

DIRITTO COMMERCIALE INTERNO E INTERNAZIONALE

LUCA DELLA TOMMASINA

**DISPOSIZIONE DEL PATRIMONIO
E POTERI DEGLI AMMINISTRATORI
NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Società di capitali e attività di disposizione del patrimonio. – 2. Disposizione del patrimonio e rappresentanza: paradigmi e strumenti di interpretazione. – 3. Le evoluzioni della disciplina italiana: premesse per una rilettura del sistema. – 4. Eccezione di dolo societaria ed eccezione di dolo generale. Piano dell'indagine.

1. *Società di capitali e attività di disposizione del patrimonio.* – L'attività di disposizione del patrimonio di società azionarie e a responsabilità limitata, e la ripercussione sul traffico giuridico di patologie e disfunzioni dell'organizzazione interna, sono state al centro di un'intensa produzione giurisprudenziale e di un'articolata riflessione scientifica, che negli anni hanno restituito un quadro d'insieme obiettivamente orientato alla stabilizzazione delle vicende circolatorie, traslative o costitutive di diritti.

È insegnamento ricevuto, quasi tralatizio, che la protezione degli acquisti dei terzi assuma un significato archetipico, già per chi regola, e di conseguenza per chi interpreta, il fenomeno della circolazione di beni e diritti imputati a organismi produttivi; e che le istanze di stabilità dell'attività negoziale, a dispetto della loro naturale inerenza alla dimensione imprenditoriale dell'agire economico, siano destinate a manifestarsi con pienezza di effetti – e a esercitare la massima forza d'urto – entro la disciplina delle società per azioni e a responsabilità limitata, assurgendo nel relativo contesto a vero e proprio *Wertungsprinzip*.

Non a caso, a fronte del sostanziale immobilismo normativo delle società di persone, dal 1942 ad oggi le società di capitali, se osservate nella prospettiva dei rapporti che intercorrono tra l'organizzazione interna e il traffico giuridico, hanno conosciuto ben due evoluzioni, la prima nel

1969, in materia di limiti statutari ai poteri di firma, e la seconda nel 2003, con l'abrogazione dell'art. 2384-*bis* c.c., che, sommate l'una all'altra, hanno isolato in maniera sempre più netta il momento della *disposizione del patrimonio*, immunizzando l'efficacia attributiva di contratti, negozi, pagamenti, da ciò che precede l'esercizio dell'*ufficio di esternazione*.

Non che manchino profili di criticità all'interno del sistema, ed invero la complessiva tendenza alla stabilità delle vicende circolatorie deve tuttora fare i conti con una serie di problemi che le riforme del 1969 e del 2003 non hanno affatto dissipato e che in parte hanno persino alimentato. Resta, ciò è innegabile, la sensazione di un complessivo indebolimento dell'efficacia esterna delle regole dell'organizzazione: un dato, questo, che ben si salda con la disciplina dei procedimenti deliberativi e delle operazioni straordinarie di impresa, in un quadro globalmente improntato a logiche di efficienza, in cui l'applicazione di sanzioni demolitorie e la riduzione in pristino della realtà, materiale e giuridica, prodotta dalla violazione, sembrano destinate a diventare soluzioni recessive e marginali.

In una direzione simile, l'attività dell'interprete è stata senz'altro agevolata dal trattamento che, sin dal 1969 e su impulso del legislatore europeo, ha operato per le limitazioni statutarie ai poteri degli amministratori di società di capitali. Limitazioni, che da allora diventarono "inopponibili ai terzi, anche se pubblicate", e ciò in forza dell'art. 2384, comma 2, c.c., *oltre trent'anni più tardi* affiancato dal suo equivalente in materia di s.r.l., ovvero l'art. 2475-*bis*, comma 2, c.c.

Il punto è ben noto: si tratta di una tecnica di disciplina – e di soluzione del conflitto tra le istanze circolatorie e le istanze organizzative – che caratterizza in modo selettivo le società di capitali (e cooperative) e che segna un'incolmabile distanza dall'universo regolatorio delle società di persone. Pure è noto che la Direttiva del Consiglio 68/151/CEE, oggi trasfusa nella Direttiva (UE) 2017/1132, nel vincolare il legislatore nazionale a un regime di inopponibilità delle *limitazioni risultanti dallo statuto o da una decisione degli organi competenti*, non escludeva in termini assoluti – per il caso di loro violazione – la possibilità di neutralizzare l'atto dispositivo: un risultato, questo, che la novella italiana del 1969, curandosi di inserire un inciso finale, dalla portata apparentemente eccezzuativa, nella formula recepita dalla direttiva, subordinò a uno sforzo probatorio inedito in ambito societario, e dai contorni non agevolmente identifi-

cabili sulla scorta dello strumentario tradizionale in materia di rappresentanza. Dovendosi dimostrare da allora – agli scopi recuperatori di un'azione di inefficacia per inosservanza del limite – che il terzo avesse *intenzionalmente agito a danno della società disponente*.

