

CAPITOLO I

NATURA, COSTITUZIONE E CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. La natura del rapporto di amministrazione. – 2. La nomina degli amministratori e la competenza assembleare. – 3. Le eccezioni alla competenza assembleare: i primi amministratori. – 3.1. La nomina da parte dei detentori di strumenti finanziari. – 3.2. La nomina da parte dello Stato o di enti pubblici. – 3.3. La nomina per cooptazione. – 4. Il procedimento assembleare di nomina degli amministratori. – 5. La nomina degli amministratori nelle società quotate: l'amministratore di minoranza. – 5.1. L'equilibrio tra i generi. – 6. Le cause di ineleggibilità e i requisiti degli amministratori. – 7. Le incompatibilità. – 8. L'amministratore persona giuridica. – 9. Gli amministratori indipendenti. – 10. Le cause di estinzione del rapporto di amministrazione: la revoca. – 10.1. La clausola "*si-mul stabunt simul cadent*". – 10.2. Le altre cause di cessazione dalla carica.

1. *La natura del rapporto di amministrazione*

Gli amministratori costituiscono l'organo necessario della società cui è attribuito, in via esclusiva, il compito di provvedere alla gestione dell'impresa e di compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale (art. 2380 *bis*). La funzione gestoria di cui gli amministratori sono investiti dalla legge ricomprende, oltre al potere di decidere il compimento degli atti di gestione dell'impresa, anche il potere/dovere di promuovere l'attività deliberativa dell'assemblea e di dare esecuzione alle deliberazioni adottate da quest'ultima nell'ambito delle sue competenze.

Il potere di iniziativa si desume dal dovere di compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale tra cui rientrano anche le deliberazioni che la legge o lo statuto riservano all'assemblea e trova conferma nell'attribuzione agli amministratori della competenza per la convocazione dell'assemblea e per la definizione degli argomenti all'ordine del giorno che necessariamente ricomprende anche il compito di formulare proposte e di istruire le decisioni riservate ai soci¹.

¹ Così M. FRANZONI, *Dell'amministrazione*, cit., p. 13 s. Nelle società quotate, il dovere degli amministratori di istruire le deliberazioni assembleari è espressamente previsto e regolamentato dall'art. 125 *ter* t.u.f. che fa obbligo all'organo amministrativo di mettere a disposizione del pubblico, entro il termine di pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea, presso la sede sociale, sul sito Internet della società e con le altre modalità previste dal regolamento Consob, una relazione per ciascuna della materia all'ordine del giorno.

Pur in assenza di un esplicito riconoscimento legislativo², non può dubitarsi dell'esistenza di un dovere degli amministratori di dare esecuzione alle deliberazioni assembleari cui si accompagna il potere decisionale in ordine alla scelta delle modalità più opportune per attuare la volontà dei soci. Si tratta, inoltre, di una competenza esclusiva e non derogabile che trova la sua fonte nella disciplina che regola la responsabilità degli amministratori che impone loro di rendersi garanti del rispetto delle regole di corretta gestione della società dettate a tutela dei terzi, anche quando il potere deliberativo spetti all'assemblea. Con la conseguenza che, nell'esercizio della funzione esecutiva, gli amministratori sono chiamati ad operare un sindacato di legittimità sulle deliberazioni dei soci potendo rifiutarne l'esecuzione quando la deliberazione sia invalida o quando sia lesiva delle regole di corretta gestione e dalla sua attuazione possano derivare sanzioni civili o penali a loro carico³.

Anche prima della riforma del 2003, il carattere esclusivo e l'autonomia che venivano riconosciuti ai poteri degli amministratori rappresentavano il principale argomento per negare l'assimilazione del rapporto di amministrazione al mandato, nonostante il riferimento alla diligenza del mandatario contenuto nel previgente art. 2392 c.c. Con la riforma, questa interpretazione, peraltro ormai consolidata, risulta ulteriormente confermata dall'eliminazione di qualsiasi riferimento al mandato e dall'espressa previsione del carattere esclusivo del potere gestorio di cui, per legge, gli amministratori sono investiti.

