

LE SOCIETÀ COOPERATIVE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO: L'INVALIDITÀ DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI E IL VOTO SEGRETO

ROSSELLA SGAMBATI

Dottore di ricerca in Diritto Commerciale

**SOMMARIO: RESUMEN/ABSTRACT.- 1. INQUADRAMENTO.-
2. PROFILI PATOLOGICI DELLE DELIBERAZIONI ASSEMBLEARI
DI SOCIETÀ COOPERATIVE.- 3. COMPATIBILITÀ DEL VOTO
SEGRETO CON LA NOMINA DELLE CARICHE SOCIALI E CON LA
LEGITTIMAZIONE ALL'IMPUGNAZIONE.**

RESUMEN:

L'articolo ha ad oggetto l'analisi di due aspetti relativi alle società cooperative in forma di società per azioni: l'annullabilità delle delibere delle assemblee e l'ammissibilità del voto segreto.

Parole chiave: cooperative s.p.a., annullabilità delibere assembleari, voto segreto.

ABSTRACT:

This paper concerns the analysis of two aspects of the Italian cooperatives in the form of Joint Stock Company: disability of shareholder resolutions and admissibility of the secret vote.

Keywords: italians cooperative, disability of shareholder resolutions, secret vote.

JEL: K12

1. INQUADRAMENTO

Nell'ordinamento giuridico italiano analizzando la disciplina dedicata alle società cooperative in forma di società per azioni non si individua una norma dettata *ad hoc* per regolamentare i presupposti, le modalità e gli effetti dell'annullabilità delle delibere. Occorre comprendere se si tratti realmente di una lacuna, in considerazione del rinvio *ex art.* 2519, c. 1, c.c. secondo cui: «alle società cooperative, per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano se compatibili le disposizioni sulla società per azioni». Tra queste ultime rientra anche l'art. 2377 c.c., il quale dispone, tra l'altro, che: «le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale. L'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre; lo statuto può ridurre o escludere questo requisito. Per l'impugnazione delle deliberazioni delle assemblee speciali queste percentuali sono riferite al capitale rappresentato dalle azioni della categoria»

Pertanto, è parso interessante soffermarsi sulla compatibilità dell'art. 2377 c.c. e il sistema delle cooperative; essa consentirebbe di applicare l'art. 2377 c.c. dettato per le s.p.a. alle società cooperative in forma di società per azioni, prive di una disciplina specifica sul punto.

Quanto al voto segreto, la disamina, consapevole della tesi della dottrina maggioritaria, che rifiuta la cittadinanza del voto segreto nella disciplina delle società per azioni, si pone come finalità quella di verificare l'ammissibilità dello stesso nelle società mutualistiche in funzione della sua potenziale strumentalità rispetto all'attuazione dei principi cooperativi. In altri termini, si cercherà di comprendere se gli argomenti ostativi al ricorso a tale istituto nelle s.p.a. possano trovare collocazione anche nelle società cooperative in forma di società per azioni o se, diversamente, la riservatezza del voto possa svolgere un ruolo decisivo in un contesto dove il socio è "imprenditore di se stesso" e la compattezza e l'armonia della base sociale hanno un'importanza preminente. Una volta ammesso l'ingresso di tale modalità di esternazione del diritto di *voice* nelle società cooperative, sarà, poi, necessario, coordinare la segretezza con il dissenso di cui all'art. 2377 c.c. nel punto in cui quest'ultimo legittima l'impugnazione delle deliberazioni - prese non in conformità della legge o dello statuto - da parte non di qualsiasi socio, ma solo di quelli: «assenti, dissenzienti od astenuti».

2 PROFILI PATOLOGICI DELLE DELIBERAZIONI ASSEMBLEARI DI SOCIETÀ COOPERATIVE

Nel sistema giuridico italiano l'art. 2538 c.c., rubricato: «assemblea», tratta esclusivamente il diritto di voto e l'individuazione del *quorum* costitutivo e deliberativo¹. Pertanto, in relazione alle delibere assembleari² di società cooperative

¹ Il Legislatore, attraverso regole che facilitano l'esercizio del diritto di voto, ha disciplinato l'organizzazione dell'assemblea in modo da favorire la partecipazione dei soci cooperatori ai lavori assembleari, rendendoli azionisti meno deboli. Ciò si evince, tra l'altro, dalla possibilità di esprimere il voto per corrispondenza (cfr. art. 2538, u.c., c.c.). Sul punto, vedi: R.COSTI, *Il governo delle società cooperative: alcune annotazioni esegetiche*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 236.

² Per una panoramica sulla disciplina delle delibere assembleari delle società cooperative, vedi: A.BASSI, *L'impresa societaria con scopo mutualistico*, in *Manuale di diritto commerciale* a cura di V.Buonocore, Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 431 e ss.; E.CUSA, *Art. 2538*, in *Commentario alla riforma del diritto delle società*, a cura di Marchetti ed altri, Egea-Giuffrè, Milano, 2006, p. 299; G.BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 275; G.CAPO, *Fenomenologia cooperativa e processi decisionali*, in *Giur. comm.*, 2004; G.RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Trattato Diritto Commerciale*, diretto da Buonocore, Giappichelli, Torino, 2006, p. 126; F.VELLA, *La nuova disciplina dell'organo assembleare nelle società cooperative tra partecipazione*

in forma di società per azioni, ai sensi dell'art. 2519 c.c., deve chiamarsi in soccorso l'art. 2377 c.c., relativo all'annullabilità delle deliberazioni delle s.p.a.³

Ciò, come già prospettato, spinge l'interprete ad effettuare una valutazione in ordine alla compatibilità dell'art. 2377 c.c. con il sistema cooperativo, ossia sulla possibilità di applicare in sede di società mutualistica la disciplina prevista per una società lucrativa⁴.

Sul punto eventuali perplessità hanno ad oggetto non tanto le cause ed i presupposti contemplati nella norma destinataria del rinvio⁵, quanto la preclusione posta dal terzo comma della stessa, nella parte in cui legittima ad agire per l'annullamento solo i soci (assenti, dissenzienti o astenuti) che rappresentino, anche congiuntamente, una percentuale qualificata di capitale (l'uno per mille nelle s.p.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ed il cinque per cento nelle altre)⁶.

e democrazia, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet Giuridica, Torino, 2007, p. 949 e ss.; L.F.PAOLUCCI, *Le società cooperative*, Giuffrè, Milano, 1999; V.BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Il Mulino, Bologna, 1997.

³ Naturalmente la disciplina del procedimento decisionale risente della circostanza che la società cooperativa sia regolata - ex art. 2519 c.c. - dalle disposizioni in tema di s.r.l. o di s.p.a. Nel caso di specie la normativa di riferimento è rappresentata da quella delle s.p.a. su cui, pertanto, occorre soffermarsi. Sul punto, cfr.: E.CUSA, *Art. 2538, in Commentario alla riforma del diritto delle società*, a cura di Marchetti ed altri, Egea-Giuffrè, Milano, 2006, p. 307, il quale afferma che: «benché le società cooperative siano sottoposte ad un penetrante controllo amministrativo sulla loro gestione ai sensi dell'art. 2545 *quaterdecies* e ss. e d.lgs. 220/2002, i soci possono impugnare ex art. 2377 c.c. e ss. le deliberazioni assembleari (anche quelle di nomina degli amministratori e dei sindaci)».