La novità normativa costituì una vera e propria svolta per il sistema dei rapporti tra le società di capitali e il mercato.

Al riguardo, non sembra azzardato affermare che l'*eccezione di dolo societaria* sia stata l'autentica protagonista dell'evoluzione del diritto vivente dell'impresa azionaria e più in generale delle società di capitali verso un modello che presidia al massimo grado l'intangibilità del traffico giuridico e la sicurezza degli acquisti dei terzi. Ciò, non soltanto nel senso che una simile tecnica di regolazione del conflitto ha avuto sin dalla sua origine un impatto incisivo sulla configurazione delle società di capitali, se non altro per la sua capacità di obliterare uno degli storici privilegi dell'iscrizione nel registro delle imprese, ovvero la possibilità di incidere sulla sfera giuridica del terzo e sulla sorte degli atti di disposizione del patrimonio mediante la mera riproduzione camerale dei limiti fissati in via convenzionale nei riguardi di determinati soggetti (lì, in particolare, gli amministratori con funzioni di rappresentanza organica). Ma soprattutto nel senso che la tecnica in parola, presto identificata con l'eccezione di dolo generale, e di conseguenza – e in termini coestensivi – con l'eccezione di dolo cartolare, a poco a poco ha attratto su di sé quasi tutte le patologie connesse alla violazione di regole organizzative (se non diversamente sanzionate, con la nullità o l'inefficacia dell'atto o mediante la traslazione sul piano risarcitorio della tutela dei soggetti pregiudicati). Non è stato allora difficile affermare che un atto estraneo all'oggetto sociale è inefficace (se non persino nullo) in caso di collusione dolosa tra l'amministratore e la controparte; che un'operazione non autorizzata dall'assemblea, e che tuttavia incida sugli interessi primordiali degli azionisti o modifichi per vie di fatto l'oggetto sociale, si presta ad azioni di inefficacia (o di nullità) se il terzo versa in dolo; che l'annullamento di una deliberazione consiliare viziata non travolge i diritti acquistati dai terzi – in base ad atti che vi abbiano dato esecuzione – se non quando il terzo conosce la causa di annullamento e accetta il rischio di un pregiudizio patrimoniale a carico della società.

Ne è derivato un sistema apparentemente lineare, sebbene per vero – lo si vedrà – non privo di contraddizioni. Un sistema che, sin dal 1969, si

è affidato al ruolo di garanzia dell'eccezione di dolo, ravvisando nell'inciso di chiusura dell'art. 2384, comma 2, c.c. niente di più se non (il riflesso di) una clausola generale, destinata a intervenire in funzione correttiva per la repressione di condotte fraudolente del terzo. In definitiva, per la repressione di un *abuso*: l'abuso del carattere di *autonomia*, secondo alcuni persino di *astrattezza*, che la rappresentanza di società di capitali assunse sul finire degli anni sessanta del secolo scorso e che ha conservato gelosamente per oltre cinquant'anni.

2. *Disposizione del patrimonio e rappresentanza: paradigmi e strumenti di interpretazione.* – La progressiva standardizzazione delle soluzioni interpretative intorno a un nocciolo duro, che fa perno sull'eccezione di dolo generale e sulla sua capacità di irraggiare ogni tipo di limitazione, convenzionale o legale, implicita o esplicita, ai poteri degli amministratori, è forse sufficiente a giustificare il carattere perlopiù rapsodico e settoriale delle riflessioni proposte negli ultimi anni dalla dottrina in materia di rappresentanza societaria. Un dato, questo, senza dubbio rilevante, se posto a confronto con l'ampiezza del contenzioso – attestato dalla persistente vitalità della giurisprudenza edita – che riguardi, anche solo incidentalmente, i tanti risvolti patologici della funzione rappresentativa, dal conflitto di interessi alla violazione di limiti convenzionali, dalla rilevanza esterna dell'oggetto sociale ai rapporti patrimoniali tra le società di uno stesso gruppo, dalla violazione di competenze inderogabilmente assembleari al coordinamento tra gli artt. 2384 e 2475-*bis* c.c. e le norme che regolano gli acquisti dei terzi in dipendenza di deliberazioni sociali non conformi alla legge o all'atto costitutivo.