Nella ricostruzione della natura del rapporto di amministrazione, peraltro, la preoccupazione di evitare qualunque contaminazione con la disciplina del mandato che possa incidere sull'autonomia dell'organo amministrativo ed aprire la strada alla legittimazione di interferenze dei soci nella gestione appare prevalente rispetto alla ricerca di una qualificazione giuridica che consenta di risolvere i problemi che si pongono in assenza di una specifica disciplina. La formula dell'«immedesimazione organica» cui frequentemente si fa riferimento⁴, con la conseguente qualificazione della nomina assembleare come semplice atto di designazione dei soggetti cui competono, in via originaria, i diritti e i doveri degli amministratori, ha un valore puramente suggestivo che non contribuisce a qualificare la natura del rapporto, salvo negarne il carattere contrattuale con il discutibile argomento della mancanza di due contrapposti ed autonomi centri di interesse tra i quali instaurare un rapporto intersoggettivo di natura contrattuale. Anche altri argomenti adottati a sostegno della tesi del c.d. rapporto organico, vale a dire l'identificazione tra la volontà della società e

² Nel diritto tedesco, sia il dovere di istruire le decisioni di competenza dell'assemblea sia quello di darvi esecuzione sono espressamente sanciti dal § 83, *Abs.* 1 e 2, *AktG*.

³ In questo senso V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. IV, Utet, Torino, 1991, p. 108 ss. ove rif. cui adde F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, cit., p. 5; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, IX ed., Utet, Torino, 2015, p. 355.

⁴ Si tratta di formula largamente utilizzata dalla giurisprudenza per qualificare il rapporto che lega l'amministratore alla società. V. fra le altre Cass., 4 maggio 1991, n. 4928, in *Giust. civ. Rep.*, voce *Società di capitali*, n. 62; Cass., 19 settembre 1991, n. 9788, in *Foro it.*, 1991, I, c. 855; Trib. Milano, 21 novembre 1996, in *Società*, 1997, p. 221.

quella espressa dal suo organo amministrativo e la responsabilità della società anche per i fatti illeciti commessi dagli amministratori⁵, si limitano a sottolineare il principio per cui, nei confronti dei terzi, l'attività svolta dagli amministratori è imputabile alla società, ma non portano ad escludere la sussistenza, nei rapporti interni, di una relazione obbligatoria, e quindi di un rapporto contrattuale, tra soggetti tra loro distinti.

In realtà, il fatto che gli amministratori siano dotati di poteri autonomi ed esclusivi può più semplicemente spiegarsi come conseguenza dell'integrazione del contenuto del rapporto contrattuale ad opera della legge e dello statuto che, sul piano testuale, si desume dal disposto dell'art. 2380 *bis*, comma 1° e dell'art. 2392 c.c. secondo il quale «*gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto*».

Dall'accordo con la società che si perfeziona a seguito dell'accettazione della nomina deriva l'obbligo inderogabile degli amministratori di adempiere i doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto, nonché l'attribuzione in via esclusiva dei poteri necessari ad ottemperare a tali obblighi ed in ciò si coglie la tipicità del contratto rispetto alle altre forme di gestione di affari altrui per la cui esecuzione il gestore rimane vincolato alla volontà del mandante⁶, senza con questo dover necessariamente escludere in radice che taluni principi presenti nella disciplina di queste ultime (si pensi ad es., alla presunzione di onerosità della prestazione) possano trovare applicazione, in via analogica, anche a tale contratto.

Il riconoscimento della natura contrattuale del rapporto di amministrazione non significa, peraltro, che esso possa essere ricondotto nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c. ai fini dell'applicazione, alle relative controversie, del rito del lavoro. L'autonomia di cui gode l'organo amministrativo nel definire gli obiettivi e le politiche di gestione dell'impresa, i piani industriali e finanziari e le strategie di mercato non consente di ravvisare nella prestazione d'opera dell'amministratore sia la soggezione al potere disciplinare che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato, sia la predefinizione del programma di collaborazione coordinata e continuativa che si traduce nel concetto di «parasubordinazione» cui vengono ricondotti i prestatori d'opera menzionati al n. 3 della norma sopracitata.

Se prima della riforma del 2003, la questione aveva prodotto contrastanti orientamenti giurisprudenziali, soprattutto in tema di competenza relativa alla controversia sul compenso degli amministratori, che neppure l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione aveva saputo ricondurre ad un indirizzo univoco⁷, l'accentuazione

⁵ Cfr. U. DE CRESCIENZO, *Gli amministratori nel sistema tradizionale*, in *Le nuove s.p.a* diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, I, Zanichelli, Bologna, p. 727 ss.

⁶ Su questo v. anche C. AMATUCCI, *Amministrazione e controllo*, in *Manuale di diritto commerciale* ideato da V. Buonocore, X ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 381; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., p. 356 s.