⁴ È stato da molti evidenziato come la riforma del diritto societario abbia ampliato rispetto al passato l'applicabilità alla società cooperativa delle regole delle s.p.a. e della s.r.l. in ragione della conciliabilità delle stesse con i principi espressamente previsti dagli art. 2511 ss. c.c., tra gli altri, vedi: G.BONFANTE, *Art. 2538, in Il nuovo diritto societario. Commentario*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 2565.

⁵ In materia di impugnazione delle delibere il silenzio del legislatore cooperativo sembra dover autorizzare l'applicabilità, salvo alcuni correttivi, della disciplina prevista sul punto dalla s.p.a. o dalla s.r.l. (l'una o l'altra in base al modello di riferimento individuato ai sensi del primo o del secondo comma dell'art. 2519 c.c.). Per quanto riguarda le circostanze che possono giustificare l'impugnazione di una delibera assembleare, si ricorda che la riforma del diritto societario ha inciso particolarmente sulla disciplina dell'invalidità, fornendo agli operatori del diritto un impianto decisamente più definito, che consente di confermare, anche sotto questo profilo, l'autonomia della categoria del diritto societario rispetto a quelle «classiche» del diritto civile. Cfr., F.CHIAPPETTA, *Art. 2377 c.c., in Commentario alla riforma del diritto delle società*, a cura di Marchetti ed altri, Egea-Giuffrè, Milano, 2008, p. 261.

⁶ L'art. 2377 c.c., nella sua formulazione *post* riforma del diritto societario del 2003 prevede due requisiti che limitano notevolmente l'accesso all'impugnazione delle delibere assembleari: la titolarità di azioni che attribuiscono il diritto di voto con riferimento alla deliberazione, corredata dal possesso di una partecipazione qualificata al capitale sociale. Tale disposizione, inoltre, riconosce ai soci che non rappresentano la parte di capitale sociale richiesta il diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della delibera alla legge o allo

È stato osservato che un simile vincolo sarebbe del tutto inconciliabile con il principio di parità di trattamento che governa la disciplina delle società mutualistiche e la cui rilevanza si deduce, a ben vedere, non solo dall'interpretazione dell'impianto normativo, ma anche dal testo della legge⁷. Tale regola, infatti, in materia di società cooperative viene sancita in modo esplicito, diversamente da quanto accade in qualsiasi altro settore del diritto civile. Ciò dimostra la rilevanza che il legislatore ha attribuito in ambito mutualistico alla parità di trattamento, a sua volta espressione del principio di democraticità⁸. Di tal che, sembrerebbe logico porre tutti i soci sul medesimo piano e concedere a ciascuno degli stessi lo spazio per invalidare le delibere assembleari, piuttosto che ancorare la tutela dei soci cooperatori all'azione di una minoranza qualificata. Una soluzione coerente con il sistema cooperativo non potrebbe, dunque, essere quella seguita per la società per azioni dall'art. 2377, comma 3, c.c.⁹

Per verificare la sostenibilità della suesposta conclusione sembra opportuno effettuare delle considerazioni sul piano sistematico.

statuto. La *ratio* della disciplina è stata individuata nella volontà di rafforzare la stabilità delle deliberazioni dei soci, al fine di attuare quanto prescritto dalla relazione al decreto concernente la riforma organica delle società di capitali e cooperative: sul punto cfr. M.SARALE, *Il nuovo volto dell'assemblea sociale*, in AA.VV., *La riforma delle società*, a cura di Ambrosini, Giappichelli, Torino, 2003, p. 54; *contra*: A.NIGRO, *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 38 e ss., secondo il quale la giustificazione della norma consiste (al massimo) nel tentativo di scongiurare azioni di disturbo.

⁷ Cfr. art. 2516 c.c. Sul punto: Tribunale di Salerno, sentenza 28 ottobre 2008, in *Dir. Fall.*, 2010, p. 447 ss.

⁸ Il concetto di parità di trattamento in ambito giuridico non va inteso nel senso di parità assoluta. L'ipotesi del voto *pro capite* è una manifestazione eccezionale di tale principio. Di regola in esso deve ricomprendersi anche la proporzionalità, che ha una delle sue espressioni nell'art. 2351 c.c. nella parte in cui assegna un voto per ogni azione posseduta, cfr. PRESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in Persona e comunità, Il Mulino, Bologna, 1966, p. 376 e ss.; G.PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Cedam, Padova, 1970, p. 5 e ss. secondo cui: «l'uguaglianza e la proporzionalità sono due modi di essere della giustizia e quindi del contenuto delle norme giuridiche»; sul tema, vedi: V.BUONOCORE, *Rapporto mutualistico e parità di trattamento*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet Giuridica, Torino, p. 581 e ss.; con riguardo alle società per azioni, vedi: G.D'ATTORRE, *Il principio di uguaglianza tra soci nelle società per azioni*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2007. Ad ogni modo, va osservato che nella società per azioni, alla luce delle recenti riforme che hanno interessato l'art. 2351 c.c., ad opera della l. n. 116/2014, sono state apportate delle innovazioni - ulteriori rispetto a quelle introdotte con la riforma del diritto societario del 2003 - al principio di stretta proporzionalità tra azione e diritto di voto, come si evince dalla possibilità dello statuto di prevedere la creazione di azioni con diritto di voto plurimo. Per quanto riguarda le società cooperative, comunque, il principio si atteggia in entrambe le sue accezioni: quella di uguaglianza matematica in relazione al voto *pro capite*, ai sensi dell'art. 2538, c. 2, c.c. e quella di proporzionalità in ordine alla costituzione ed alla esecuzione dei rapporti mutualistici, a mente dell'art. 2516 c.c.

⁹ L'art. 2377, c. 3, c.c., dispone che: «l'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino,

Appare evidente che carattere distintivo delle società cooperative sia il ruolo centrale riservato alla persona del socio. Il reticolo normativo contiene vari spunti al riguardo. Basti pensare al grado di coinvolgimento nelle decisioni volte all'attuazione dello scopo mutualistico¹⁰ e, dunque, alla competenza dell'assemblea in ordine: 1) all'eventuale approvazione dei regolamenti, ove non costituiscano parte integrante dell'atto costitutivo, contenenti le modalità di svolgimento degli scambi mutualistici (art. 2521, c. 5, c.c.); 2) all'assunzione delle decisioni sui reclami proposti contro il mancato accoglimento della domanda di ammissione di aspiranti soci (art. 2528, c. 4, c.c.); 3) all'attribuzione dei ristorni (art. 2545 *sexies* c.c.). Non solo, nelle società cooperative, ai sensi dell'art. 2533 c.c., è ammessa l'esclusione del socio - istituto tipico delle società dove assumono importanza le caratteristiche personali dei propri membri - e in forza dell'art. 2534 c.c., in caso di morte del socio nella massa ereditaria non cade la partecipazione - con conseguente subingresso degli eredi, terzi estranei - ma il diritto di credito alla liquidazione della quota o al rimborso delle azioni secondo le disposizioni dell'art. 2535 c.c.¹¹ Naturalmente, però, il dato da cui si desume espressamente il rilievo del socio è il voto capitaro di cui all'art. 2538, c. 2, c.c.¹²: modalità di manifestazione del diritto di *voice*, che rappresenta una delle caratteristiche principali della società mutualistica¹³ ed è idonea a differenziare il tipo sociale di cui agli artt. 2511 e ss. dalla società per azioni, dove, salvo diversa previsione statutaria, il diritto di voto è proporzionato al numero dei titoli detenuti¹⁴.

anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ed il cinque per cento nelle altre».