La sedimentazione di un rimedio *de dolo* plasmato sull'omonimo istituto di diritto cartolare, il suo risolversi cioè – secondo la convinzione diffusa degli interpreti – in un qualcosa di analogo al *divieto di abuso* che funge da limite alle astrazioni causali o ad altri congegni similmente autonomi, non ha certo stimolato, e forse ha persino ostacolato, la pianificazione di indagini ad ampio spettro sull'attività di disposizione del patrimonio sociale e sull'incidenza esterna delle relative patologie o disfunzioni. Il fatto è che il problema dei limiti ai poteri degli amministratori di società di capitali, pur dopo la novella del 1969, ha continuato a caratterizzarsi – ad essere impostato, pensato, trattato – alla stregua di un problema di rappresentanza: un

problema, cioè, di estensione del potere di firma e di opponibilità ai terzi dei vincoli organizzativi che ne identificano il perimetro.

Ciò equivale a dire che i rimedi azionabili da società di capitali contro operazioni a vario titolo non conformi alle regole organizzative sono stati perlopiù enucleati mediante un tipico *Unterbegriff* di diritto negoziale. Che fa leva sulla concatenazione di tre elementi:

(i) l'istituto della rappresentanza (quale modalità di gestione sostitutiva, idonea ad impegnare una determinata sfera di interessi nel contesto di relazioni giuridiche dal contenuto appropriativo o erogativo di ricchezza);

(ii) la determinazione dei *limiti* – di fonte legale e convenzionale – che segnano il perimetro del *pouvoir d'engagement* dell'amministratore che esercita la firma sociale, limiti – allora – che preesistono all'atto di esercizio del potere e che almeno astrattamente sono capaci di condizionare le sorti dell'acquisto del terzo;

(iii) la rilevanza che i limiti così individuati assumono per la controparte del negozio.

Al di là della soluzione volta per volta identificata in dottrina e in giurisprudenza, non è arduo constatare che il ragionamento segue una direttrice pressoché costante, muovendo da un elemento dell'organizzazione interna e prendendo in considerazione le sue ripercussioni sulla vicenda circolatoria.

Il punto di partenza dell'argomentazione viene ad assidersi nella relazione giuridica tra il beneficiario dell'attribuzione patrimoniale e una sfera di potere che ha una sua estensione predeterminata: il *prius* è un elemento dotato di rilevanza organizzativa, nell'accezione più ampia della parola, evocativa di ogni strumento, negoziale o non, che imprima vincoli di azione a tutela di una zona precostituita di interessi (dunque – a seconda dei casi e in base alla complessità del soggetto che allestisce poteri e competenze – un negozio di procura, una clausola statutaria, la deliberazione di un organo sociale); il *posterius* è l'atto giuridico, dal contenuto appropriativo o erogativo di ricchezza, riguardato per la sua conformità alla regola organizzativa. Ne deriva un criterio di composizione del conflitto basato sull'opponibilità di un elemento di ordine giuridico: gli effetti della vicenda circolatoria sono preservati quando il limite impresso alla rappresentanza non risulta opponibile al terzo; la scelta di travolgere l'acquisto significa a monte aver risolto in senso affermativo il giudizio di opponibilità del limite al terzo contraente.

Si tratta, invero, di un paradigma ben noto, che ha il suo referente negli artt. 1393 e 1398 c.c. e che d'altronde neppure risulta estraneo al diritto dell'impresa: è sufficiente richiamare al riguardo la tecnica di composizione del conflitto prevista dagli artt. 2206 e 2266 c.c., dove l'alternativa tra la salvezza e la caducazione dell'acquisto è questione di opponibilità di un elemento che preesiste alla negoziazione con il terzo (l'oggetto sociale o altro limite, convenzionale o legale, al potere di rappresentanza). Ma si tratta al tempo stesso di un paradigma che non ha un valore assoluto, e che dovrebbe logicamente seguire – anziché precedere, orientare, condizionare – l'analisi del dato normativo. Non potendosi escludere, allora, ed anzi *dovendosi* ipotizzare e vagliare, finanche soltanto per scartarle, chiavi di lettura diverse, sganciate da valutazioni di opponibilità e da un modo di intendere l'attività dispositiva plasmato su schemi di diritto negoziale.

D'altronde, persino nei più recenti sviluppi transnazionali, e in particolare nell'ambito della giurisprudenza tedesca di legittimità, sembrano potersi cogliere – sia pure in forme contingenti e incoative – segnali di insoddisfazione nei riguardi del *Leitbild* tradizionale, fondato sul giudizio di opponibilità ai terzi di elementi esterni alle trattative: è del 2019 una sentenza del *Bundesgerichtshof* che, rovesciando un indirizzo consolidato, nega l'applicazione analogica alla *GmbH* del § 179a *AktG*, della norma, cioè, che, nel contesto della *AG*, esige una deliberazione d'assemblea – da adottarsi con le stesse maggioranze che occorrono per modificare l'atto costitutivo – in funzione del trasferimento integrale del patrimonio aziendale. E la ragione del diniego è che i soci di *GmbH* disporrebbero di strumenti di tutela, preventiva e reattiva, contro decisioni predatorie degli amministratori, assenti – invece – sul terreno dell'impresa azionaria: di qui *l'insussistenza di una stretta necessità di postulare una competenza dell'assemblea*, considerati gli effetti invasivi – astrattamente protettivi delle ragioni dei soci ma in potenziale contrasto con il principio del minimo mezzo – che la stessa produce sul traffico giuridico e sul mercato nel suo insieme.