⁷ La questione, decisamente controversa, ha visto prevalere in un primo tempo, la tesi dell'applicabilità del rito del lavoro sulla base dell'inquadramento del rapporto di amministrazione nell'ambito dei rapporti di lavoro parasubordinati: v. in tal senso Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1994, n. 10680, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 1524; Cass., 2 marzo 1999, n. 1726, *ivi*, 1999, p. 1879 (la quale, peraltro, aveva escluso

che la riforma ha inteso dare al carattere autonomo ed esclusivo del potere degli amministratori offre un argomento decisivo alla tesi che esclude l'esistenza di un rapporto di parasubordinazione e la conseguente applicazione del rito del lavoro. È questa la conclusione alla quale, mutando il precedente indirizzo, sono pervenute le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 1545 del 20 gennaio 2017⁸.

La Suprema Corte, per escludere che il rapporto di amministrazione possa essere ricondotto nell'ambito dei rapporti di lavoro, analizza criticamente sia la teoria c.d. organica sia la teoria c.d. contrattualistica, arrivando a concludere che debba essere ricompreso nell'ambito dei "rapporti societari" cui fa riferimento il d.lgs. n. 168/2003, all'art.3, comma 2°, lett. a) per l'individuazione della competenza per materia del tribunale delle imprese. Si tratterebbe, quindi, di un rapporto di "di società" perché esso «serve ad assicurare l'agire della società, non assimilabile, in quest'ordine di idee, né ad un contratto d'opera né tanto meno ad un rapporto di tipo subordinato o parasubordinato».

La tesi accolta dalla Cassazione, che ha il pregio di risolvere in modo corretto una serie di problemi pratici ad es. in tema di competenza del giudice, di pignorabilità dei compensi amministrativi e di arbitrabilità delle controversie relative al rapporto di amministrazione, si richiama, pur non citandola espressamente, all'opinione di un'autorevole dottrina che individua nel contratto di società (o nell'atto unilaterale di costituzione della stessa) l'origine dei poteri e degli obblighi degli amministratori, negando l'esistenza di un distinto rapporto contrattuale tra società e amministratori⁹. Sul piano della conseguenze che se ne possono trarre in merito alla disciplina del rapporto, questa tesi non si discosta sostanzialmente da quella che sostiene l'esistenza di un autonomo rapporto contrattuale il cui contenuto è in larga misura e inderogabilmente definito dalla legge e dallo statuto. Si presta, tuttavia, all'obiezione di non essere in grado di spiegare in modo adeguato come sia possibile che il contratto di società, in deroga all'art. 1372, comma 2°, c.c., produca effetti anche nei confronti degli amministratori che di tale contratto non sono parti, dovendo ipotizzare una stipulazione a favore di terzi ai sensi dell'art. 2411 c.c. e svalutando alcuni dati testuali, quali la presenza di una nomina e di una accettazione e la negoziazione di elementi essenziali quali il compenso che non trovano definizione nella legge e nello

l'esistenza dei requisiti della subordinazione nel rapporto tra la società e l'amministratore unico o l'amministratore delegato e l'applicazione del rito del lavoro all'azione di responsabilità promossa nei confronti degli amministratori).

Anche dopo l'intervento delle Sezioni Unite, vi sono state numerose pronunce di merito che si sono espresse per l'applicazione del rito ordinario: v., fra le altre, Trib. Roma, 3 giugno 1996, in *Società*, 1996, p. 1193; Trib. Milano, 21 novembre 1996, *ivi*, 1997, p. 221; Trib. Milano, 26 gennaio 2004, in *Dir. prat. soc.*, 2004, 24, p. 76.

⁸In *Società*, 2017, p. 605 con nota di M. SPADARO e in *Foro it.*, 2017, I, c. 891, con nota di G. NICCOLINI. La sentenza affronta il problema della riconducibilità del rapporto di amministrazione ai rapporti di lavoro di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. ai fini dell'applicazione (negata) al compenso dei limiti di pignorabilità di cui al comma 4° dell'art. 545 c.p.c.

⁹F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F.Galgano, vol. 29, Cedam, Padova, 2003, p. 253 s.

statuto e rappresentano indici rilevanti della presenza di un rapporto contrattuale diretto tra società e amministratori.

2. La nomina degli amministratori e la competenza assembleare

Come si ricava dal combinato disposto degli artt. 2364, comma 1°, n. 2 e 2383, comma 1°, c.c., la competenza per la nomina degli amministratori spetta all'assemblea ordinaria, «fatta eccezione per i primi amministratori, che sono nominati nell'atto costitutivo, e salvo il disposto degli artt. 2351, 2449 e 2450».