¹⁰ R.COSTI, *Il governo delle società cooperative: alcune annotazioni esegetiche*, in *Giur. Comm.*, I, 2003, p. 241 e ss..

¹¹ L'esclusione del socio, infatti, è prevista nelle società di persone ai sensi dell'art. 2286 c.c. e, a seguito della riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) anche nella s.r.l. ex art. 2473 *bis* c.c. (a dimostrazione del ruolo preminente che è stato riservato al socio di s.r.l. dal riformatore. In dottrina, infatti, le s.r.l. sono state definite "società di persone a responsabilità limitata", sul punto cfr.: RSPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 489. Nelle società per azioni, viceversa, non è ammessa l'esclusione del socio ed in caso di morte le azioni sono liberamente trasferibili, salvo eventuali limiti alla circolazione ai sensi dell'art. 2355 *bis* c.c., proprio perché al centro del sistema normativo è posta l'azione e non il socio.

¹² Ai sensi dell'art. 2538, c.c., nelle società cooperative il peso di ciascun socio cooperatore in assemblea è svincolato dal *quantum* della propria partecipazione sociale, perché vige la regola «una testa-un voto». Solo ai soci persone giuridiche possono essere attribuiti più voti, ma non oltre cinque, in relazione all'ammontare della quota oppure al numero dei loro membri. Nelle cooperative in cui i soci realizzano lo scopo mutualistico attraverso l'integrazione delle rispettive imprese o di talune fasi di esse, è possibile che l'atto costitutivo disponga che il diritto di

Quanto fin qui esaminato, dunque, dimostra il peculiare ruolo riconosciuto al socio nelle società cooperative¹⁵ e come, presumibilmente, non sarebbe coerente ancorare la legittimazione ad impugnare le delibere assembleari al possesso da parte dei soci di un *quorum* qualificato di capitale sociale. Mancherebbe, infatti, secondo questa ricostruzione, la compatibilità tra l'art. 2377, c.3, c.c. e il sistema corporativo richiesta dall'art. 2519 c.c. per l'applicazione della disciplina delle s.p.a. in sede di società cooperative.

Occorre tener presente, poi, ulteriori differenze. Le società lucrative si diversificano da quelle cooperative per lo scopo fine: lucrative nelle prime, volte a produrre utili da distribuire ai soci; mutualistico nelle seconde, destinate a fornire ai propri membri beni o servizi o occasioni di lavoro a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero sul mercato¹⁶.

Inoltre, nelle s.p.a. le azioni – e non i soci – sono poste al centro del sistema e la partecipazione al capitale del singolo componente funge da criterio misuratore dei diritti sociali allo stesso spettanti. La previsione dell'art. 2377, c. 3, c.c., che subordina la proposizione dell'azione volta ad una pronuncia giudiziaria di caducazione delle delibere assembleari al possesso di una determinata quota del capitale sociale, appare, perciò, perfettamente coerente con il contesto normativo.

Le cooperative, invece, sono società a capitale variabile che nascono ed operano sulla base degli obiettivi stabiliti dai soci e svolgono una funzione sociale *ex art. 45 Cost.* È per questo che il legislatore riserva a ciascun socio un ruolo determinante nella creazione della *voluntas* della società, prescrive un numero

voto sia attribuito in ragione della partecipazione allo scambio mutualistico. Si osserva che la disciplina in tema di voto plurimo, forse, oggi va rivisitata alla luce della l. 11 agosto 2014, n. 116, che ha introdotto il voto plurimo nelle s.p.a. ad ogni modo, giova sottolineare che nelle società cooperative già vi era un'anticipazione di ciò che il legislatore ha recentemente previsto nelle s.p.a. chiuse e che si differenzia dal meccanismo di maggioranza del voto, contemplato per gli emittenti quotati. Sul punto, cfr.: A.BUSANI-M.SAGLIOCCA, *Le azioni non si contano, ma si "pesano": superato il principio one share one vote*, in *Le Società*, 2014, p. 1048.

¹⁵ *Ex multis*, F.GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 475 e ss.; G.F.CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2015, p. 587; A.BASSI, *L'impresa societaria con scopo mutualistico*, in *Manuale di diritto commerciale* a cura di V.Buonocore, Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 431 e ss.

¹⁴ Cfr. art. 2351 c.c. così come modificato dalla l. 24 giugno 2014, n. 116.

¹⁵ E in armonia con i principi di uguaglianza e di democraticità che governano la disciplina di tale schema organizzativo.

¹⁶ Le società cooperative e quelle lucrative, infatti, condividono esclusivamente lo scopo-mezzo, ossia l'esercizio in comune di una determinata attività economica. Cfr. G.F.CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2015, p. 336.

minimo di partecipanti¹⁷ - tale da garantire la pluralità di scambi tra la società - e richiede dei requisiti soggettivi - volti ad assicurare che i cooperatori svolgano una attività coerente con quella che costituisce l'oggetto sociale e con lo scopo mutualistico¹⁸.

Ecco che escludere la trasposizione in ambito cooperativo del limite di accesso individuale alla tutela processuale presente nelle s.p.a. non appare del tutto peregrino. Ciò non solo per le diversità esaminate, ma presumibilmente perché negare al socio di agire individualmente per l'elisione della delibera potrebbe risultare in contrasto con il riconoscimento del voto capitario¹⁹. Non si disconosce, infatti, che il potere del socio di reagire autonomamente ad una delibera assembleare viziata integra la manifestazione più evidente del diritto di partecipare alla formazione della volontà sociale rimessa al singolo *ex art.* 2538, c. 2, c.c. e garantita all'intera compagine dall'art. 2516 c.c. per parità di trattamento.

Ciò nonostante, la ricostruzione testé esaminata non sembra condivisibile né per la pretesa violazione della parità di trattamento né per l'incompatibilità del

¹⁷ L'art. 2522 c.c. prescrive un numero minimo di soci per la costituzione di una società cooperativa. La dottrina prevalente ritiene che la norma si riferisca esclusivamente ai soci cooperatori, perché è la loro presenza a giustificare il ricorso al tipo mutualistico e alle agevolazioni ad esso correlate. I soci sovventori ben possono affiancarsi a quelli cooperatori, l'esistenza di questi ultimi, però, è imprescindibile per non fuoriuscire dal perimetro mutualistico ed entrare in quello delle società lucrative. Una compagine di soli soci finanziatori, infatti, ben si addice al tipo s.p.a. (s.a.p.a. e volendo s.r.l.), ma non a quello di cui agli artt. 2511 e ss. c.c., che, altrimenti, sarebbe strumentalizzato al fine di camuffare imprese speculative. Cfr. A.BARTALENA, in *Commentario alla riforma del diritto delle società*, a cura di Marchetti ed altri, Egea-Giuffrè, Milano, 2008, p. 161 e ss.; G.BONFANTE, *Art. 2522, Il nuovo diritto societario. Comm.* diretto da G.Cottino, G.Bonfante, O.Cagnasso, III, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 2453; P.MARANO, *Numero minimo di soci nella cooperativa ed applicazione della disciplina su s.p.a. o s.r.l.*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet Giuridica, Torino, 2007, p. 735 e ss., osserva che: «la ragione di un siffatto intervento si è ravvisata nell'esigenza di impedire, o almeno di contenere, il fenomeno della costituzione di cooperative al solo scopo di trarre profitto».

