

Introduzione

Il presente lavoro di ricerca nasce dall'interesse di analizzare le diverse fattispecie di amministratori di nomina extra-assembleare nelle società per azioni presenti nell'odierno panorama giuridico italiano.

Tali tipologie di amministratori ricoprono un ruolo particolarmente significativo all'interno del consiglio di amministrazione, in virtù delle loro particolari modalità di nomina e, in taluni casi, di revoca. In particolare, l'amministratore nominato dallo Stato o da un ente pubblico ha rivestito e riveste una grande importanza nel processo di privatizzazione che è stato avviato in Italia nel corso degli anni '90 e ciò non risulta essere un paradosso. A livello statale, infatti, molte privatizzazioni sono state solo formali e vari sono stati i provvedimenti legislativi istitutivi di società con soci pubblici, mentre a livello locale si è consentito alle amministrazioni pubbliche di mantenere un potere di controllo e di vigilanza su imprese aventi caratteri strategici nell'economia nazionale.

La riforma del diritto societario avvenuta nel 2003 ha poi introdotto un'innovazione connessa alla previsione di una disciplina *ad hoc* riguardante il caso in cui la società emetta strumenti finanziari; in tal caso è riconosciuta ai loro possessori la facoltà di nomina di un amministratore indipendente. L'introduzione a livello societario di detti strumenti finanziari rispecchia la volontà legislativa di ampliare le possibilità di acquisizione di elementi utili al proficuo svolgimento dell'attività sociale, massimizzando le forme di finanziamento economico, pur nel rispetto della tutela del mercato. La nomina dell'amministratore indipendente rappresenta l'esercizio di un potere attribuito ai possessori di strumenti finanziari in via esclusiva, e non già in concorso con gli azionisti. L'amministratore così nominato diviene quindi l'esponente della categoria dei portatori di strumenti finanziari, garantendo da un lato, nella struttura di *governance* della società, la rappresentanza degli interessi particolari del capitale non azionario e, dall'altro lato, di conservare in capo ai soci il generale potere di governo del medesimo. Il conferimento ai possessori di tale diritto di nomina, garantisce un più incisivo controllo sulla gestione societaria, dato che il

componente indipendente presenta gli stessi poteri e doveri di monitoraggio e vigilanza degli altri amministratori.

Le altre figure di amministratori extra-assembleari, ossia i primi amministratori, l'amministratore giudiziario e l'amministratore cooptato, sono legate a vicende giuridico-societarie che ne rendono inevitabile la nomina, quali, rispettivamente, la nascita della società, la sussistenza di gravi irregolarità endosocietarie ed infine la sostituzione degli amministratori, purché la maggioranza sia comunque costituita da amministratori nominati dall'assemblea.

Il codice civile prevede quindi cinque deroghe alla regola generale della nomina assembleare; di conseguenza, si è ritenuto opportuno suddividere la trattazione in due sezioni, la prima delle quali relativa alla disciplina codicistica dei primi amministratori, dell'amministratore nominato dallo Stato o dagli enti pubblici, dell'amministratore giudiziario e dell'amministratore cooptato. Per ogni categoria, oltre ad una introduzione generale sulla materia, si concentrerà l'attenzione sulle particolari modalità di nomina, nonché, ove sussistano, anche di revoca e sui loro successivi effetti giuridici. L'intento perseguito è quello di individuare il soggetto titolare di tali poteri, mediante l'analisi del testo legislativo e, laddove esso sia lacunoso, della dottrina e della giurisprudenza interna e comunitaria, in quanto significativa è l'impronta che tali amministratori rivestono all'interno del *monitoring board*.

Nella seconda sezione saranno invece analizzati nello specifico gli strumenti finanziari, che, come è già stato evidenziato, rappresentano senz'altro uno degli istituti giuridici più innovativi della riforma del diritto societario. Verranno prese in considerazione le fonti normative, sia interne che complementari, disciplinanti detti strumenti, nonché i diritti da essi incorporati. L'ultimo capitolo sarà infine dedicato agli amministratori nominati dai portatori di strumenti finanziari, sempre focalizzando l'attività di ricerca sulla disciplina della loro nomina e revoca.

La *ratio* alla base della scissione del lavoro nelle predette sezioni, risiede nella volontà di dedicare un'intera parte della tesi all'esame relativo agli strumenti finanziari e agli amministratori nominati dai loro possessori, in quanto, grazie ad essi, l'autonomia statutaria ha acquisito maggiore libertà, introducendo nella compagine societaria la possibilità di una partecipazione non azionaria.