Al di fuori delle eccezioni previste dalla legge, si è discusso della possibilità di derogare alla competenza assembleare tramite clausole statutarie attributive della nomina a singoli soci o gruppi di soci o estensive della nomina per cooptazione da parte dello stesso consiglio di amministrazione. In mancanza di una disposizione analoga a quella prevista per la società a responsabilità limitata dall'art. 2468, comma 3°, c.c., l'opinione dominante, anche dopo la riforma, è orientata nel senso dell'inderogabilità della norma che contempla la nomina assembleare e della conseguente illegittimità di tali clausole¹⁰, alle quali potrebbe tutt'al più attribuirsi una valenza parasociale che non priva l'organo assembleare del potere di scelta dei componenti dell'organo amministrativo¹¹. Non si ritiene, infatti, che possa estendersi alla competenza per la nomina la previsione dell'ult. cpv. dell'art. 2368, comma 1°, c.c. che consente allo statuto di stabilire «norme particolari» per la nomina delle cariche sociali, trattandosi di norma che attiene al procedimento assembleare di nomina. Utilizzando quest'ultima disposizione è, comunque, possibile, con il ricorso al voto di lista della cui legittimità non è dato dubitare, ottenere ugualmente il risultato di una partecipazione proporzionale delle diverse componenti della compagine sociale alla nomina dei membri dell'organo amministrativo. La competenza rimane dell'assemblea, ma non tutti gli amministratori sono espressione della medesima maggioranza assembleare¹².

¹⁰ In tal senso v. Trib. Udine, 22 settembre 1993, in *Società*, 1994, p. 354; Trib. Verona, 18 dicembre 1987, *ivi*, 1988, p. 403 e 11 dicembre 1992, *ivi*, 1993, p. 950 con nota di N. RICCARDELLI e, implicitamente, Cass., 14 dicembre 1995, n. 12820, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 1360, con nota di M. ROSSOMANDO; Cass., 17 aprile 1990, n. 3181, in *Impresa*, 1990, 2256. In dottrina, per tutti, M. FRANZONI, *Dell'amministrazione*, cit., p. 146; M.L. MONTAGNANI, *Commento all'art. 2383*, in *Commentario Marchetti*, cit., p. 143; U. DE CRESCIENZO, *Gli amministratori*, cit., p. 732 s.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto della società*, cit., p. 358; e, per quanto riguarda la nomina per cooptazione al di fuori dell'ipotesi prevista dall'art. 2386, comma 1°, c.c., Trib. Monza, 29 gennaio 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 125; G. GUIZZI, *Nomina degli amministratori e cooptazione*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni* a cura di B. Libonati, Giuffrè, Milano, 1995, p. 45.

¹¹ Cfr. N. ABRIANI-P. MONTALENTI, *Gli amministratori*, in *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. IV, Cedam, Padova, 2010, p. 582, nt. 45.

¹² Il voto di lista è, infatti, lo strumento di cui il legislatore si avvale per imporre la presenza di almeno un amministratore nominato dalla minoranza nel consiglio di amministrazione delle società quotate (art. 147 *ter*, t.u.f.).

Più controversa è l'ammissibilità di una clausola che, in presenza di una ripartizione del capitale in diverse categorie di azioni, preveda l'attribuzione a ciascuna categoria del diritto di nominare una parte dei componenti dell'organo amministrativo. All'opinione che vede in queste clausole una illegittima deroga alla competenza assembleare¹³ si oppone il principio di atipicità delle categorie azionarie e la conseguente possibilità di nominare uno o più componenti degli organi sociali come un diritto di categoria, in analogia con quanto prevede l'art. 2351, comma 5°, c.c. che consente di attribuire agli strumenti finanziari partecipativi il diritto di nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione (o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco). Tale diritto di categoria potrebbe essere esercitato sia direttamente, con delibera dell'assemblea speciale dei detentori delle azioni di ciascuna categoria, sia mediante una successiva approvazione da parte dell'assemblea generale tenuta ad effettuare unicamente un controllo formale della correttezza del procedimento adottato dalle assemblee speciali¹⁴.

La tesi non manca di sollevare perplessità soprattutto nella parte in cui ammette l'attribuzione di un diritto di nomina non proporzionale alla partecipazione detenuta da ciascuna categoria, potendosi ipotizzare che si configuri, in tal modo, una violazione del principio di eguaglianza tra soci¹⁵, ma non si può negare che la nuova di-

¹³ Così A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 117 s.; C. SILVETTI, *Nomina di amministratori da parte di gruppi di soci nelle società di capitali*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, c. 545; G. CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. IV, Utet, Torino, 1991, p. 24; J.J. MENCIA, *La partecipazione della minoranza nella nomina degli amministratori di società per azioni: sulla possibilità di introdurre un sistema proporzionale di elezione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 971; Trib. Venezia, 4 marzo 1989, in *Società*, 1989, p. 960.

¹⁴ In tal senso v. in partic. N. ABRIANI, *Le azioni e gli altri strumenti finanziari*, in *Le società per azioni*, in *Trattato* diretto da G. Cottino, p. 307 ss., ma v. anche P.M. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 323.