¹⁸ E.TONELLI, *Art. 2527*, in *La riforma delle società*, a cura di M.Sandulli e V.Santoro, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 96 e ss.; G.TATARANO, *L'impresa cooperativa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo* diretto da L.Mengoni, Giuffrè, Milano, 2002; M.C.TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo* diretto da L.Mengoni e continuato da P.Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2011.

¹⁹ L'inapplicabilità dell'art. 2377, c. 3, c.c. alle società cooperative in forma di società per azioni è stata sostenuta dal Tribunale di Salerno, sentenza del 28 ottobre 2008, in *Dir. Fall.*, 2010, p. 447, secondo cui: «l'attribuzione a ciascun socio cooperatore di un voto in assemblea, qualunque sia il valore della sua quota o il numero delle azioni possedute, implica necessariamente anche la legittimazione di ciascun socio ad impugnare la deliberazione assembleare (...) l'art. 2377, c. 3, c.c., deve ritenersi incompatibile con i principi volti ad attribuire rilevanza alla persona del socio e alla organizzazione democratica delle società cooperative».

quorum contemplato dall'art. 2377, c. 3, c.c. con il ruolo centrale del socio di cooperativa. Questa tesi si espone ad alcune critiche che depongono a favore di quella opposta sostenuta da parte della dottrina²⁰.

Infatti, è vero che nel diritto della cooperazione è prescritta la parità di trattamento, però essa riguarda non tanto lo svolgimento dei rapporti societari, ma l'attuazione dello scambio mutualistico, cioè, solo i rapporti che la società instaura con i soci nell'esercizio dell'attività economica mutualistica di cui all'art. 2512 c.c., il che varrebbe a inficiare il fondamento teorico della postulata incompatibilità.

Nelle società cooperative il socio è parte di due distinti rapporti: uno di carattere associativo, che trova fonte nell'adesione al contratto sociale e comporta l'acquisizione della qualità di socio; l'altro che deriva dal contratto bilaterale di scambio e giustifica l'appropriazione dei beni e dei servizi resi dall'ente²¹. In altri termini, il rapporto sociale rappresenta il veicolo che rende possibile la relazione ulteriore e distinta propria del tipo mutualistico, ossia lo scambio, con cui si attua concretamente la causa del contratto di società cooperativa²².

La loro presenza si deduce da numerose norme: 1) l'art. 2521, c. 5, c.c. nella parte in cui stabilisce che: «i rapporti tra società e soci possono essere disciplinati da regolamenti che determinano i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica tra la società e i soci»; 2) l'art. 2532, c. 3, c.c. secondo cui: «il recesso ha effetto per quanto riguarda il rapporto sociale dalla comunicazione del provvedimento di accoglimento della domanda e, ove la legge o l'atto costitutivo non preveda diversamente, per i rapporti mutualistici tra socio e società il recesso ha effetto con la chiusura dell'esercizio in corso, se comunicato tre mesi prima e, in caso contrario, con la chiusura dell'esercizio successivo»; 3) l'art. 2533, c. 4, c.c. per il quale: «qualora l'atto costitutivo non preveda diversamente, lo scioglimento del rapporto sociale determina anche la risoluzione dei rapporti mutualistici pendenti»; etc.²³

²⁰ In dottrina, *ex multis*, vedi: G.BONFANTE, *Art. 2538*, in *Il nuovo diritto societario*, Comm. diretto da G.Cottino, G.Bonfante, O.Cagnasso, III, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 2566; C.GANDINI, *Art. 2538*, in *Commentario delle società*, a cura di G.Grippio, Utet giuridica, Torino, 2009, p. 1449.

²¹ Cass., 16 aprile 2003, n. 6016, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 384 e ss., con nota adesiva di V.Buonocore, *Rapporto sociale e rapporto mutualistico: una distinzione ineludibile*; Cass., 23 marzo 2004, n. 5724; Cass., 2 aprile 2004, n. 6510.

²² Sulla ammissibilità della causa del contratto di scambio a quella della compravendita, cfr. Cass., 16 aprile 2003, n. 6016, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 384 e ss., con nota adesiva di V.Buonocore, *Rapporto sociale e rapporto mutualistico: una distinzione ineludibile*.

²³ Altri addentellati normativi della distinzione tra rapporto mutualistico e rapporto sociale si

A ben vedere, l'art. 2516 c.c. nel postulare la parità di trattamento fa riferimento esclusivamente «alla costituzione ed alla esecuzione del rapporto mutualistico»²⁴ e non a quello sociale, per il quale, anzi, con la riforma del 2003 sono state introdotte norme che sembrano recepire la regola opposta, in quanto autorizzano possibili disparità²⁵.

Dunque, non risulta congruo affermare l'incompatibilità dell'art. 2377, c. 3, c.c. con il sistema cooperativo sulla base di una presunta violazione dell'art. 2516 c.c. avallata, viceversa, dal primo orientamento dottrinale esaminato, che non tiene conto, evidentemente, del dato letterale della norma nonché delle regole che generalmente attengono ad un rapporto sociale.

Nel momento in cui un soggetto sceglie di svolgere l'attività imprenditoriale in comune (scopo mezzo presente anche nelle società cooperative) accetta indirettamente la prevalenza dell'interesse sociale su quello individuale²⁶. Quest'ultimo si traduce, tra l'altro, nella duplice esigenza di stabilità del *deliberatum* e di scongiurare una paralisi della società, alla luce del principio di conservazione dell'iniziativa economica promossa dall'art. 41 Cost. Pertanto, deve ritenersi legittimo riconoscere il potere di impugnazione ad una minoranza qualificata. Il socio, comunque, nel caso di specie, non resterebbe privo di tutela, perché ai sensi dell'art. 2377, c. 4, c.c. potrà agire per ottenere il risarcimento del danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto²⁷.

Ad una attenta valutazione, l'azione di annullamento si caratterizza proprio per il suo aspetto sociale ed esso ha come corollario la previsione di limiti all'impugnativa delle delibere assembleari²⁸. Viceversa, l'attribuzione a ciascun

rinvengono negli artt. 2538, c. 4, e 2545 *sexies*, c. 2, c.c. nonché nella diversa forma di remunerazione rappresentata dai ristorni, nel primo, ai sensi dell' art. 2545 *sexies*, c. 1, c.c. e dagli utili, nel secondo, *ex art.* 2545 c.c.

²⁴ L'esecuzione del rapporto mutualistico si attua sia nel momento della stipulazione del contratto di scambio mutualistico, ad esempio nella fissazione del prezzo, sia in quello di fruizione della prestazione mutualistica da parte del socio.

