
Sulle responsabilità degli amministratori di fatto verso la società e i soci

1. – È ritenuto amministratore di fatto colui che esercita funzioni di amministrazione in una società di capitali, cioè prende decisioni e compie atti di gestione, a nome e per conto della stessa, senza essere stato investito da una deliberazione, giuridicamente esistente, sulla base della legge o dello statuto.

La categoria delle deliberazioni inesistenti, che si aggiunge a quelle latamente invalide (cioè nulle o annullabili) è ormai ammessa da gran tempo dalla dominante giurisprudenza sia di legittimità sia di merito⁽¹⁾.

La stessa categoria è ormai accolta anche dalla prevalente dottrina⁽²⁾, salvo alcune voci critiche che si manifestarono in passato⁽³⁾.

Da «Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali» 2001, parte I - Dottrina.

(1) La categoria della inesistenza è ormai pacificamente ammessa: v. Cass. Civ. 14.1.1993 n. 403; Cass. Civ. 4.12.1990 n. 11609; Cass. Civ. 15.3.1980 n. 1768; Cass. Civ. 1.4.1982 n. 2009; Cass. Civ. 11.3.1977 n. 989; Cass. Civ. 4.3.1963 n. 511. Per una rassegna delle decisioni di merito: QUINTARELLI, *Le deliberazioni assembleari inesistenti di società per azioni*, in *Giur. comm.* 1984, I, 1158 ss.

(2) Nella dottrina: L. FARENCA, «*La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica della inesistenza*» e bibliografie citate; TRIMARCHI, *Invalità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano 1957, p. 451 e ss.; GIANNATTASIO, *Ancora sulla inesistenza giuridica delle deliberazioni assembleari*, *Giust. Civ.* 1966, I, p. 490; ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.* 1946, p. 61; RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità degli amministratori*, Milano 1969, 81; BORGIOI, in *Giur. comm.* 1981, II, 699; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori*, Milano, 1987, p. 489; G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, I, Padova 1993.

(3) FERRI, *Le società in Trattato di diritto civile* del Vassalli, Torino 1987, p. 635 e ss.; MIGNOLI, *In tema di nullità e annullabilità delle delibere assembleari*, in *Riv. Società* 1948, I, 432; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 1987, p. 429.

La deliberazione inesistente ricorre per comune definizione «alorché manca un elemento costitutivo della fattispecie procedimentale di formazione della deliberazione, tale da non consentire l'inizio o da provocare l'interruzione dell'*iter* legale necessario, con il risultato di determinare una fattispecie apparente non sussumibile nella categoria giuridica delle deliberazioni per inadeguatezza strutturale e funzionale, rispetto alla fattispecie normativa»⁽⁴⁾.

Il caso ricorrente nella nostra giurisprudenza è quello riferibile ad una deliberazione assembleare ma potrebbe ricorrere anche per qualsiasi altra deliberazione collegiale, come è il caso della nomina del comitato esecutivo, da parte del consiglio di amministrazione.

Sono stati ritenuti casi di delibere assembleari inesistenti ad esempio quelle «prese da un organo sfornito di potere deliberante»⁽⁵⁾, «quelle adottate da una assemblea convocata da un organo non legittimato»⁽⁶⁾ o «da un consiglio di amministrazione irregolarmente convocato»⁽⁷⁾ o «da assemblea riunita in luogo diverso dall'avviso di convocazione»⁽⁸⁾ o «in cui sia mancato il *quorum* per la sua costituzione»⁽⁹⁾ o «quella in cui sia mancata la votazione»⁽¹⁰⁾ o «qualora non sia stato raggiunto il prescritto *quorum* per una votazione»⁽¹¹⁾ o «quella in cui i voti siano espressi in modo disomogeneo»⁽¹²⁾ o «nel caso di mancata redazione del verbale»⁽¹³⁾ e così via.