Di là dal risultato, evidentemente inapplicabile al contesto italiano, ciò che riveste rilievo ai fini dell'indagine è l'approccio metodologico al fenomeno rappresentativo: la ragione che spinge i giudici tedeschi ad avvertire la prospettiva della transtipicità della norma azionaria è la diffidenza verso il modo di operare che caratterizza una regola di competen-

za. Enuclerare dal sistema una riserva di potere in favore dell'assemblea dei soci – rileva il *Bundesgerichtshof* – significa esporre il traffico di impresa a una limitazione inespressa, non consacrata dallo statuto sociale e non prevista testualmente dalla legge. Ma soprattutto esterna al contesto delle trattative, insensibile agli sviluppi e agli effetti concreti della vicenda negoziale. Significa, in altre parole, reiterare una chiave di lettura del fenomeno dispositivo fondata su due passaggi logici: un primo passaggio, diretto ad accertare la sussistenza di *vincoli che limitano il potere di rappresentanza*, e un passaggio consecutivo, finalizzato a verificare l'*an* – e, ove ciò non risulti in via di principio escluso, i presupposti – dell'*opponibilità* al terzo del limite e della sua violazione.

3. *Le evoluzioni della disciplina italiana: premesse per una rilettura del sistema.* – Tra le pieghe di un esercizio raffinato ma non certo nuovo di *typgerechte Auslegung*, la Corte federale tedesca ha gettato le basi per un ripensamento radicale del fenomeno della disposizione del patrimonio nell'ambito di società per azioni e a responsabilità limitata.

La svalutazione del dato della competenza, ai fini di un tipico giudizio di (validità o di) efficacia del negozio, e la valorizzazione del profilo della *correttezza* della contrattazione – di una contrattazione che viene isolata dall'assetto di poteri della società disponente e che, se esige verifiche dal lato della controparte, lo fa in ragione dell'oggettiva rilevanza (*Bedeutsamkeit*) dell'operazione – costituiscono snodi interpretativi capaci di suggerire inedite prospettive di analisi che, ben al di là della soluzione del singolo problema, interessano il modo stesso di inquadrare dogmaticamente (ovvero, di *pensare giuridicamente*) l'attività dell'organo amministrativo destinata a consumarsi sul patrimonio sociale in favore dei terzi contraenti. E che d'altronde ben si saldano con il trattamento previsto nel diritto interno per le limitazioni statutarie o ad esse equiparate: là dove, appunto, la scelta tra la preservazione e la caducazione del diritto acquistato dal terzo viene fatta dipendere dalla variabile dell'agire in danno. In definitiva, da valutazioni di ordine comportamentale, immanenti alla negoziazione, e tendenzialmente ingovernabili da parte della società mediante l'allestimento e l'ostensione a terzi di un congegno rappresentativo limitato.

È quasi inevitabile ricevere dai più recenti approdi della giurispruden-

za d'oltralpe stimoli fecondi per l'impostazione di un ragionamento di più ampia portata. E pure risulterà chiaro, in quest'ottica, il senso di un'indagine dedicata *ex professo* al fenomeno della *disposizione* di patrimonio più che allo strumento tecnico – la rappresentanza – che ne perfeziona il passaggio dalla società al terzo.

Si tratta invero di una scelta che intende rimarcare sin da subito l'opportunità di impostare la ricerca a partire da una consapevolezza di fondo: la consapevolezza, cioè, che, in dottrina e in giurisprudenza, le patologie dell'attività dispositiva – l'estraneità all'oggetto sociale, la violazione di competenze riservate, le patologie derivate, ascrivibili a vizi della deliberazione prodromica – sono normalmente trattate alla stregua di anomalie o disfunzioni dell'agire rappresentativo, ma che non è questa la sola chiave di lettura possibile. La consapevolezza, ancora, che il conflitto tra la società e il terzo, tra le istanze *organizzative* e le istanze *circulatorie*, viene normalmente ridotto a *questione di opponibilità, poi essenzialmente di ordine cognitivo, di elementi che preesistono al contratto*, ma che non è questa una necessità, né ontologica né normativa, e che, anzi, a rigore, di una conoscenza del limite da parte del terzo né l'art. 2384, comma 2, né l'art. 2475-bis, comma 2, c.c. fanno menzione.