La scelta normativa rappresenta pertanto una novità degna di merito, anche se molteplici sono le lacune legislative che hanno dato e continuano a dare adito ad un ampio dibattito dottrinale e ciò a fronte di una giurisprudenza che, invece, al riguardo, è quasi del tutto inesistente, benché negli ultimi anni sia aumentata l'importanza che tali amministratori rivestono all'interno della *governance* societaria. Varie sono le problematiche che riguardano gli amministratori indipendenti, prima fra tutte la mancata indicazione nel codice civile del soggetto che possa revocarli; e ancora, l'incerta indicazione del numero degli amministratori nominabili da parte dei titolari di strumenti finanziari. Vi sono anche ulteriori questioni, in riferimento alle quali verranno analizzate le varie posizioni dottrinali, su cui, per molti versi, si fonda la materia.

L'obiettivo che si è quindi, in generale, cercato di perseguire, è quello di esaminare la disciplina della nomina e della revoca di ogni tipologia di amministratore nominato al di fuori dell'assemblea generale dei soci, in quanto si tratta di figure che ricoprono un particolare rilievo all'interno del sistema societario e significative sono le conseguenze giuridiche ed economiche che ne derivano.

Sezione I

**Disciplina codicistica degli amministratori di nomina extra-
assembleare nelle società per azioni**

Capitolo I

I primi amministratori

1. Introduzione

La sezione VI-*bis* del Libro V del codice civile regola il sistema di amministrazione e controllo della società per azioni, il quale è basato su un organo amministrativo – consiglio di amministrazione o amministratore unico – e su un organo di controllo, il collegio sindacale (artt. 2380-*bis* - 2409 c.c.), e due sistemi alternativi di *corporate governance*, detti l'uno sistema dualistico (artt. 2409-*octies* – 2409-*quinquiesdecies* c.c.) e l'altro sistema monistico (artt. 2409-*sexiesdecies* – 2409-*noviesdecies* c.c.). Nello specifico, il sistema dualistico è caratterizzato dalla presenza di due distinti organi collegiali: il consiglio di sorveglianza, eletto dall'assemblea dei soci, e il consiglio di gestione, eletto dal consiglio di sorveglianza; al contrario, il sistema monistico è costituito dal solo consiglio di amministrazione, il quale al suo interno nomina i componenti del comitato per il controllo sulla gestione, che opera come organo collegiale a sé stante, analogo al collegio sindacale. Entrambi tali sistemi valgono solo qualora lo statuto li abbia esplicitamente adottati, o all'atto della costituzione della società o con successiva modificazione statutaria, con decorrenza dall'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio successivo (art. 2380 c.c.)¹. In particolare, la disciplina codicistica generale relativa alla nomina e alla revoca degli amministratori di società per azioni, allorché questa sia gestita secondo il sistema tradizionale o monistico, è dettata dall'art. 2383 c.c. (mentre per il modello dualistico sono richiamati solo il quarto e il quinto comma dell'art. 2383 c.c., in quanto ai sensi del terzo comma dell'art. 2409-*novies* c.c., i membri del consiglio di gestione non sono nominati dall'assemblea, ma dal consiglio di sorveglianza), ove l'assemblea dei soci si configura come il soggetto legittimato alla nomina (art. 2383, 1° co., c.c.) e, nel contempo alla revoca (art. 2383, 3° co., c.c.), in qualunque momento, degli

¹ Sul punto v. F. GALGANO, *Diritto commerciale: l'imprenditore, le società*, Bologna, 2013, p. 323 ss.

amministratori stessi. Tale disposizione sancisce pertanto la inderogabilità della competenza assembleare circa la nomina e la revoca degli amministratori, la quale risulta essere rafforzata dal principio di netta separazione dei compiti propri dell'assemblea e dell'organo amministrativo, dato che a quest'ultimo è affidata la gestione esclusiva della società². La nomina e la revoca sono pertanto "normali" deliberazioni di assemblea ordinaria (art. 2364, 1° co., n. 2, c.c.), sottoposte ai *quorum* deliberativi assembleari.