Una delibera inesistente di nomina degli amministratori trascina a catena la inesistenza delle successive assemblee e delibere, per-

(4) In questo senso tra le molte: Cass. Civ. 14.1.1993; Cass. Civ. 4.12.1990 n. 11609; Cass. 15.3.1986 n. 1768 in *Giur. Comm.* 1987, II, p. 83 e ss.; FERRO-LUZZI, in *Contratti associativi*, Milano 1976, p. 134 ss. tre le molte.

(5) Cass. Civ. 1.10.1960 n. 2542 in *Giur. it.* 1961, I, 1, c. 420.

(6) App. Brescia 1.12.1965 in *Giust. Civ.* 1966 p. 1208.

(7) App. Milano 23.7.1957 in *Rep. giur. it.* 1958, *Società* p. 90; Trib. Roma 10.2.1962 in *Dir. fall.* 1962, II, 694; Trib. Trani 27.3.1979 in *Giur. Comm.* 1980, II, 997; Trib. Roma 13.7.1990 in *Riv. Dir. comm.* 1991, II, 197.

(8) Cass. Civ. 14.1.1993, n. 403 in *Riv. dir. comm.* 1993, II, 202.

(9) Cass. Civ. 13.1.1987 n. 133 in *Giur. it.* 1987, I, 1, 1724; Trib. Milano 24.9.1990 in *Riv. dir. comm.* 1991, II, 243.

(10) Cass. Civ. 1.10.1960 n. 2542 in *Giur. it.* 1961, I, 1, 420.

(11) Cass. Civ. 20.4.1961 n. 511, *Dir. fall.* 1961, II, 783; Cass. Civ. 4.1.1966 n. 45 *Foro it.* 1967, I, c. 827; Trib. Perugia 22.4.1983 in *Società* 1984, 1335.

(12) Tale è il caso in cui l'assemblea sia chiamata a esprimere voti favorevoli per alzata di mano e i voti contrari e astenuti per scheda.

(13) Cass. Civ. 26.6.1956 n. 2286 in *Riv. dir. comm.* 1958, II, p. 4.

ché sono convocate da amministratori di fatto e non di diritto e cioè produce un effetto «domino».

Diverso rispetto alla precedente categoria è il caso in cui la fattispecie procedimentale è affetta da qualche vizio che comporta la nullità o l'annullamento della delibera assembleare.

In quest'ultimo caso, poiché l'annullamento produce i suoi effetti solo *ex nunc*, l'amministratore deve considerarsi *de jure* sino al momento dell'annullamento.

Diverso è il caso in cui la nomina dell'amministratore sia da ritenersi nulla ex art. 2379 c.c. perché essa forma oggetto di una pronuncia di accertamento che opera *ex tunc*.

In ogni caso la delibera assembleare inesistente non può essere oggetto di convalescenza.

Una figura diversa di amministratore di fatto rispetto a quella sopra indicata è quella in cui le decisioni siano prese da un estraneo che si ingerisca nella gestione amministrativa, con la tolleranza, nelle veci o in concorso con l'amministratore *de jure*.

2. – L'amministratore di fatto è equiparato dalla nostra giurisprudenza penale a quello di diritto e perciò viene integralmente assoggettato ai divieti e alle sanzioni previste dalle leggi penali per gli atti da entrambi commessi⁽¹⁴⁾.

Una diversa soluzione condurrebbe a considerare che l'attività penalmente illecita dell'amministratore di fatto non costituirebbe reato per mancanza di investitura nella carica, a differenza di quella posta in essere dall'amministratore di diritto ed il primo sarebbe ingiustamente esonerato da ogni responsabilità penale.