Se si ammette la possibilità di nomina degli amministratori per categorie azionarie, sul piano procedimentale la soluzione più corretta non sembra essere la nomina diretta da parte dell'assemblea speciale (come appare ammissibile per i detentori degli strumenti finanziari ai sensi dell'art. 2351, ult. comma, c.c.) ma piuttosto la ratifica formale da parte dell'assemblea generale delle deliberazioni assunte dalle assemblee speciali per consentire a tutti gli azionisti un controllo sul procedimento deliberativo di nomina ed una eventuale impugnazione della delibera in presenza di vizi procedurali o di nomina di soggetti privi dei requisiti previsti dalla legge o dallo statuto: v. in questo senso anche P.M. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 334 ss. che sottolinea anche l'interesse di tutti gli azionisti a concorrere nella discussione alle scelte di merito relative alla nomina dei preposti alla carica gestoria che porta l'a. ad escludere che la nomina degli amministratori possa essere sottratta all'unitario procedimento assembleare.

¹⁵ Cfr. G. D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 130. Secondo N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 308, l'unico limite alla creazione di categorie azionarie dotate del diritto di nominare uno o più componenti dell'organo amministrativo è costituito dalla riserva della nomina della maggioranza degli amministratori ad una categoria di azioni che non rappresenti almeno la metà del capitale sociale in ossequio al principio che non consente l'emissione di azioni a voto non pieno in misura superiore alla metà del capitale sociale (art. 2351, comma 2°, c.c.). Sarebbe, invece, legittima la clausola che attribuisse ad una categoria che rappresenti almeno la metà del capitale sociale la nomina della maggioranza degli amministratori e ad altra categoria il diritto di nominare gli altri. In questo modo, però, se la categoria residuale è rappresentativa, a sua volta, della metà del capi-

disciplina della società per azioni manifesti, con riguardo alle categorie azionarie, una particolare apertura all'autonomia statutaria e si dimostri più sensibile della previgente alla presenza, all'interno dell'organo amministrativo, della rappresentanza di interessi diversi e che, per altro verso, una rappresentanza non proporzionata all'entità della partecipazione può attuarsi tramite il ricorso ad apposite clausole di voto di lista, o di limitazione del numero dei componenti delle cariche sociali eleggibili dalla maggioranza e ancor più tramite l'emissione di azioni a voto plurimo o a voto maggiorato.

3. Le eccezioni alla competenza assembleare: i primi amministratori

La previsione della nomina dei primi amministratori nell'atto costitutivo aveva sollevato, prima della riforma, il dubbio che si trattasse di una semplice deroga alla competenza assembleare motivata da ragioni funzionali o di una regola imperativa, con la conseguenza, nel primo caso, di ritenere ammissibile una nomina effettuata con atto separato successivo alla stipulazione dell'atto costitutivo o addirittura con delibera dell'assemblea ordinaria successiva all'iscrizione della società nel registro delle imprese. Questa interpretazione che, in definitiva assegnava all'art. 2383, comma 1°, il semplice valore di norma permissiva della nomina degli amministratori anticipata rispetto alla venuta a giuridica esistenza della società¹⁶, si fondava sulla mancata menzione della nomina dei primi amministratori tra i requisiti dell'atto costitutivo di cui all'art. 2328, comma 1°, c.c. e sulla distinzione fra delibera di approvazione dell'atto costitutivo e delibera di nomina dei primi amministratori operata dall'art. 2335 con riguardo alla costituzione per pubblica sottoscrizione e aveva trovato conforto nel mancato inserimento di tale nomina tra i vizi comportanti la nullità della società ai sensi dell'art. 2332 c.c. Ad essa si opponeva l'esistenza di una serie di disposizioni che presuppongono la presenza dell'organo amministrativo nel momento in cui la società acquista la personalità giuridica e le disfunzioni che può comportare la mancata nomina degli amministratori in fase di costituzione della società¹⁷.

La questione può ritenersi superata a favore dell'imperatività della regola sancita dall'art. 2382, comma 1°, a seguito dell'introduzione, operata dalla riforma del 2003, della nomina dei primi amministratori tra gli elementi che l'atto costitutivo "deve indicare" (art. 2328, comma 1°, n. 11)¹⁸, mentre la previsione dell'art. 2335, comma

tale sociale la clausola si tradurrebbe in sostanza nell'attribuzione alla prima categoria, rispetto all'unitaria delibera di nomina degli amministratori, di un diritto non proporzionale che costituisce una violazione della regola maggioritaria.