²⁵ VBUONOCORE, *Rapporto mutualistico e parità di trattamento*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet giuridica, Torino, 2007, p. 590.

²⁶ Sul concetto giuridico di interesse sociale e la contrapposizione tra teorie istituzionaliste e teorie contrattualiste, nelle società per azioni, vedi: R. ROSAPEPE, *L'esclusione del diritto di opzione degli azionisti*, in *Quaderni di giur. comm.*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 27 e ss.; P.G. JAEGER, *Interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, Giuffrè, 2010.

²⁷ La degradazione della tutela dell'azionista da "reale" ad obbligatoria è stata la scelta del legislatore anche in altri contesti. L'art. 2504 *quater* c.c., dettato in tema di fusione e applicabile anche in sede di scissione in virtù del richiamo di cui all'art. 2506 *ter*, c. 5, c.c. preclude la possibilità di far pronunciare l'invalidità dell'atto di fusione una volta che sono state eseguite le relative iscrizioni e fa salvo il diritto al risarcimento eventualmente spettante ai soci.

componente del potere di agire rischierebbe di incidere sfavorevolmente sull'efficienza decisionale della società e, conseguentemente, sulla realizzazione dei vantaggi mutualistici posti alla base delle cooperative stesse.

Né potrebbe sostenersi la mancanza in sede di società cooperative di un superiore interesse sociale. La sua presenza, difatti, viene chiaramente dimostrata dalla portata dell'art. 2524, c. 4, c.c. nella parte in cui tollera l'esclusione e la limitazione del diritto di opzione del socio in virtù di un'autorizzazione dall'assemblea rilasciata su proposta motivata degli amministratori²⁹.

Per quanto riguarda, invece, l'asserito contrasto con il voto capitario ed il ruolo centrale detenuto dal socio di cooperativa, il ragionamento muove da una non corretta sovrapposizione di piani: mentre il voto capitario è strumentale alla partecipazione del socio alle decisioni sociali e, dunque, alla gestione della cooperativa, il *quorum* fissato dall'art. 2377, c. 3, c.c. costituisce un filtro ed un limite al solo esercizio della tutela giurisdizionale del socio.

I limiti della legittimazione all'impugnativa delle delibere assembleari non riguardano il momento in cui vengono compiute le scelte relative al futuro della società, ma quello successivo relativo alla tutela in sede giurisdizionale delle decisioni assunte.

La portata dell'art. 2538, c. 2, c.c. e il suo riferimento al criterio *pro capite* non implica che esso debba essere applicato in un procedimento che non porta alla rivalutazione nel merito delle scelte compiute dall'assemblea in funzione di una diversa volontà, ma tende alla legalità dell'azione sociale in sé considerata³⁰.

²⁸ Sul punto vedi: V.ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E.Colombo, G.B.Portale, 3, 1, Utet, Torino, p. 1993, p. 270, secondo il quale l'impugnativa delle delibere assembleari è una forma di tutela funzionale ad un interesse ulteriore e trascendente quello individuale del socio; D.SPAGNUOLO, *Art. 2377 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M.Sandulli e V.Santoro, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 348, da un lato, precisa che la presenza delle quota di capitale individuata dalla norma deve essere verificata non al momento della presentazione della domanda, ma alla scadenza del termine per l'impugnativa delle deliberazioni; dall'altro, l'A. evidenzia che l'impugnativa può essere proposta sia con un unico atto di citazione, da tanti soci che rappresentino la quota di capitale sociale richiesta, sia da un singolo socio, anche se titolare di una quota minore. In tale ultimo caso, la richiesta va condizionata alla proposizione della medesima domanda da parte di tanti soci tali da raggiungere complessivamente il *quorum* prescritto. Nello stesso senso, vedi: R.LENER, *Art. 2377*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G.Niccolini e A.Stagno D'alcontres, Jovene editore, Napoli, 2004, p. 551.

²⁹ C.MONTAGNANI, *Art. 2524*, in *La riforma delle società*, a cura di M.Sandulli e V.Santoro, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 82., secondo la quale la scelta del riformatore in materia di opzione è «coerente con la stagione della ricapitalizzazione, ma contraddittoria rispetto alla conclamata valorizzazione del principio della porta aperta, nel quale si è individuato, non un

Va, altresì, messo in luce che la regola della unicità del voto, sebbene rappresenti un tratto distintivo delle società cooperative rispetto a quelle lucrative, sconta numerose eccezioni. In particolare, l'atto costitutivo può attribuire più voti – non oltre cinque – ai soci cooperatori persone giuridiche «in relazione all'ammontare della quota oppure al numero dei loro membri» (art. 2538, c. 3, c.c.) e - nelle cooperative in cui i soci realizzano lo scopo mutualistico attraverso l'integrazione delle rispettive imprese o di talune fasi di esse³¹ – può prevedere che il diritto di voto sia determinato «in ragione della partecipazione allo scambio mutualistico».

Tali deroghe denotano che il voto capitaro non è un elemento indefettibile delle società mutualistiche³², di conseguenza, non può costituire l'argomentazione su cui fondare l'incompatibilità dell'art. 2377, c. 3, c.c.

Da quanto esposto si può desumere con sufficiente certezza che la preclusione di cui all'art. 2377, c. 3, c.c. trova una propria giustificazione anche nel sistema cooperativo in virtù della necessità di tutelare l'interesse della società mediante la stabilità alle decisioni formatesi in seno all'assemblea. Di conseguenza, tale disposizione ben può applicarsi anche in sede di società cooperative in forma di s.p.a.

La conclusione raggiunta si sposa, inoltre, anche con una visione sistematica. La richiesta di un *quorum* appare compatibile con il quadro normativo, giacché l'ordinamento delle cooperative presenta altre limitazioni all'esercizio dei diritti del socio. Il riferimento è ai poteri di ispezione dei libri sociali e di denuncia di gravi irregolarità.

L'esame del libro delle adunanze, delle deliberazioni del consiglio di amministrazione e di quelle del comitato esecutivo è rimesso ai sensi dell'art. 2545 *bis*

mero ostacolo, ma il momento di emersione dell'inconciliabilità dei valori che opzione e porta aperta esprimono: esclusività il primo, solidarietà, nel senso di diffusione eteronoma dei benefici conseguenti all'esercizio dell'impresa, l'altro».

³⁰ L.REALI, La controversa applicabilità dei *quorum* di legittimazione di cui all'art. 2377, c. 3, c.c. alle impugnazioni delle delibere assembleari delle cooperative, in *Dir. Fall.*, 2010, p. 458.

³¹ C.d. cooperative consortili, cfr. C.GANDINI, *Art. 2538*, in *Commentario delle società*, a cura di G.Grippio, Utet giuridica, Torino, 2009, p. 1443 e ss.

³² In ordine al voto plurimo può osservarsi che le regole dell'art. 2538 c.c. sono dettate solo per il socio cooperatore. La dottrina, pertanto, aveva escluso l'attribuzione del voto plurimo ai soci sovventori. Ciò in quanto, in assenza di una specifica norma anche per tale ultima categoria di soci, veniva applicato l'art. 2351, c. 4, c.c. che vietava l'emissione di azioni a voto plurimo. Oggi, alla luce della l. 11 agosto 2014, n. 116, probabilmente il voto plurimo (nel limite di tre voti per ciascun socio) deve essere riconosciuto anche ai soci sovventori della coop-s.p.a. così come agli azionisti di s.p.a.

c.c. all'istanza di un decimo del numero complessivo dei soci o di un ventesimo quando questi ultimi sono più di tremila.