La giurisprudenza dominante assoggetta l'amministratore di fatto alle norme penali nel loro contenuto sostanziale e ritiene corret-

(14) Cass. Pen. 14 maggio 1993, input. Delle Fave; Cass. pen. 29 dicembre 1972, input. Zito in *Giust. pen.* 1973, II, 591; Cass. pen. 5 dicembre 1966 input. Savoldo in *Dir. fall.* 1967, II, 974; Cass. pen. 8 maggio 1964, input. Esposito, in *Rep. Foro It.* 1965, Voce *Società*, n° 220, 223; Cass. pen. 1 luglio 1963, input. De Angelis in *Rep. Foro It.* 1964, 246. In dottrina: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. I reati fallimentari*, Milano 1959, p. 109; ZUCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, p. 53; CONTI - BRUTI LIBERATI, *Il diritto penale nelle società commerciali*, Milano 1971, p. 119; C. PEDRAZZI, *Gestione di impresa e responsabilità penale*, in *Società* 1962, p. 220; F. BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto* in *Giur. comm.* 1984, p. 107; M. ABBIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano 1998, p. 200 e ss.

tamente che nel diritto penale, la responsabilità rilevi sulla base della effettiva gestione della società che prevale su quello formale della assunzione della carica.

Le singole fattispecie delittuose sono configurate dal diritto penale, non in base al titolo, in forza del quale è esercitata l'attività di amministrazione ma «in base alla constatazione fattuale che la attività stessa sia esercitata in concreto».

Il discorso vale per le ipotesi di reati societari e fallimentari, quali di bancarotta, di false comunicazioni sociali, di conflitto di interessi e così via.

La società danneggiata può costituirsi parte civile contro l'amministratore di fatto, per i vari reati societari e fallimentari, anche senza una preventiva delibera assembleare di promovimento dell'azione di responsabilità, contro l'amministratore di fatto.

Anche l'azionista può costituirsi parte civile, sia in via surrogatoria della società sia in proprio, come individualmente danneggiato dato che il perseguimento della responsabilità per colpa aquiliana è a lui assicurato dall'art. 2395 c.c.

3. – La dottrina e la giurisprudenza assoggettano l'amministratore di fatto anche alla responsabilità civile aquiliana prevista per l'amministratore di diritto con motivazioni analoghe a quella penale.

Cioè ricorrono alla motivazione che diversamente l'amministratore di fatto godrebbe una protezione di interessi, contraria al sistema giuridico per gli atti di *mala gestio* dolosi e colposi da lui compiuti, mentre rimarrebbero senza tutela quelli del socio e del terzo creditore.

La dottrina e la giurisprudenza hanno richiamato l'attenzione soprattutto sui danni cagionati dall'amministratore di fatto per colpa aquiliana.

Il problema non è stato invece da esse affrontato nella sua unitarietà con riguardo ai danni da colpa sia contrattuale sia extra contrattuale.

Le opinioni correnti, secondo l'autore di queste righe, appaiono inadeguate rispetto ad un problema che richiede una analisi approfondita ed articolata dei suoi multiformi aspetti.

Un ulteriore discorso riguarda il problema della legittimazione del soggetto danneggiato ad agire contro l'amministratore di fatto.

Cominciamo il discorso dunque dalla responsabilità civile aquiliana dell'amministratore di diritto da cui trarremo argomento analogico per contribuire a risolvere il problema della applicazione a quello di fatto.

L'illecito penale, causato dal predetto amministratore, come si è detto, dà luogo ad una responsabilità aquiliana per i danni civili subiti dalla società e dal socio.

È generalmente ammesso anche l'esercizio individuale, da parte del socio, dell'azione prevista dall'art. 2395 c.c. per perseguire il risarcimento dei danni da lui direttamente risentiti, che non sono il riflesso di quelli cagionati al patrimonio societario, per colpa aquiliana⁽¹⁵⁾.

L'autore di queste righe ritiene questa interpretazione eccessivamente riduttiva, per un duplice ordine di motivi.

Anzitutto la limitazione dell'azione del socio *ex art. 2395 c.c.*, solo ai danni causati dall'amministratore per colpa aquiliana non appare giustificata.