¹⁶ Così G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 24 ss.; G. TANTINI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Cedam, Padova, 1973, p. 150; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, Utet, Torino, 2002, p. 23 il quale sottolinea, peraltro, i disagi che comporta sul piano pratico, la mancata indicazione nell'atto costitutivo.

¹⁷ V. in partic. G. CASELLI, *Vicende*, cit., p. 4 ss.

¹⁸ In questo senso M.L. MONTAGNANI, *Commento*, cit. p. 140 ss.; M. FRANZONI, *Dell'amministrazione*, cit., p. 143.

1°, n. 4, c.c. conferma comunque la necessaria anteriorità della nomina rispetto alla venuta ad esistenza della società.

Non contraddice il carattere imperativo della norma neppure il fatto che la mancata nomina dei primi amministratori non costituisca causa di nullità della società ai sensi dell'art. 2332 c.c. Come è noto, non tutti i vizi dell'atto costitutivo si traducono in cause di nullità della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese; il che significa che anche il vizio della mancata nomina degli organi sociali, in quanto agevolmente sanabile tramite una successiva delibera assembleare, non è stato ritenuto dal legislatore di tale gravità da inficiare la valida costituzione della società. Ciò non significa che tale mancanza non debba essere rilevata dal notaio in sede di verifica della legittimità dell'atto da stipulare e dall'ufficio del registro delle imprese in sede di verifica del concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione, verifica che certamente si estende anche all'accertamento della regolarità e completezza formale dell'atto da iscrivere.

3.1. La nomina da parte dei detentori di strumenti finanziari

La prescrizione dell'art. 2351, comma 5°, c.c., che consente che venga riservata ai detentori di strumenti finanziari di cui agli artt. 2346, comma 6° e 2349, comma 2°, c.c. la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione (o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco) non costituisce soltanto una deroga alla competenza assembleare, ma anche una eccezione al principio che riserva ai soci la nomina degli amministratori. Gli strumenti finanziari, anche se dotati di diritti amministrativi, non attribuiscono, infatti, la qualità di socio né sono equiparabili alle azioni sotto il profilo della partecipazione al rischio di impresa¹⁹.

Anche questa disposizione, introdotta dalla riforma quale unica specificazione dei diritti amministrativi che possono essere riconosciuti agli strumenti finanziari partecipativi, non ha mancato di sollevare problemi interpretativi sia riguardo alla procedura da adottare per la nomina sia riguardo al numero di amministratori riservabili ai portatori di strumenti finanziari e alla loro qualifica di indipendenti.

Per quanto riguarda il profilo procedurale, sul quale dovrebbero intervenire le "modalità stabilite dallo statuto", a fronte del chiaro disposto dell'art. 2346, comma 6°, è da escludere che il voto sulla nomina dell'amministratore possa essere esercitato

¹⁹ In ogni caso, gli strumenti finanziari partecipativi possono essere emessi soltanto a fronte di un apporto economico non imputabile a capitale, il che ne ha suggerito una assimilazione all'istituto dell'associazione in partecipazione (v. in partic. G. MIGNONE, *Nuovi istituti per il finanziamento societario e associazione in partecipazione*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1030 ss.). Pur essendo prevalentemente titoli di debito, anche qualora non se ne preveda un obbligo di restituzione a carico della società ed il relativo apporto possa essere contabilmente imputato ad una apposita riserva costituita all'interno del patrimonio netto, gli strumenti finanziari, anche se postergati rispetto a tutti gli altri creditori, precedono comunque le azioni nel diritto al rimborso (v. N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 336 s.; e più ampiamente A. BARTOLACELLI, *La partecipazione non azionaria nella s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 152 ss.

nell'ambito dell'assemblea generale ordinaria²⁰. La volontà dei portatori degli strumenti finanziari dovrà quindi formarsi in un'assemblea separata, non necessariamente soggetta alle regole delle assemblee speciali di cui all'art. 2376 c.c.²¹, ma, se lo statuto lo prevede, potrà anche risultare da un consenso scritto raccolto con metodologie non collegiali²².

Si ritiene che la nomina possa avvenire sia direttamente sia sotto forma di designazione sottoposta a formale approvazione da parte dell'assemblea generale e che quest'ultima dovrebbe essere la procedura da seguire in assenza di diversa disposizione statutaria²³.

Quanto al requisito dell'indipendenza, in mancanza di una disposizione statutaria che ne definisca la nozione o faccia riferimento ai requisiti previsti da codici di comportamento appare logico riferirsi a quelli stabiliti per i sindaci dagli artt. 2399, comma 1° c.c. e 148, comma 3°, t.u.f. in quanto richiamati dalle disposizioni che, nelle società non quotate che adottano il sistema monistico (art. 2409 *septiesdecies*, comma 2°, c.c.) e nelle società quotate (art.147 *ter*, comma 4°, t.u.f.), stabiliscono che cosa si debba intendere per amministratore indipendente²⁴.

