contemporaneità fra acquisto del titolo e malafede, esclude che si possa parlare della *exceptio doli generalis* che da tale necessità, per sua natura, prescinde.

⁵¹ V. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., 347. In senso opposto, per la sola rilevanza della conoscenza da parte del terzo dell'esistenza di eccezioni extracartolari ai fini dell'opponibilità delle stesse, v., per la dottrina immediatamente successiva all'entrata in vigore del decreto 1669: F. CARNELUTTI, *Teoria cambiaria*, Padova, 1937; L. MOSSA, *La cambiale secondo la nuova legge*, II, Milano, 1937, 488; T. RAVÀ, *Il titolo di credito nell'acquisto dei diritti*, Milano, 1936, 75.

pa mai più spazio di un rapido accenno o di una semplice proposizione assertiva⁵².

In giurisprudenza, invece, fino a poco tempo fa, le cose erano molto più incerte; com'è stato osservato "il ricorso alla figura dell'eccezione di dolo generale ha trovato ... campo di applicazione privilegiato in ipotesi in cui l'esercizio del diritto era avvenuto in maniera tendenzialmente maliziosa"⁵³. Degna di nota, in quest'ambito, appare la prassi in tema di contratto autonomo di garanzia, in cui, all'agire malizioso, evidentemente molto difficile da provare nei rapporti internazionali in cui si svolgono normalmente questi contratti, si è preferito il concetto di agire oggettivamente abusivo, "addomesticato" dalla necessità di prove pronte e liquide.

D'altro canto, com'è stato da più parti approfondito, nella sua tradizione storica più che millenaria e nella prassi applicativa sviluppatasi negli altri sistemi giuridici dell'Europa continentale, la figura del *dolus praesens* comprende non solo le ipotesi di esercizio malizioso del diritto, ma pure tutti quei casi in cui, a prescindere da ogni indagine sull'*animus* del soggetto agente, un diritto sia "distorto" perché utilizzato contro l'affidamento e le aspettative *bona fide* sorti in base ai comportamenti e alle relazioni intercorsi tra le parti⁵⁴. La sussistenza di tale scorrettezza, quindi, può essere desunta anche dal modo in cui, nel caso concreto, le pretese sono state avanzate.

7. In conclusione di questo scritto si può dar conto del perché si ritiene non sia possibile qualificare la "valvola di sicurezza" contenuta nell'art. 2384, 2° comma, come *exceptio doli*. Le finalità perseguite dalla riforma del 2003, la necessaria distinzione tra *dolus praesens* e *dolus praeteritus*, l'argomentazione orientata alle conseguenze fornita dall'analisi economica delle situazioni concrete in cui è necessario applicare la norma (con la conseguente esigenza di interpretare restrittivamente il dettato normativo), l'impossibilità di considerare la formula "agire intenzionalmente in danno" come equivalente di una più ampia mala fede - declinata nel senso della oggettiva conoscibilità -, sono tutti indici che depongono a sfavore di una tale qualificazione.

⁵² Cfr. **A. DI MAJO**, *La fideiussione "omnibus" e il limite della buona fede*, in *Foro it.*, 1989, 2762; **GIUSTI**, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. it.*, 2001, 1888 n. 8; **A. A. DOLMETTA**, *Exceptio doli generalis (ad vocem)*, in *Enc. Giur.*, Aggiornamento, 1997 (nonché in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 157 ss), 13; **G. B. PORTALE**, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, 80 ss; **F. VENOSTA**, *Note sull'exceptio doli generalis*, nota a Pret. Sondrio, 18 giugno 1988, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1989, II, 535; **G. MERUZZI**, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, Padova, 2005, 451, 462, 532; **ID.**, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1377 ss; **C. MARSEGLIA**, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 564; è rimasto invece attardato alla vecchia teoria dell'agire malizioso **V. MARICONDA**, *Fideiussione omnibus e principio di buona fede: la Cassazione a confronto*, in *Foro it.*, 1989, I, 2770 ss.

⁵³ **V. F. RANIERI**, *Eccezione di dolo generale (ad vocem)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1994, 324.

⁵⁴ **V.** anche **A. TORRENTE**, *Eccezione di dolo (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 218, secondo il quale il dolo presente avrebbe un significato "comprensivo di qualsiasi circostanza, anche sopravvenuta, in virtù della quale la persistenza dell'attore nella domanda diretta al riconoscimento della pretesa da lui dedotta in giudizio risulti contraria alla *bona fides*".