Essa viene in genere argomentata dalla formula legislativa che si riferisce al socio «direttamente danneggiato» dagli atti degli amministratori per cui si limita il danno risarcibile a quello diretto e si esclude quello riflesso dal patrimonio sociale, e in definitiva il danno sopportato dalla partecipazione societaria del singolo socio, anche se cagionata da una attività dolosa e colposa.

Questa interpretazione riduce l'azione individuale esperibile *ex art. 2395 c.c.* ad una ipotesi assolutamente marginale.

Essa non sembra a chi scrive giustificata dal termine «danno diretto» usata all'art. 2395 c.c.

La formula si limita ad affermare che tra la condotta dolosa e colposa dell'amministratore e il danno deve intercorrere un rapporto di causalità diretta, come è negli artt. 1223 e 2056 c.c. e cioè indica una relazione di univocità logica, mentre il termine immediato esprime quello di una consequenzialità storica⁽¹⁶⁾.

(15) Cass. Civ. 19.12.1985, n. 6493; Cass. Civ. 2.6.1989 n. 2685 in *Giur. it.* 1989, I, 1, Cass. Civ. 3.11.1983 n. 6469 in *Dir. fall.* 1984, II, p. 250; Cass. Civ. 28.3.1996, n. 2850 in *Società*, 1996, 1397; Cass. Civ. 4.4.1997 n. 2934; Cass. Civ. 3.7.1998 n. 6519; In questo senso è tra gli altri FERRELLI, *Le Società*, Torino 1985, p. 686; G. MINERVINI, *Gli amministratori di S.p.A.*, Padova 1969.

(16) G. VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv. dir. civ.* 1995, II, 481; Id. *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile* in «*Danno e responsabilità*», 1998, p. 1007 e ss.

Non sembra a chi scrive che dall'aggettivo «diretto» possa trarsi argomento per ridurre l'ambito dei diversi danni risarcibili del socio, solo a quelli estranei alla sua partecipazione societaria, mentre anche questo è una conseguenza diretta, che rientra nell'art. 2043 c.c.

Ciò non vuol dire che non debbano essere usate grandi cautele per accertare la responsabilità aquiliana di un amministratore di diritto, che è assistito da una presunzione di legittimità del suo operato.

È discutibile, come ho detto, che il pregiudizio risentito dal singolo azionista alla sua partecipazione al capitale della società non venga tutelato, anche se è riflesso di quello al patrimonio sociale, a seguito degli atti di *mala gestio*, che costituiscono illeciti aquiliani dell'amministratore di diritto.

La interpretazione riferita pecca da un lato per difetto, perché essa condurrebbe ad escludere dalla responsabilità aquiliana dell'amministratore, il pregiudizio subito alla partecipazione societaria anche nel caso in cui gli illeciti, costituiscano reato.

Non è invece discutibile che l'azionista possa fare valere il suo diritto al risarcimento dello specifico danno, che è risentito dalla sua partecipazione individuale, anche se è e riflesso rispetto a quello subito dalla società.

Quanto sopra riguarda l'amministratore di diritto.

Appare assai più vasto e ad un tempo diverso il discorso che riguarda la responsabilità aquiliana dell'amministratore di fatto invece che di diritto.

Questi non è assistito dalla presunzione di legittimità del suo operato che non può perciò dirsi finalizzato a perseguire l'interesse della società e il pregiudizio subito dalla società e dai soci, a seguito del suo comportamento doloso o colposo di tipo aquiliano, deve essere da lui risarcito.

Il fatto che ci sia un amministratore di fatto e manchi invece quello di diritto fa sì che il danno che deriva dal suo comportamento al patrimonio societario e alla individuale partecipazione azionaria sarebbero condannati diversamente a non essere entrambi risarciti, per la mancanza del legittimo organo sociale che deve provvedervi da un lato e per le erronea interpretazione che vorrebbe escludere la partecipazione azionaria dall'ambito dell'art. 2395 c.c. dall'altro.