Più incerta è la soluzione del problema se ai detentori di strumenti finanziari possa essere consentita dallo statuto la nomina di più amministratori indipendenti e se, in presenza di diverse categorie di strumenti finanziari, il diritto di nomina possa essere attribuito a ciascuna categoria. La tesi che ammette la nomina di più amministratori, seppure in numero comunque inferiore a quello degli amministratori di nomina assembleare²⁵, trascura il dato letterale, che parla di un solo componente del-

²⁰ Opinione prevalente v. per tutti N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 342 s.; M. CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voce*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 127 s.; U. TOMBARI, *Strumenti finanziari "partecipativi" (art. 2346, ultimo comma) e diritti amministrativi nella società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 155; M. NOTARI, *Commento all'art. 2346, comma 6°*, in *Azioni* a cura di M. Notari, in *Commentario Marchetti*, cit., 2008, p. 96. *Contra* A. BARTOLACELLI, *La partecipazione*, cit., p. 269; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., p. 217 nt. 52, secondo il quale l'autonomia statutaria potrebbe anche consentire l'esercizio del voto in assemblea; in questo senso anche A. LOLLI, *Commento all'art. 2351*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, cit., p. 207.

²¹ A. STAGNO D'ALCONTRES, *Commento all'art.2351*, in *Società di capitali Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, vol. I, Jovene, Napoli, 2004, p. 310 ss. Secondo questo a. il riferimento dell'art. 2376 c.c. all'assemblea speciale sarebbe limitato all'ipotesi di delibere dell'assemblea generale che pregiudichino i diritti dei portatori di strumenti finanziari e non potrebbe estendersi obbligatoriamente all'esercizio dei diritti amministrativi.

²² Così F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 135

²³ M. CIAN, *Strumenti finanziari*, cit., p. 128.

²⁴ Di fronte al chiaro disposto dell'art. 2383 che qualifica l'ipotesi in esame come deroga alla competenza assembleare per la nomina degli amministratori non merita di essere condivisa la tesi secondo la quale l'amministratore indipendente di cui all'art. 2351 sarebbe soltanto quello previsto nel sistema monistico quale possibile componente del comitato per il controllo sulla gestione, dovendosi interpretare la norma come attributiva della possibilità di nominare soltanto componenti dell'organo di controllo (tesi sostenuta da G. MIGNONE, *Commento all'art. 2351, comma 5°*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da G. Cottino, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 332 ss.).

²⁵ In tal senso M. NOTARI, *Commento all'art. 2346*, cit., p. 103; M.L. MONTAGNANI, *Commento al-*

l'organo amministrativo (nonché di un solo membro del consiglio di sorveglianza e di un solo sindaco); ma soprattutto sottovaluta l'eccezionalità della deroga alla competenza dei soci che dovrebbe suggerire una interpretazione restrittiva²⁶. Pertanto, tenuto conto anche della funzione di controllo più che di partecipazione attiva alla gestione attribuita all'amministratore indipendente, appare preferibile l'opinione che ammette la nomina di un solo componente dell'organo amministrativo anche in presenza di diverse categorie o emissioni di strumenti finanziari, contenendo, in tal modo, l'influenza che soggetti diversi dagli azionisti possono esercitare sulla gestione dell'impresa sociale²⁷.

3.2. *La nomina da parte dello Stato o di enti pubblici*

La deroga a favore dello Stato o di enti pubblici si è notevolmente ridimensionata a seguito dell'abrogazione dell'art. 2450 c.c. ad opera dell'art. 3, comma 1°, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 conv. in legge 6 aprile 2007, n. 46 e della riscrittura dell'art. 2449 c.c. effettuata dall'art. 13, comma 1°, legge 25 febbraio 2008, n. 34 a seguito della sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2007²⁸ che ha affermato l'incompatibilità della norma nella sua previgente formulazione con il principio, desumibile dall'art. 56 del Trattato CE, secondo il quale le legislazioni nazionali non possono conferire agli Stati o agli enti pubblici la facoltà di esercitare, sulle società partecipate, un controllo sulla gestione sproporzionato alla partecipazione posseduta.

A seguito di queste modifiche legislative, non è più consentito attribuire allo Stato o a enti pubblici il diritto di nominare amministratori in assenza di alcuna partecipazione al capitale della società, mentre per le società partecipate che non facciano ricorso al mercato del capitale di rischio, tale diritto può essere conferito dallo statuto, ma soltanto per un numero di amministratori proporzionale alla partecipazione al capitale.