L'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c., viceversa, subordina la denuncia al tribunale dei fatti previsti dall'art. 2409 c.c. al possesso del decimo del capitale sociale o all'azione di un decimo complessivo dei soci o di un ventesimo per le cooperative con più di tremila componenti.

Quanto esaminato dimostra che i percorsi motivazionali su cui si fonda la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 2377, c. 3, c.c. alle società cooperative non sono convincenti, piuttosto, la prospettiva da cui è stata affrontata la problematica spinge verso conclusioni diametralmente opposte che portano all'ammissibilità del rinvio all'art. 2377, c. 3, c.c.³³

Ciò posto, in ossequio al principio personalistico che ispira la disciplina delle società cooperative, sembra opportuno prevedere un correttivo alla trasposizione *tout court* dell'art. 2377, c. 3, c.c.: riferire il *quorum* al numero complessivo dei soci e non al capitale partecipato.

Parte della dottrina suggerisce tale adattamento in considerazione dell'art. 2538 c.c., il quale, dopo aver affermato che a ciascun socio cooperatore spetta un voto, precisa che anche le maggioranze richieste dal contratto sociale per la costituzione dell'assemblea e l'adozione delle delibere sono calcolate secondo il numero dei voti spettanti ai soci e, dunque, in considerazione del numero dei soci stessi³⁴. Seguire un medesimo criterio consente di mantenere una perfetta simmetria tra i calcoli dei *quorum* costitutivo e deliberativo e quello ai fini della impugnazione.

³³ Ulteriore riferimento normativo a sostegno della compatibilità dell'art. 2377, c.3, c.c. con il sistema cooperativo è rappresentato dal richiamo testuale che l'art. 2540 c.c. fa al medesimo 2377 in materia di assemblee separate. Esse rappresentano un istituto peculiare del modello societario cooperativo, in cui la volontà sociale può formarsi in due fasi successive. In particolare, le deliberazioni delle assemblee separate hanno una funzione strumentale alla formazione dell'atto unitario e vincolante per tutti i soci, che si identifica nella deliberazione dell'assemblea generale. L'art. 2540 c.c., al comma quinto, prevede che le deliberazioni della assemblea generale possono essere impugnate «ai sensi dell'art. 2377 c.c.» - anche dai soci assenti e dissenzienti nelle assemblee separate nell'ipotesi in cui, non computando i voti espressi dai delegati delle assemblee separate irregolarmente tenute, verrebbe meno la maggioranza richiesta per la validità della deliberazione - e, al comma sesto, aggiunge che le delibere delle assemblee separate non possono essere impugnate autonomamente. Sul punto, cfr. L.F.PAOLUCCI, *Codice delle cooperative*, Utet giuridica, Torino, 2005, p. 117 e ss.

³⁴ G.BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 275; G.CAPO, *Fenomenologia cooperativa e processi decisionali*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 2566

Tale approccio metodologico appare, altresì, coerente con quanto accade in materia di società per azioni dove, sebbene il parametro sia diverso, vi è perfetta corrispondenza tra le basi di calcolo di cui all'art. 2368 c.c. e all'art. 2377, c. 3, c.c., rappresentate in entrambi i casi dalla partecipazione al capitale. Dunque, anche nell'ordinamento delle cooperative sarebbe opportuno individuare un metodo unitario.

Non si ignora che tale tesi potrebbe esporsi ad alcune critiche. A ben vedere, infatti, un'applicazione limitata di una disposizione di s.p.a. alle società cooperative in forma di società per azioni, nella specie dell'art. 2377 c.c., dovrebbe giustificarsi, ai sensi dell'art. 2519 c.c., ossia alla luce di una incompatibilità con l'impianto normativo delle società cooperative. Il che, nel caso di specie, potrebbe non sussistere pienamente. È stato esaminato, infatti, che il diritto di voto dei soci cooperatori persone giuridiche può essere determinato sulla base dell'ammontare della quota a dimostrazione della ammissibilità del principio di proporzionalità anche nel tipo sociale mutualistico, oltre che in quello lucrativo. Per queste ragioni, nelle società mutualistiche troverebbe cittadinanza tale termine di raffronto.

Ciò nonostante, si propende, comunque, per una rivisitazione della base di calcolo del *quorum* di cui all'art. 2377, c. 3, c.c. volta a sostenere un'applicazione mitigata dell'art. 2377 c.c. dettato in materia di s.p.a. all'impugnazione delle delibere assembleari di società cooperative in forma di società per azioni.

La soluzione prospettata appare convincente sulla scorta di un diverso e più incisivo rilievo: la qualificazione dell'impugnazione delle delibere assembleari quale strumento a tutela della minoranza. Rientrando in tale ambito, esso deve essere trattato alla stregua degli altri istituti del medesimo *genus*, il cui esercizio è espressamente ancorato al numero dei soci agenti³⁵. Basti pensare all'esame

³⁵ E.CUSA, *L'assemblea nel nuovo diritto cooperativo*, in Riv. Coop., 2004, 71.

³⁶ L'art. 135 del T.U.F. dispone che: «per le società cooperative le percentuali di capitali individuate nel codice civile e nel presente decreto per l'esercizio di diritti da parte dei soci sono riportate al numero complessivo dei soci stessi». La norma è stata dapprima sostituita dall'art. 3 del d.lgs. n. 37 del 6.2.2004, poi dall'art. 3 del d.lgs. n. 27 del 27.1.2010. e infine modificata dall'art. 3 del d.lgs. n. 91 del 18.6.2012 che dopo le parole: «individuate nel codice civile» ha inserito le parole: «e nel presente decreto».

³⁷ In particolare, la variabilità del capitale si sposa perfettamente con il calcolo del *quorum* parametrato al numero dei soci. In argomento, vedi: S.MAGGI, *Il coordinamento della riforma del diritto societario con i testi unici della banca e della finanza*, a cura di F.Maimeri, Giuffrè, Milano, 2006, p. 449.

³⁸ Appare, poi, interessante ricordare che l'art. 30 TUB prevede l'inderogabilità del voto capitario, quindi, anche incrementando la propria partecipazione il socio non aumenta l'incidenza sul

del libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo, se esiste, regolato dall'art. 2545 *bis* c.c.

La ricostruzione trova, altresì, un importante e decisivo riscontro nel testo unico dell'intermediazione finanziaria.

L'art. 135 t.u.f. ai fini dell'esercizio dei diritti dei soci converte il parametro della partecipazione al capitale in quello del numero complessivo dei membri³⁶. Il dato, tra l'altro, appare coerente con i principi della variabilità del capitale e con quello democratico che permeano lo statuto delle società di cui agli artt. 2511 e ss. c.c.³⁷

La norma prova inconfutabilmente come per il Legislatore nelle società mutualistiche il numero dei soci sia idoneo a rappresentare il termine di raffronto per il calcolo dei *quorum*. Essa è dettata in materia di soggetti quotati sotto forma di società cooperative, ossia, sostanzialmente, per le banche popolari e la Società Cattolica di Assicurazioni³⁸. È stato osservato, però, che la sua formulazione è scevra di riferimenti alle banche popolari proprio perché il Legislatore voleva rivolgersi al mondo delle cooperative in genere³⁹.