L'art. 2368, 1° co., c.c. ammette, tuttavia, che «per la nomina alle cariche sociali l'atto costitutivo può stabilire norme particolari», le quali possono consistere in una deroga alla maggioranza assoluta. Tali norme possono prevedere altri sistemi elettivi che permettono la rappresentanza delle minoranze³, quali il voto di lista; in quest'ultimo caso, occorre che sia possibile per il singolo socio esercitare il proprio diritto di voto operando la scelta dell'eligendo, sia sottoscrivendo la lista, sia indicando solo taluno dei nominativi proposti della lista medesima, sia scegliendo e indicando nomi di altre persone non ricompresi nella lista proposta⁴. Gli amministratori possono essere nominati per un periodo massimo di tre esercizi e la loro carica scade alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio del loro incarico (art. 2383, 2° co., c.c.), salvo rieleggibilità (art. 2383, 3° co., c.c.). L'assemblea può, inoltre, revocare gli amministratori, anche prima della scadenza del termine del loro incarico; qualora però la revoca avvenga senza giusta causa, l'amministratore revocato ha diritto al risarcimento del danno (art. 2383, 3° co., c.c.). Una volta nominati, gli amministratori devono chiedere entro trenta giorni l'iscrizione della loro nomina nel registro delle imprese (art. 2383, 4° co., c.c.).

Al principio di competenza assembleare circa la nomina degli amministratori, il legislatore sancisce espressamente all'art. 2383, 1° co., c.c. tre deroghe: la nomina dei primi amministratori, la nomina di amministratori indipendenti riservata ai portatori di strumenti finanziari di cui all'art. 2351, c.c. ed, infine, la nomina, nonché la revoca, riservate allo Stato o ad enti pubblici che partecipano al capitale della

² Sul punto v. U. DE CRESCIENZO, *I sistemi di amministrazione e controllo*, in *Le nuove s.p.a.* diretto da O. Cagnasso – L. Panzani, 4, Bologna, 2012, p. 16 ss.

³ In argomento v. F. GALGANO, *Diritto commerciale: l'imprenditore, le società*, cit., p. 325.

⁴ In argomento v. U. DE CRESCIENZO, *I sistemi di amministrazione e controllo*, cit., p. 21.

società. A tali eccezioni si aggiungono le disposizioni relative alla nomina, nonché alla revoca dell'amministratore giudiziario nel caso di fondato sospetto di gravi irregolarità nella gestione da parte degli amministratori *ex art.* 2409 c.c. e quelle relative alla cooptazione *ex art.* 2386 c.c., qualora, in corso di mandato, venga a mancare la minoranza degli amministratori in carica (sempre che la maggioranza sia costituita da amministratori di nomina assembleare)⁵. Nei paragrafi immediatamente seguenti si delineerà la disciplina dei primi amministratori, rinviando ai capitoli successivi la trattazione delle altre deroghe.

2. La nomina dei primi amministratori

L'art. 2383, 1° co., c.c. prevede come deroga alla competenza assembleare circa la nomina degli amministratori delle società per azioni quella relativa ai primi amministratori. Il legislatore stabilisce difatti che essi siano nominati nell'atto costitutivo e tale disposizione si salda perfettamente con l'art. 2328, 1° co., n. 11, c.c.⁶, il quale, per l'appunto, riconosce che l'atto costitutivo nomina i primi amministratori. La *ratio* dell'art. 2383 c.c., innovata rispetto al testo previgente dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (c.d. "Riforma del diritto societario"), trova il suo fondamento nella nascita della società che avviene al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese e, conseguentemente, gli organi della società non possono essere funzionanti prima dell'iscrizione stessa. Di qui discende che i primi amministratori sono nominati da coloro che sottoscrivono l'atto costitutivo nel caso in cui la società sia costituita secondo la disciplina di cui all'art. 2338 c.c. Nell'ipotesi invece in cui la società sia costituita attraverso il procedimento della c.d. pubblica sottoscrizione *ex art.* 2333 c.c., nonché *ex art.* 2335, 1° co., n. 4, c.c., i primi amministratori devono essere designati dall'assemblea dei sottoscrittori, convocata dai promotori secondo il dettato di cui all'art. 2334, 3° co., c.c.⁷

In ogni caso, in entrambe le ipotesi, gli amministratori indicati nell'atto costitutivo sono titolari di obblighi giuridici già prima dell'iscrizione della società nel registro

⁵ Sul punto v. N. ABRIANI e P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, 4, Padova, 2010, p. 581.

⁶ Sul punto v. M. SPIOTTA, *Assemblea e amministratori*, in *Diritto commerciale* diretto da O. Cagnasso e G. Cottino, Torino, 2013, p. 430.