D'altro canto, se il legislatore avesse inteso aggravare le condizioni di opponibilità dei limiti convenzionali e spingere verso un esito maggiormente *verkehrsfriendly* la medesima tecnica di composizione del conflitto già sperimentata in materia di rappresentanza institoria e di società di persone, avrebbe avuto a disposizione strumenti assai meno invasivi dell'eccezione di dolo: strumenti già noti al diritto dell'impresa e – anche soltanto per questo – destinati a intercettare una dottrina e una giurisprudenza più attrezzate. Avrebbe potuto riproporre, sganciandola dalla finestra temporale dei quindici giorni, la soluzione prevista dall'art. 2448, comma 2, c.c., il che avrebbe reso opponibile il limite iscritto senza precludere al terzo la prova della sua ignoranza; o, più semplicemente, avrebbe potuto azzerare l'efficacia dichiarativa dell'iscrizione e onerare la società della prova della *scientia limitis*, in definitiva replicando lo stesso regime delle società di persone, depurato dall'automatismo presuntivo che fa perno sulla pubblicità commerciale.

Ma l'indirizzo seguito è stato tutt'altro, e neppure si è trattato di una soluzione necessitata dai vincoli europei: la prima direttiva societaria (68/51/CEE) imponeva agli Stati membri niente di più che l'adozione di

una regola *negativa*, diretta cioè a recidere il nesso tra la pubblicità camerale e l'opponibilità ai terzi delle limitazioni di ordine interno, senza contestualmente prevedere alcuna regola *positiva* di composizione del conflitto tra la società e la sua controparte. La novità dell'approccio adottato in sede di recepimento del precetto europeo andò allora ben oltre la divaricazione dei regimi di rappresentanza tra società di persone e società di capitali: non si trattò, o non soltanto, per le società di capitali, di circoscrivere i margini di incidenza sul traffico giuridico delle limitazioni di ordine interno, ma piuttosto di aprire un fronte in cui l'alternativa tra la preservazione e la caducazione dell'acquisto del terzo dipendesse da un fattore di ordine comportamentale, l'*agire intenzionalmente a danno della società*, che sostituiva le tradizionali variabili di ordine cognitivo (ovvero, *la conoscenza, reale o presunta, della limitazione interna*). Il vuoto generato dalla regola di inopponibilità delle limitazioni fu colmato dal legislatore nazionale con una soluzione inedita, che spostò deliberatamente il conflitto tra la società e il terzo dal piano del *conoscere* al piano dell'*agire*, e dalla prospettiva della (mera) violazione, in cui cioè l'inadempimento della regola organizzativa è di per sé rilevante ai fini della caducazione dell'acquisto, ad una prospettiva che viceversa assegna al *danno* e al *dolo di danno* il ruolo di elementi costitutivi della fattispecie di inefficacia.

L'impostazione inaugurata nel 1969 è giunta sino ai giorni nostri. Vi è giunta, anzi, circondata di più solide basi sistematiche, e ciò in conseguenza della riforma organica delle società di capitali attuata con d.lgs. n. 6/2003.

Un primo elemento che ha contribuito a indebolire la relazione giuridica tra il terzo e la sequenza dei poteri della società è senza dubbio l'espunzione degli atti estranei all'oggetto sociale, che, con l'abrogazione dell'art. 2384-*bis* c.c. e del connesso regime di opponibilità ai terzi di mala fede, sono stati radicalmente privati di un loro statuto normativo. Ciò, peraltro, ha costretto la dottrina a canalizzare l'eccezione di *ultra vires* entro i binari dell'art. 2384, comma 2, c.c., con il conforto della previsione di nuovo conio che faceva del potere di rappresentanza – “attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina” (così nell'ambito della società per azioni) o *sic et simpliciter* degli amministratori (nell'ambito della s.r.l.) – un potere di portata “generale” (artt. 2384, comma 1, e 2475-*bis*, comma 1, c.c.).

Un secondo elemento di novità ha interessato l'ambito di operatività dell'eccezione di dolo societaria. Seppure nel segno di una sostanziale continuità con il passato, anche la disciplina dei limiti di matrice convenzionale ha cioè subito significativi ritocchi per opera della novella del 2003.

Da un lato, la riforma organica ha esteso la regola di inopponibilità – già prevista per i vincoli di fonte statutaria – alle limitazioni *che risultano da una decisione degli organi sociali*, o meglio *degli organi competenti*: una locuzione, questa, non del tutto chiara e non adeguatamente approfondita dagli studi in materia di rappresentanza, ma quasi sicuramente finalizzata a evitare che la previsione di un limite *al di fuori dello statuto*, e per opera di un altro anello della sequenza organizzativa, legittimasse l'aggiramento di una tecnica di composizione del conflitto che la riforma del 1969 aveva collocato su un piano distinto dal giudizio di opponibilità ai terzi di elementi dell'organizzazione. O perlomeno su un piano diverso dal giudizio di opponibilità che viene in gioco nel rapporto tra società di persone e terzi contraenti.