3. COMPATIBILITÀ DEL VOTO SEGRETO CON LA NOMINA DELLE CARICHE SOCIALI E CON LA LEGITTIMAZIONE ALL'IMPUGNAZIONE

Altro aspetto interessante attiene alla conciliabilità dell'onere di esternazione del dissenso prescritto dall'art. 2377 c.c. ai fini della legittimazione all'impugnazione della deliberazione con il voto segreto adottato nelle società cooperative per la nomina delle cariche sociali⁴⁰.

numero dei voti che si possono esercitare in assemblea. Nelle cooperative quotate, pertanto, due sono i rimedi percorribili da parte dei soci che ritengano viziata una delibera: 1. esercitare il c.d. voto con i piedi (diritto di exit); 2. procedere alla impugnazione della delibera ai sensi dell'art. 2377 c.c., ossia in presenza di una percentuale dell'uno per mille dei soci iscritti nel libro soci da almeno novanta giorni. Sul punto, cfr.: A.CAMELLINI, *sub art. 135*, in *Commentario TUF*, a cura di F. Vella, Giappichelli editore, Torino, 2012, p. 1456 e ss.

³⁹ M.NOTARI, *Commento all'art. 135*, in *La disciplina delle società quotate nel Tuf.*, Commentario Marchetti-Bianchi, Giuffrè, Milano, 1999, p. 1233, secondo cui: «la norma può essere intesa come uno dei punti di emersione di una regola di carattere sistematico, propria di tutta la disciplina delle società cooperative»; G.BONEFANTE, *art. 135*, in *Il testo unico della finanza*, M.Fratini-G.Gasparri, Utet, Torino, 2012, p. 1824.

⁴⁰ Il problema dell'ammissibilità del voto segreto nelle società cooperative è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina e di contrastanti pronunce giurisprudenziali, cfr. *ex multis*: L.SALVATORE, *Voto segreto e banche di credito cooperativo*, in *Contr. imp.*, 2001, p. 821; Tribunale di Bologna, sentenza 11 gennaio 2000, in *Società*, 2000, 217 ss.; Tribunale di Genova, sentenza

Le argomentazioni ostative alla previsione del voto segreto per la nomina delle cariche sociali generalmente sostenute in materia di s.p.a. sembrano destinate a cadere in sede di società cooperative in forma di società per azioni⁴¹.

Occorre preliminarmente osservare che all'interno del mondo delle cooperative - e non di quello capitalistico - è stata sempre avvertita l'esigenza di garantire ai soci una votazione libera e incondizionata⁴². Tale premessa è utile al fine di chiarire sin da subito che il riferimento allo specifico sistema dedicato alle cooperative non è privo di conseguenze. In particolare, nelle banche di credito cooperativo la democrazia sostanziale è salvaguardata quando vi è una reale partecipazione dei soci alla vita sociale, e, dunque, all'assemblea; il che viene incentivato dalla possibilità di esercizio del voto in forma segreta⁴³.

Nelle società per azioni gli elementi addotti contro il voto segreto sono stati individuati nella portata di alcuni indici normativi relativi alla categoria di diritti fondamentali. Si fa riferimento al recesso, al conflitto di interessi dei soci e all'impugnativa delle delibere assembleari: istituti la cui operatività è direttamente collegata all'identificazione dei soci che hanno votato e del modo in cui l'hanno fatto.

A ben vedere, le deliberazioni di nomina delle cariche sociali - come rilevato dal medesimo Collegio - non attribuiscono la facoltà di recedere e non danno luogo al conflitto di interessi ai sensi dell'art. 2373 c.c.⁴⁴.

22 ottobre 1987, in *Società*, 1998, p. 506; Cass., sez. I, sentenza 21 novembre 1996, n. 10279, in *Società*, 1997, p. 775.

⁴¹ A ben vedere, in materia di società cooperative l'art. 147 *ter*, comma 3, T.U.F. imponeva il voto segreto per la nomina degli amministratori di società con azioni quotate. La disposizione era stata interpretata come forma di tutela delle minoranze grazie alla maggior libertà nell'espressione del voto che si verifica quando è segreto il suo autore. Ciò nonostante, essa aveva sollevato molte critiche ed è stata abolita dall'art. 3, comma 13, d.lgs. n. 303 del 29 dicembre 2006. In argomento, cfr.: D.VATTERMOLI, *sub Art. 1, in La tutela del risparmio: commentario della legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, a cura di A.Nigro-V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2007, p. 30 e ss.

⁴² La diffusa presenza negli statuti delle società cooperative della clausola che introduce il voto segreto per la nomina delle cariche sociali sembra essere una conseguenza della composizione della compagine sociale delle società mutualistiche: essa è generalmente formata da soci appartenenti a categorie sociali ed economiche diverse. Ciò rende particolarmente elevato il rischio di influenze e di pressioni da parte della categoria di appartenenza o di quella più forte. Cfr., L.SALVATORE, *Voto segreto e banche di credito cooperativo*, in *Contr. imp.*, 2001, p. 837.

⁴³ Sulla necessaria democraticità delle banche di credito cooperativo e sugli ampi spazi di autonomia negoziale lasciati dall'ordinamento per rendere democratiche le BCC, vedi: G.BONFANTE, *Le società cooperative*, Cedam, Padova, 2014, p. 516.

⁴⁴ L'inidoneità delle deliberazioni di nomina delle cariche sociali a dar luogo ad un'ipotesi di conflitto di interessi è pressoché pacifica in dottrina; vedi per tutti: D.PREITE, *Abuso di maggioranza. Conflitto d'interessi del socio nella s.p.a.*, in *Tratt. Della Società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1993, p. 111.

Venuti a cadere tali ostacoli risulta appropriato concentrare l'attenzione sul presunto contrasto con l'art. 2377 c.c.

L'articolo da ultimo citato attribuisce ai soli soci assenti, dissenzienti o astenuti la legittimazione ad impugnare le delibere dell'organo assembleare non conformi all'atto costitutivo o alla legge. Pertanto, l'utilizzo del voto segreto inibirebbe l'azione volta all'annullamento. Ciò non è del tutto vero. Parte della dottrina e della giurisprudenza afferma che la qualità di socio dissenziente può essere individuata in coloro i quali «abbiano negato, in qualsiasi forma manifestata assemblea, il proprio contributo all'approvazione della delibera, (...) facendo rilevare a verbale la propria contrarietà rispetto alla proclamazione degli eletti o (...) facendo espressa "riserva" di impugnazione»⁴⁵.

Viene replicato che la richiesta di verbalizzazione non garantisce che il voto del socio sia stato contrario e rende possibile usi «ricattatori» a danno della società⁴⁶. Per di più, i soci effettivamente dissenzienti che intendono procedere all'impugnazione sarebbero discriminati, perché l'annotazione a verbale del proprio dissenso finirebbe col rendere palese il loro voto.