Il socio perciò ha diritto di perseguire direttamente l'amministratore di fatto con l'azione *ex art. 2395 c.c.*, per il pregiudizio

da lui subito dagli atti dolosi o colposi che generano la responsabilità aquiliana degli amministratori di diritto e a fortiori di quelli di fatto, anche se dipendente da quella subita dalla società al suo patrimonio.

Deve pure ammettersi che dall'azione individuale non è escluso l'ulteriore scopo di promuovere il risarcimento causato dall'amministratore di fatto anche al patrimonio della società, quanto meno in via surrogatoria della stessa.

4. – Passiamo ora a delineare un quadro sintetico della responsabilità civile non aquiliana degli amministratori di una società di capitali, nei confronti dei soci e dei creditori.

Per quanto concerne gli amministratori di diritto la disciplina che li concerne è dettata dall'art. 2392 c.c. che prescrive che essi debbano adempiere ai doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, che è poi quella del buon padre di famiglia e stabilisce che essi in via solidale debbano rispondere dei danni cagionati.

Il quadro normativo è altresì precisato dall'art. 1711 per il quale le conseguenze degli atti che esorbitano dai limiti del mandato restano a carico del mandatario e dall'art. 1712 per cui questi deve in ogni caso «senza ritardo comunicare la esecuzione al mandante».

Gli amministratori di diritto, nell'ambito della sfera discrezionale delle decisioni loro riservate, hanno una libertà di scelte decisionali, che non è suscettibile di sindacato del giudice.

La loro responsabilità per danni obbedisce ad un paradigma obiettivo onde ai soci compete la prova del dolo o della colpa grave, mentre agli amministratori convenuti la controprova della normalità.

La responsabilità per danni, nascendo da contratto, è limitata a quelli ordinariamente prevedibili, a sensi dell'art. 1225 c.c.

La promozione dell'azione di responsabilità è riservata ad una delibera assembleare della società dall'art. 2393 c.c. o dall'art. 2409 c.p.c.

Un orientamento dominante nella dottrina⁽¹⁷⁾ e nella giurispru-

(17) RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità degli amministratori*, cit. p. 93; MINERVINI, *Gli amministratori*, p. 363 ss.; COTTINO, op. cit., I, p. 676.

denza ⁽¹⁸⁾, tuttavia anche se resistito da una opinione minoritaria esclude che il singolo socio possa esperire l'azione per colpa e danni *ex art. 2395 c.c.* a titolo di responsabilità contrattuale con riguardo ai danni da lui subiti alla partecipazione societaria ⁽¹⁹⁾.

Esaminiamo ora invece la diversa disciplina della responsabilità degli amministratori di fatto che è estranea alla violazione del principio del *neminem ledere*, e compariamola con quella contrattuale *ex art. 2392 c.c.* degli amministratori di diritto.

L'autore di queste righe reputa che non è configurabile una responsabilità contrattuale degli amministratori di fatto verso la società e i soci, in analogia a quella degli amministratori di diritto ma solo lo è quella non contrattuale, anche se non coincidente e diversa da quella aquiliana che si riduce alla semplice violazione del divieto del *neminem ledere*.

Infatti l'amministratore di fatto non è legato alla società da un rapporto organico e non si può ipotizzare che egli abbia i diritti e gli obblighi del mandatario, rispetto ai quali abbia a rispondere per colpa contrattuale.

Ciò si desume dall'art. 1711 c.c. che contempla che le conseguenze degli atti, che esorbitano dai limiti del mandato restano a carico del mandatario così da risponderne in proprio.

A *fortiori* deve pervenirsi alla stessa conclusione, laddove non esiste addirittura un mandato, come è il caso degli amministratori di fatto che perciò non risultano investiti da una delibera assembleare giuridicamente esistente.

Non è perciò configurabile una responsabilità contrattuale dell'amministratore di fatto sotto il profilo dei c.d. rapporti contrattuali di fatto, che «assumerebbero una rilevanza giuridica, a prescindere dalla esistenza della corrispondente fattispecie negoziale».