Dall'altro lato, la riforma ha modificato l'inciso “limitazioni al potere di rappresentanza” in “limitazioni ai poteri degli amministratori”, con l'obiettivo – ancora una volta – di garantire al regime di inopponibilità scolpito dall'art. 2384, comma 2, c.c. la massima estensione possibile, e di conseguenza l'immunità contro interpretazioni riduzionistiche tese a ripristinare in forma surrettizia una tecnica di composizione del conflitto recisamente scartata sin dal 1969. Non solo: così facendo, l'art. 2384, comma 2, c.c. – ma lo stesso vale del resto per l'art. 2475-*bis*, comma 2, c.c. nella s.r.l., introdotto contestualmente alla riformulazione della norma azionaria – ha fornito un indizio ulteriore del decentramento che la rappresentanza, in ragione del suo fondamento negoziale, sembra destinata a subire nel contesto delle società di capitali.

Al cuore del conflitto tra la società e il terzo non campeggia più il “potere di rappresentanza”, e neppure figurano – secondo la dicotomia tradizionale – i “poteri di gestione e di rappresentanza”: la disciplina degli effetti che la violazione produce sul traffico giuridico muove oggi dalla considerazione dei “poteri degli amministratori”, evocativi – così pare – di *un'unitaria attività di disposizione del patrimonio che oblitera all'esterno il binomio gestione-rappresentanza e che autorizza il terzo a interagire con un'impresa piuttosto che con la sequenza societaria che le*

dà forma e struttura. In definitiva, a disinteressarsi, una volta identificato il soggetto che ha la titolarità istituzionale della funzione di rappresentanza, dei consueti problemi di investitura, di competenza, di legittimazione, che nascono dall'organizzazione interna di un'impresa societaria.

4. *Eccezione di dolo societaria ed eccezione di dolo generale. Piano dell'indagine.* – La possibilità di intendere l'eccezione di dolo prevista dagli artt. 2384, comma 2, e 2475-bis, comma 2, c.c. su basi autonome dalla conoscenza del limite è rimasta ai margini della riflessione scientifica e dell'argomentazione giurisprudenziale che hanno fatto seguito alle riforme del 1969 e del 2003, e ciò – lo si vedrà – ha rappresentato un ostacolo decisivo all'emersione di ipotesi di lavoro tese ad allineare ai valori dell'impresa il trattamento del negozio *ultra modum*.

Gli sforzi degli interpreti si sono perlopiù indirizzati verso la perimetrazione dell'elemento psicologico rilevante ai fini dell'eccezione, anzi del *rimedio* esercitabile dalla società – allora, *alternativamente in via di azione o in via di eccezione* – per l'accertamento dell'inefficacia dell'atto. Ciò, sul presupposto, unanimemente acquisito ma forse non adeguatamente verificato, che il comportamento malizioso del terzo consista nella *partecipazione a un inadempimento del rappresentante* (a una condotta, cioè, che assume disvalore nella misura in cui sacrifica una scelta di organizzazione adottata a monte dalla società disponente), dal che la necessità di postulare la *conoscenza (in capo al terzo) della specifica regola di azione inadempita dall'amministratore*.

Ne è derivata la tendenza a interpretare il comportamento intenzionalmente dannoso del terzo in un'accezione debole, alla stregua della categoria di matrice penalistica del dolo eventuale; con il risultato che, in base all'impostazione tradizionale, il terzo soccombe se conosce il limite convenzionale e nondimeno partecipa alla violazione accettando il rischio che la società ne riceva pregiudizio.

Si tratta di un esito interpretativo che alleggerisce non di poco la posizione probatoria della società, fornendole una comoda via d'uscita ai fini della predisposizione della strategia processuale. L'applicazione della dogmatica del dolo eventuale produce conseguenze evidenti sugli oneri di allegazione e di prova della società che intenda far valere l'inefficacia dell'atto *ultra modum*, affrancandoli dalle secche pericolose di una fatti-

specie testualmente complessa (*l'agire intenzionalmente a danno*) e localizzandoli su un dato puntuale, elementare: la conoscenza della limitazione violata. Lo stesso dato che, nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice, entra in gioco ai fini dell'opponibilità di limitazioni procuratorie *non iscritte* nel registro delle imprese.

È evidente, in un simile percorso argomentativo, la rarefazione della tecnica di composizione del conflitto scolpita dagli artt. 2384, comma 2, e 2475-*bis*, comma 2, c.c. Acquisita la prova della conoscenza del limite, la formula dell'accettazione del rischio evita la necessità di ulteriori allegazioni in ordine alla posizione psicologica del terzo: al ricorrere di un'operazione oggettivamente svantaggiosa per la società, diventa pressoché automatico riscontrare, secondo un tipico accertamento *a posteriori*, che il (rispetto del) limite avrebbe scongiurato – o potuto scongiurare – il pregiudizio, con la conseguenza che, una volta dimostrata la consapevolezza del vincolo e del suo aggiramento, il dolo di danno del terzo *determinatur ab exitu*.