⁷ In argomento v. U. DE CRESCIENZO, *I sistemi di amministrazione e controllo*, cit., p. 25.

delle imprese. Infatti, secondo il dettato emergente dal combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 2330 c.c., in caso di inerzia da parte del notaio che ha ricevuto l'atto di costituzione, i designati devono procedere al deposito dell'atto presso il registro delle imprese entro il termine di venti giorni che decorrono dal momento in cui lo stesso è stato ricevuto dal notaio, altrimenti l'incombente può essere eseguito da ciascun socio a spese della società. Una volta che si sia regolarmente iscritta nel registro, la società acquisisce la personalità giuridica, divenendo così un soggetto giuridico i cui organi sono operativi e funzionanti, anche se per gli amministratori designati con l'atto costitutivo occorre anche il deposito presso l'ufficio del registro delle imprese dell'accettazione della carica entro trenta giorni dalla nomina secondo il dettato dell'art. 2383, 4° co., c.c. Pertanto tale norma impone agli amministratori, ai fini dell'iscrizione della loro nomina nel registro delle imprese, il deposito delle generalità di ciascuno e l'indicazione di quali tra loro siano investiti del potere di rappresentanza, e se tale potere debba essere esercitato disgiuntamente o congiuntamente (la precisazione deriva dal recepimento del disposto dell'art. 2, Direttiva 9 marzo 1968, n. 68/151/CEE, secondo la quale «le misure di pubblicità devono precisare se le persone che hanno il potere di obbligare la società possono agire da sole o devono agire congiuntamente»). Perciò, mentre la nomina si perfeziona già con l'accettazione dell'incarico, anche implicita, da parte dell'amministratore, la pubblicità ha efficacia dichiarativa ed ha lo scopo di portare a conoscenza dei terzi le generalità dei componenti dell'organo gestorio e le modalità in cui si debba esteriorizzare l'attività amministrativa⁸. Gli amministratori così designati nell'atto costitutivo ricoprono la funzione conferita con i poteri ivi previsti. L'indicazione dei primi amministratori nell'atto costitutivo rappresenta un momento immanente alla fase costitutiva della società, ma al contempo dotato di carattere strumentale e meramente organizzativo, suscettibile di variazione secondo le specifiche regole statutarie in relazione alle esigenze della società, fra cui, ad esempio, la modifica del numero degli amministratori⁹.

⁸ In argomento v. N. ABRIANI e P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, cit., p. 580.

⁹ Sul punto v. N. ABRIANI e P. MONTALENTI, *op. loc. cit.*, p. 580; in argomento v. anche M. SPIOTTA, *Assemblea e amministratori*, cit., p. 430 ss.

3. La nomina nell'atto costitutivo: regola od eccezione?

La dottrina si è a lungo interrogata sulla qualificazione da conferire alla fattispecie di nomina dei primi amministratori, chiedendosi, soprattutto prima della riforma del diritto societario verificatasi nel 2003, se il fatto che la nomina avvenisse nell'atto costitutivo dovesse considerarsi come regola di sistema, ovvero come mera eccezione alla regola, sempre ferma, della competenza assembleare. A livello pratico, tale questione comporta conseguentemente l'effetto che, qualora si consideri la nomina nell'atto costitutivo come eccezione, si finisca con l'ammettere che la nomina dei primi amministratori possa avvenire non solo nell'atto costitutivo, ma anche con atto successivo; al contrario, ritenendo che la nomina nell'atto costitutivo sia la regola, solo la stipula dello stesso ne costituisce sede competente.

Innanzitutto è opportuno affermare che la tesi dell' "eccezione" alla regola della competenza assembleare ha trovato numerosi avvall¹⁰. Infatti, antecedentemente la riforma del 2003, l'art. 2328, 1° co., n. 9 c.c. novellava unicamente come requisiti necessari dell'atto costitutivo «il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società». Solo in seguito alla riforma del diritto societario, il legislatore ha modificato l'art. 2328, 1° co., n. 11 c.c., statuendo espressamente che l'atto costitutivo debba contenere «la nomina dei primi amministratori e sindaci, ovvero dei componenti del consiglio di sorveglianza e, quando previsto, dei soggetti ai quali è demandato il controllo contabile». In forza di ciò, ne deriva che, ante riforma del 2003, sia stato lungo il dibattito circa la eccezionalità o meno della nomina dei primi amministratori nell'atto costitutivo.

In primo luogo, come sostenitore della tesi della eccezionalità, si rammenta Gustavo Minervini, il quale ritiene che la nomina dei primi amministratori non possa far parte dell'atto costituivo, né da un punto di vista funzionale (in quanto non vi è dubbio che ad essi non si applicano le regole proprie delle modificazioni dell'atto costitutivo e, conseguentemente, la revoca degli amministratori è di competenza dell'assemblea ordinaria), né dal punto di vista strutturale (in quanto la nomina ha natura di atto unilaterale ovvero di proposta contrattuale, ma in ogni caso non è un contratto, al contrario dell'atto costitutivo). Conseguentemente, tale Autore ritiene che la nomina

¹⁰ Sul punto v. C. CONFORTI, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Milano, 2007, p. 163 ss.