Non si condivide la esistenza di una categoria del genere perché tale assunto si basa su una petizione di principio ed è assolutamente generica.

(18) Cass. Civ. 3.8.1988 n. 4817; Cass. Civ. 6.1.1982 n. 14; Cass. Civ. 16.11.1977 n. 5011; Cass. Civ. 7.2.1974 n. 327; Trib. Milano 31.1.1983 in *Società*, 1984, 323; Trib. Milano 28.1.1980 in *Giur. Com.* 1981, II, p. 699.

(19) FRÈ, *Società per azioni*, p. 503 e ss.; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1985.

Di recente si è ritenuto di superare l'ostacolo della mancata investitura dell'amministratore di fatto alla carica, col richiamo alla parte finale dell'art. 1173 c.c., di cui si è forzato il tenore con una integrazione inammissibile che è stata estranea al legislatore.

La norma indica tra le fonti delle obbligazioni a fianco dei negozi e degli illeciti «ogni altro fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico» e si argomenta che ciò legittimerebbe una pretesa categoria generale dei rapporti contrattuali di fatto.

Ciò appare inammissibile perché la formula dell'art. 1173 c.c. in assenza di una norma specifica dell'ordinamento, non consente una opinione del genere.

Più di recente una decisione isolata di legittimità, da cui si dissente⁽²⁰⁾ si è rifatta all'istituto della gestione degli affari altrui per tentare di giustificare la responsabilità dell'amministratore di fatto sotto il profilo contrattuale, ma il richiamo analogico è erraneo.

La equiparazione tra gestione d'affari altrui e il rapporto dell'amministratore di fatto della società è inammissibile perché l'*utilis gestio* richiede la impossibilità del dominus di provvedere ai suoi interessi e la sua non consapevolezza degli atti del gestore.

Essa concerne il caso in cui l'attività del gestore ha per oggetto uno o più singoli determinati affari, mentre tale non è il caso dell'amministratore di fatto, la cui attività è caratterizzata non da singoli atti di intromissione nella gestione, ma deve protrarsi per un rilevante arco di tempo, con ripetuti compimenti di atti tipici dell'amministratore di una società⁽²¹⁾.

La forzatura dei limiti di un istituto speciale e residuale, quale la *utilitas gestio* per trarre la giustificazione generale di un'intera categoria che esula dall'istituto indicato deve essere rifiutata.

Una conclusione del genere in ogni caso contrasta con la disciplina specifica dell'istituto dell'utile gestione.

Infatti l'*utilis gestor* – ammesso che lo sia stato – risponde in proprio delle conseguenze dei suoi atti e delle obbligazioni, là dove opera contro la proibizione dell'interessato, a sensi dell'art. 2031, 2° comma c.c.

(20) In questo senso Cass. Civ. 6.3.1999, n. 1925, Pres. Cantillo, Est. Marziale, *Diritto e pratica della società* in *Il Sole 24 ore* 8.11.1999 n. 20, con nota di A. Manzini.

(21) A. MANZINI, *Commento* alla sentenza di Cass. Civ. 6.3.1999, n. 1925 in *Diritto e pratica delle società*, cit., p. 47 e ss.

Deve ritenersi che l'amministratore di fatto, agendo in difetto di un mandato opera contro il consenso della società e dei soci interessati, perché il consenso e la autorizzazione devono essere manifestati, secondo le regole statutarie e civilistiche, che sono condizioni per la esistenza della fattispecie procedimentale e delle delibere e non arbitrariamente supposto.

Ad ipotizzare del resto una esplicita proibizione degli interessati, con le conseguenze *ex art. 2031 2° comma c.c.*, potrebbe bastare che provenga in qualsiasi momento, dal socio in surroga o meno della società una semplice diffida rivolta all'amministratore di fatto, perché desista dall'operare o una domanda giudiziale di accertamento giudiziale, che devono scontarsi come evenienze di ordinario accadimento.