Diversa e di non agevole comprensione è la disciplina dettata dal 4° comma del nuovo art. 2449 per quanto riguarda le società che fanno ricorso al (mercato del) capitale di rischio. La norma esordisce affermando l'applicazione a dette società dell'art. 2346, comma 6°, c.c., vale a dire della possibilità di emettere strumenti finanziari partecipativi anche eventualmente dotati di diritti amministrativi; il che parrebbe ovvio e pleonastico se non se ne trovasse una spiegazione nella disposizione tran-

l'art. 2383, cit., p. 148; M. LAMANDINI, Autonomia negoziale e vincolo di sistema nella emissione di strumenti finanziari da parte della società per azioni e delle cooperative per azioni, in Banca, borsa, tit. cred., 2003, I, p. 536.

²⁶ L'eccezionalità è ulteriormente sottolineata dalla constatazione che l'attribuzione di diritti di nomina delle cariche sociali a *stakeholders* non soci rappresenta una scelta non comune nel panorama europeo, come nota M. CIAN, *Strumenti finanziari*, cit., p. 38.

²⁷ V. in questo senso N. ABRIANI, *Le azioni*, cit., p. 344 s.; M. CIAN, *Strumenti finanziari*, cit., p. 188; A. BARTOLACELLI, *La partecipazione*, cit., p. 265.

²⁸ Corte di Giustizia, 6 dicembre 2007, causa C 464-04, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 576 con nota di I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*

sitoria contenuta nell'art. 13, comma 2°, legge n. 34/2008 dove si prevede espressamente che i diritti amministrativi in precedenza attribuiti ai sensi del previgente art. 2449 siano, con apposito adeguamento statutario, «rappresentati da strumenti finanziari, non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico, ai sensi dell'art. 2346, sesto comma del codice civile».

La seconda parte della norma prevede, invece, che, su proposta del consiglio di amministrazione, e con il necessario consenso dello Stato o dell'ente pubblico interessato, l'assemblea, «con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria» possa deliberare che i diritti amministrativi che lo statuto attribuiva agli stessi «siano rappresentati da una particolare categoria di azioni».

Per quanto riguarda la disciplina prevista per le società chiuse, si è osservato che l'applicazione del principio di proporzionalità alla nomina riservata non impedirebbe all'ente pubblico di acquisire un potere di controllo sproporzionato rispetto alla propria partecipazione attraverso l'esercizio del diritto di voto nella nomina assembleare, potendo sommare agli amministratori di nomina diretta quelli dallo stesso eleggibili, ad esempio con il metodo del voto di lista, in sede assembleare²⁹. Ad evitare tale inconveniente si potrebbe interpretare la disposizione nel senso che l'attribuzione del diritto di nomina comporta la sterilizzazione del voto in assemblea, ma a questa soluzione si è obiettato che una interpretazione della norma che sia conforme allo spirito della sentenza della Corte di Giustizia e alla giurisprudenza comunitaria in materia di *golden share* induce a ritenere che il rispetto del principio di proporzionalità abbia una valenza limitata all'attribuzione diretta del potere di nomina e non impedisca la partecipazione alla votazione assembleare, salvo il caso in cui, mediante tale partecipazione e in relazione al sistema di voto adottato, si realizzi quel «controllo sproporzionato» che viola le regole comunitarie³⁰.

Per quanto riguarda le società quotate o a capitale diffuso, dalla lettura congiunta del 4° comma dell'art. 2449 e della relativa disciplina transitoria si ricava che gli speciali diritti amministrativi riservati allo Stato o ad enti pubblici devono essere incorporati in strumenti finanziari partecipativi, non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dell'ente ovvero, con il consenso dell'ente interessato, in una particolare categoria di azioni³¹.

Al di là della formulazione imprecisa e frettolosa, la norma solleva seri problemi interpretativi.

²⁹ Così I. DEMURO, *L'incompatibilità*, cit., p. 592 s.

³⁰ V. in tal senso F. GHEZZI-M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 698 ss.; A. BLANDINI, *La nomina e la cessazione dell'organo amministrativo di società pubblica*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum* Pietro Abbadessa, vol. II, Utet, Torino, 2014, p. 922 ss.

³¹ Agli strumenti finanziari partecipativi muniti di diritto di voto a favore dello Stato, come alternativa alla *golden share*, il legislatore aveva già fatto ricorso nell'art. 1, comma 381, legge 23 dicembre 2005, n. 266 su cui v. F. SANTONASTASO, *Dalla «golden share» alla «poison pill»: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1, legge 23 dicembre 2005, n. 2006*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 383 ss.