Non sembra però impossibile disgiungere la valutazione del comportamento del terzo dal dato della *scientia limitis*, e ciò in una duplice direzione: nel senso che un comportamento del terzo rivolto a danno della società ben può prescindere e verosimilmente prescinde dalla conoscenza di un limite ai poteri del rappresentante, radicandosi viceversa nella prospettiva – dal lato del terzo – di una modalità di impiego delle risorse sociali oggettivamente svantaggiosa o in ogni caso destinata alla disapprovazione dei soci o di chi, nella sequenza societaria, ne interpreta le istanze e gli interessi; ma pure nel senso che la violazione, in sé considerata, non significa necessariamente un pregiudizio per la società disponente e, di conseguenza, non integra – se nota al terzo – gli estremi dell'*agire intenzionalmente a danno*. Ben può accadere che il terzo rinunci ad acquisire la cautela, prescritta dallo statuto o derivante da una decisione di organi competenti, in ragione della consapevolezza che l'atto di disposizione non danneggia la società o che l'aggiramento di un anello della sequenza le consente di beneficiare di certe utilità a condizioni più vantaggiose (o, in ogni caso, alle stesse altrimenti derivanti dall'osservanza della regola). Non di rado, infatti, l'adempimento imposto dall'organizzazione sociale in funzione integrativa del potere di firma richiede tempi che possono risultare incompatibili con le necessità di approvvigionamento commerciale o finanziario: di qui la possibilità che il

terzo valuti la violazione del limite in termini positivi per sé e per la società. Nella stessa prospettiva, va considerato il caso di un atto di disposizione apparentemente vantaggioso ma destinato a incontrare il rifiuto di un altro attore della medesima sequenza – investito di prerogative concorrenti di gestione o di rappresentanza – a causa di dissidi, noti al terzo contraente, che impediscono la normale cooperazione tra i centri di potere della società.

Il fatto è che la previsione di una sfera di potere insensibile ai vincoli statutari e alla potestà regolatoria degli organi competenti avrebbe potuto significare – agli occhi dell'interprete – assai più che non la dispensa del terzo contraente da oneri di lettura delle fonti societarie. In termini ben più incisivi, la tecnica scolpita dagli artt. 2384, comma 2, e 2475-bis, comma 2, c.c. avrebbe potuto autorizzare il terzo a *non prendere in considerazione limiti interni (per quanto) a lui noti*: o meglio, a non prenderli in considerazione *per la forza gerarchica che gli stessi esercitano sul piano dell'articolazione interna dei ruoli e delle competenze*, ma solo – eventualmente – per la forza segnaletica che, al pari di ogni altra circostanza di fatto, un limite può dispiegare agli scopi di valutazioni in senso stretto *imprenditoriali*.

In definitiva, altro è dire – in linea con l'orientamento consolidato della dottrina e della giurisprudenza – che il terzo non ha l'onere di procurarsi informazioni sulla società interlocutrice, salvo per ciò che concerne l'identità dell'amministratore con rappresentanza; altro è dire che il terzo ha la possibilità di prescindere dalle limitazioni ai poteri del rappresentante, *anche se conosciute*, e di regolarsi autonomamente nelle proprie determinazioni negoziali. Il che, a dispetto delle indicazioni che sembrano provenire dagli ordinamenti di *common law*, risulta sostanzialmente escluso – talora in termini espliciti, più spesso in modo implicito – dalle riflessioni di diritto interno in materia di rappresentanza societaria.

Il profilo merita senz'altro di essere meditato con attenzione.

Già a una prima impressione la tendenza a saldare i due elementi della violazione organizzativa e del dolo di danno – e a fare della conoscenza del limite il presupposto e lo strumento del comportamento malizioso del terzo – sembra costituire il riflesso di una specifica *Vorstellung* del sistema della rappresentanza societaria. È dunque evidente la necessità di interpretarne gli snodi e di astrarre da una siffatta rappresentazione d'insieme i cardini concettuali, se non altro per evitare che l'approccio cor-

rente risulti di ostacolo all'adozione di chiavi di lettura alternative: ed è da ciò che occorre prendere le mosse nell'ottica di vagliare l'ipotesi di un significato autonomo del rimedio recuperatorio che gli artt. 2384, comma 2, e 2475-*bis*, comma 2, c.c. concorrono a forgiare, indipendente dal condizionamento di diritto cartolare. Si tratta di un obiettivo – lo si vedrà nella prima parte dell'indagine – che sarà agevolato da una considerazione critica dei *limiti che risultano da decisioni degli organi competenti*: un inciso, questo, ingiustamente trascurato dalla dottrina, ma che – non appena inquadrato nel sistema dei rapporti intraorganici e interorganici di società di capitali – rivelerà un'inaspettata forza trainante nell'argomentazione e nell'interpretazione del fenomeno. Emergerà una considerazione funzionale dei limiti in senso lato *convenzionali*, che varrà a collocarli su un piano autenticamente imprenditoriale e che contribuirà, in termini conseguenti e in coerenza con le premesse, a tracciare i presupposti e i contenuti del rimedio esercitabile dalla società pregiudicata.