Da ciò si desume che anche il richiamo alla *utilis gestio* non giustifica il profilo di una responsabilità contrattuale corrente tra la società e l'amministratore di fatto.

All'amministratore di fatto si addice piuttosto la qualità di *falsus procurator*, al quale una recentissima decisione attribuisce una responsabilità per danni da colpa non contrattuale anche se non ridduttivamente aquiliana.

Dalla esclusione della responsabilità contrattuale tra amministratori di fatto, società, soci e creditori interessati deriva che i danni non sono risarcibili nei limiti della prevedibilità *ex art. 1225 c.c.*

Da essa dipende che l'amministratore di fatto non fruisce di una sfera discrezionale di attività, sulla base del paradigma di normalità che lascerebbe presumere la correttezza, salvo l'onere della prova inversa da parte della società e dei soci.

Essa anche se si svolge in limiti di normalità è sindacabile da parte del giudice di merito.

Concludendo si reputa che non è possibile estendere la responsabilità contrattuale *ex artt. 2392, 1710, 1225 c.c.* agli amministratori di fatto in via analogica a quelli di diritto.

La opposta opinione che vuole desumere la responsabilità contrattuale dell'amministratore di fatto dalla *utilis gestio* o dalla *fictio* di un presunto mandato analogo a quello dell'amministratore di diritto, ignorando peraltro l'art. 1708 e le sue implicazioni, si risolve nel negare e contraddire la categoria autonoma delle delibere assembleari inesistenti, rispetto a quelle solo invalide che è ritenuta

dalla opinione dominante, e finisce per esonerare l'amministratore di fatto dalle ampie conseguenze risarcitorie dei suoi atti.

La delibera inesistente non produce certamente come suo effetto la responsabilità contrattuale per l'amministratore di fatto ma invece quella non contrattuale anche se non coincide ed è diversa da quella aquiliana.

5. – Esaminiamo ora quale sia la logica e l'ampiezza della responsabilità civile dell'amministratore di fatto nei confronti della società, dei soci e dei creditori.

L'art. 1708 c.c., come si è detto, pone a carico dell'amministratore di una società le conseguenze del suo operato quando questo esorbita dai limiti del mandato.

Analogamente l'art. 2031, 2° comma c.c. chiama l'*utilis gestor* a rispondere della sua condotta, ove intraprenda o continui la propria attività, malgrado la proibizione dell'interessato.

Si è visto che queste norme *a fortiori* giustificano il principio per cui l'amministratore che agisce senza un mandato giuridicamente esistente, deve rispondere illimitatamente delle conseguenze delle sue scelte o dei propri atti.

Questo principio è una espressione della regola generale che chi agisce lo fa a proprio rischio.

Ciò vale incondizionatamente per l'amministratore di fatto.

Una impostazione del genere è l'unica rispettosa del sistema che scoraggia iniziative di arbitraria supplenza da parte di soggetti non legittimati, che sono in contrasto con la disciplina attuale ispirata al rispetto di una rigorosa legalità e degli interessi degli investitori, come è il caso delle società con azioni quotate sui mercati regolamentati che sono disciplinati dalle norme che tutelano i diritti della minoranza, con pubblici istituti preposti al controllo come la Consob.

La conclusione cui si è giunti che l'amministratore di fatto agisce a proprio rischio è anche una regola di riequilibrio degli interessi che vede da un lato l'obbligo della società a sopportare le conseguenze degli atti di amministratori di fatto per il principio di apparenza che tutela chi contrae con essi in buona fede e dall'altra il diritto di questa a rivalersi nei confronti dell'amministratore di fatto delle conseguenze di cui questi è responsabile.

Quest'ultimo, deve in ogni caso garantire la società e i soci dalle

perdite e dalle obbligazioni, e cioè un risultato utile e non una semplice obbligazione di mezzi, come l'amministratore di diritto.