Un problema di impresa, poi, e di interazione tra i centri di potere che costituiscono la trama dell'organizzazione sociale, è destinato a prospettarsi allorché si tratti di definire il regime di esercizio della pretesa recuperatoria che spetta alla società per effetto della violazione del limite (nei confronti – si intende – del terzo che abbia agito intenzionalmente a suo danno). E lo stesso vale altresì per la sua derelizione volontaria ad opera degli organi sociali: ciò che, secondo l'impostazione tradizionale, è la *ratifica* del negozio *ultra modum*. La sensazione di inadeguatezza delle categorie civilistiche, allora, non soltanto sarà avvertita sotto il profilo *so-stanziale* dell'individuazione dei fatti costitutivi della pretesa recuperatoria, ma interesserà l'intero ciclo di vita della limitazione prevista dallo statuto o da una decisione degli organi competenti, dal suo ingresso nell'organizzazione sociale sino al riscontro della violazione e all'adozione dei provvedimenti conseguenti. Ed è a un simile profilo dell'eccezione di dolo societaria, un profilo di ordine – per così dire – *procedimentale*, che verrà dedicata la seconda parte dell'indagine.

La terza parte prenderà in considerazione alcuni tra i più significativi profili patologici non regolati dagli artt. 2384 e 2475-*bis* c.c., e che tuttavia, al pari della violazione di limiti statutari o di decisioni degli organi competenti, interessano l'attività di disposizione del patrimonio, completando un sistema di regole, in parte affidato a soluzioni espresse, in parte rimesso alla sensibilità dell'interprete, che ambisce a risolvere l'ampia

serie di conflitti prospettabili tra istanze in senso lato organizzative e istanze di certezza nella circolazione dei diritti.

Sarà così, in primo luogo, per le patologie che discendono dalla dissociazione tra funzioni gestorie e poteri di rappresentanza, assai spesso attratte alla medesima eccezione di dolo prevista per le limitazioni che discendono dallo statuto o dalle decisioni di organi competenti, ma forse meritevoli di separata considerazione se solo si ipotizzi un significato diverso e autonomo dell'inciso di chiusura degli artt. 2384, comma 2, e 2475-*bis*, comma 2, c.c. Lo stesso varrà per le deliberazioni sociali annullabili o nulle e per la disciplina degli acquisti dei terzi basati su atti che vi abbiano dato esecuzione. L'art. 2377, comma 7, c.c. accorda rilievo alla mala fede del terzo acquirente, il che pone problemi di coordinamento con l'eccezione di dolo societaria: non tanto – beninteso – sotto il profilo della graduazione del presupposto soggettivo e dello scarto testuale tra dolo e mala fede (ciò che, del resto, in base alla prima parte dell'indagine verrà a rivelarsi un falso problema); piuttosto, nel senso che la disciplina dei vizi deliberativi, facendo perno su una situazione di conoscenza, reale o esigibile, che investe elementi *esterni al contatto tra la società e il terzo*, sembrerà riproporre uno schema di composizione del conflitto che nel frattempo l'indagine avrà tentato di superare, o se non altro di ridimensionare nell'ambito delle società per azioni e a responsabilità limitata.

L'ultima parte sarà dedicata ad atti di disposizione del patrimonio sociale di rilevanza (in senso lato) primordiale e non sorretti da una deliberazione assembleare o da altra forma di adesione dei soci. Vicende, queste, che non di rado chiamano a sé soluzioni elastiche, basate sull'abuso del diritto e mediate dalla stessa eccezione di dolo prevista dagli artt. 2384, comma 2, e 2475-*bis*, comma 2, c.c., ma che non potranno non essere osservate e rilette attraverso il prisma delle soluzioni proposte nella prima parte dell'indagine. Il ridimensionamento del paradigma negoziale, che da sempre accompagna le riflessioni della dottrina in tema di (rappresentanza sociale e) disposizione del patrimonio, darà allora alcuni dei suoi frutti più evidenti, consentendo di riscattare il problema delle operazioni *primordiali* alla dimensione del fatto e dell'impresa, fuori da automatismi di stampo cognitivo che fanno perno su elementi dell'organizzazione; e di valutare e orientare in termini conseguenti gli strumenti di tutela degli interessi pregiudicati dagli amministratori.