La erroneità della opinione che modella la responsabilità civile dell'amministratore di fatto sullo schema di quella contrattuale degli amministratori di diritto è che essa suppone la *fictio* di un mandato in anticipo, senza tener conto che per questi ultimi, là dove operano fuori dai limiti del mandato a sanatoria occorre una ratifica dell'interessato *ex art. 2032 c.c.*, che non si reputa neppure ipotizzabile per quelli di fatto, secondo i principi generali.

Una equiparazione tra l'amministratore di fatto e di diritto non può trarsi *a fortiori* dall'orientamento formatosi della giurisprudenza penale, perché la responsabilità penale tutela il pubblico interesse a prevenire l'allarme sociale e a punire il reo.

Da ultimo l'opinione che reputa che l'amministratore di fatto soggiaccia alla responsabilità contrattuale *ex art. 2392 c.c.*, è smentita da quella giurisprudenza di legittimità che ritiene la responsabilità del *falsus procurator*, come extra contrattuale ⁽²²⁾.

6. – Vediamo ora chi possa agire per ottenere una pronuncia di responsabilità dell'amministratore di fatto e quali formalità debbano essere osservate.

Certamente legittimati sono la società e i soci *utendo iuribus* della stessa.

Non occorre una preventiva delibera assembleare di promovimento dell'azione di responsabilità come previsto degli artt. 2393 e 2409 5° comma c.c. nel caso in cui gli atti di *mala gestio* sono posti in essere invece dell'amministratore di diritto.

La necessità di una tale delibera è strettamente legata alla presunzione di legittimità dell'operato di quest'ultimo mentre ciò non ricorre per l'amministratore di fatto.

Ciò si desume dal testo dell'art. 2393 3° comma, c.c. per cui la delibera assembleare ha come effetto l'immediata revoca degli amministratori di diritto, mentre esso non ha alcun senso ove riferito all'amministratore di fatto.

I soci sono legittimati a provvedersi individualmente contro

(22) Per la responsabilità extra contrattuale del *falsus procurator*: Cass. Civ. 19.9.2000, n. 12969; Cass. Civ. 16.1.1997, n. 6488.

l'amministratore di fatto, che è responsabile anche ricorrendo alla tutela di cui all'art. 2395 c.c.

Questa norma è di lata eccezione e utilizza l'interesse dell'azionista per realizzare lo scopo anche di proteggere quello della società alla tutela della legalità dei suoi atti.

La funzione surrogatoria è in *re ipsa*, senza bisogno che il socio ricorra alla formalistica dichiarazione di agire in surroga.

In questo senso l'autore ricorda a se stesso una lontana decisione del Tribunale di Milano 15 ottobre 1987 (pres. Baldi-Est. Quadraro, pubblicata in *Giur. It.* 1988, I, 2, 418), che affermò in modo penetrante che «una delibera inesistente può essere impugnata anche da ciascun socio individualmente interessato alla tutela della legalità degli atti sociali».

Una pregevole nota redazionale aggiunse: «se un atto o fatto giuridico non esiste, non fa parte dell'ordinamento. Non è *tamquam non esset*, ma è semplicemente *non est*. È interesse generale del sistema e quindi di tutti, anche a sensi dell'art. 100 c.p.c. rimuovere l'ingannevole apparenza evitando che un semplice riflesso venga scambiato per una realtà che appunto non esiste, sicché la legittimazione ad agire dovrebbe competere a chiunque, a qualunque socio e solo l'intento di pura chicane potrebbe rappresentare un limite all'iniziativa ad un tale senso».

Diversamente opinando, come è il caso di quanti confondono gli amministratori di fatto con quelli di diritto, risulterebbe smentita e superflua la premessa della «inesistenza di delibere assembleari» che finirebbero per identificarsi con quelle semplicemente annullabili.

La sovversione del principio di diritto, che una delibera inesistente non è suscettibile di poter essere sanata in alcun modo, sarebbe illegittimamente superata dall'aforisma *cosa fatta capo ha!*