Sebbene tali ultime osservazioni non possano essere confutate, si deve sottolineare come il codice civile non impone espressamente specifici metodi di votazione, ma rimette la scelta all'autonomia delle parti, le quali, possono ben ritenere prevalente, rispetto alle suesposte obiezioni, l'interesse a votare libere da condizionamenti⁴⁷.

⁴⁵ *Ex multis*: M.COSTANZA, *Deliberazioni assembleari di s.p.a. a scrutinio segreto*, in *Giur. it.*, 1989, p. 11; Cass., sez. I, sentenza 11 ottobre 2006, n. 21816; Tribunale di Vallo della Lucania sentenza 20 dicembre 2013; Cass., sez. I, sentenza del 21 novembre 1996, n. 10279. Anche la Commissione societaria del Comitato Triveneto dei notai, nella massima M.A.4, in tema di società cooperative, ma anche nella massima H.B.7 per le s.p.a., ha affermato che la nomina dei componenti degli organi sociali non si concretizza in un consenso o in un dissenso, ma nell'espressione di una preferenza ed è possibile procedere con votazione segreta, purché la clausola statutaria che introduca tale previsione attribuisca ai soci che lo richiedano il diritto a far risultare dal verbale in maniera palese l'esito della loro votazione o eventualmente la loro astensione.

⁴⁶ A.NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 868. A ciò va aggiunto che il socio potrebbe accorgersi di eventuali vizi (soprattutto relativi al procedimento formativo, piuttosto che al contenuto della delibera di cui è previamente informato dall'avviso di convocazione) solo in un momento successivo a quello della verbalizzazione e senza poter più, quindi, far annotare a verbale il suo dissenso.

⁴⁷ L.SALVATORE, *Voto segreto e banche di credito cooperativo*, in *Contr. imp.*, 2001, p. 821, osserva che: «il voto segreto non altera il procedimento assembleare così come è stato delineato dal legislatore: le fasi in cui esso si articola (convocazione, riunione, discussione, votazione, verbalizzazione) sono rispettate così come è rispettato il metodo collegiale che costituisce l'essenza di tale provvedimento». L'A. osserva, altresì, che il criterio-guida per valutare la validità di clausole atipiche consiste nell'applicazione combinata di due regole contenute negli artt. 1322

In forza di quanto emerso, l'unico appiglio normativo per negare cittadinanza al voto segreto è rappresentato dall'art. 2375 c.c., nella parte in cui dispone che il verbale delle deliberazioni dell'assemblea deve consentire, anche per allegato, l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti⁴⁸.

È evidente che l'onere incombente sul presidente dell'assemblea di società per azioni funge da ostacolo all'utilizzo del voto segreto⁴⁹, nonostante l'art. 2368 c.c. rimetta all'autonomia delle parti le regolamentazioni della nomina delle cariche sociali⁵⁰.

Sorge, dunque, l'interrogativo sull'applicabilità dell'art. 2375 c.c. alle società cooperative. Ai sensi dell'art. 2519 c.c., il ricorso alla disciplina delle s.p.a. nelle società cooperative in forma di società per azioni non può basarsi esclusivamente sull'esistenza di una lacuna, ma deve essere compatibile con l'intero sistema mutualistico. Nella fattispecie, deve essere preso in considerazione il principio di democrazia cooperativa che emerge prepotentemente nelle discipline dell'organo assembleare. Basti pensare alle possibilità di partecipazione all'assemblea, ampliate dalla riforma del diritto societario del 2003, mediante voto a distanza, alla rappresentanza e, soprattutto, al peculiare istituto delle assemblee separate⁵¹. Da quanto esaminato si deduce che la compattezza e, quindi, anche l'armonia della compagine sociale hanno notevole importanza per l'attuazione dello scopo mutualistico.

e 2249 c.c.: la clausola, da un lato, deve corrispondere ad un interesse meritevole di tutela e non violare l'ordine pubblico, il buon costume e le norme imperative; dall'altro, non deve essere tale da rendere atipica la società. Di contrario avviso: Tribunale di Bologna, sentenza 11 gennaio 2000, in *Società*, 2000, p. 217 ss., secondo il quale il meccanismo del voto segreto impedirebbe la corretta applicazione delle norme che contraddistinguono il procedimento assembleare e che richiedono l'identificazione sia dei soci che hanno votato sia del modo in cui hanno votato.

⁴⁸ Sulla scelta delle modalità della votazione in relazione all'art. 2375 c.c., cfr. FLAURINI, Presidenza dell'assemblea, in Commentario alla riforma delle società, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Egea Giuffrè, Milano, 2008, p. 271; G.A.RESCIO, *L'assemblea e le decisioni dei soci*, in *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, p. 112; F.MASSA FELSANI, *Il ruolo del presidente nell'assemblea della s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 223

⁴⁹ Sull'illegittimità della modalità segreta di votazione nelle società di capitali, vedi: G.RESCIO, *L'assemblea e le decisioni dei soci*, in *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, p. 112; Sulla verbalizzazione delle deliberazioni di s.r.l., la cui disciplina è più snella di quella contemplata per le s.p.a. dall'art. 2375 c.c., vedi: R.ROSAPEPE, Art. 2479 bis, in *La riforma delle società*, a cura di M.Sandulli e V.Santoro, Torino, 2003, p. 172.

⁵⁰ Cfr. l'art. 2368, c. 1, c.c. nella parte in cui dispone che per la nomina delle cariche sociali lo statuto può stabilire norme particolari. La dottrina ritiene che alla locuzione "norme particolari" debba attribuirsi un significato circoscritto alla possibilità di fissare *quorum* assembleari più alti o di prevedere particolari modalità di votazione, come, ad esempio, il voto di lista. Sul punto, vedi: F.FIMMANO, *Voto occulto e dissenso palese*, in *Riv. not.*, 1994, p. 154 ss.

⁵¹ Artt. 2538, 2539 e 2540 c.c.

Ciò posto e tenendo presente che il ricorso allo scrutinio segreto può, in alcuni casi, agevolare il perseguimento di questi obiettivi, si ritiene che, il voto segreto dovrà essere ammesso nelle ipotesi in cui sia strumentale alla realizzazione dei valori cooperativi.

L'esigenza si avverte soprattutto per la nomina delle cariche sociali, per il ruolo che coloro i quali rivestono tali funzioni sono chiamati a svolgere. Non a caso la prassi dimostra che nella generalità degli statuti delle società cooperative è inserita una clausola in virtù della quale è possibile procedere a tale nomina attraverso l'utilizzo dello scrutinio segreto. Vi sono delle circostanze, viceversa, in cui il voto deve essere necessariamente palese, come, ad esempio, per l'adozione di delibere che legittimino l'esercizio del diritto di recesso, perché l'art. 2437 c.c. commina la nullità dei patti che rendono più gravoso l'*exit* dalla società.

La valutazione deve essere effettuata caso per caso⁵².

In particolare, per quanto riguarda la nomina delle cariche sociali nelle società cooperative la tutela della libertà del voto è maggiormente sentita rispetto a quella riscontrabile nelle società capitalistiche, anche in considerazione delle funzioni riservate agli amministratori nella procedura di ammissione di un nuovo socio, ai sensi dell'art. 2528 c.c., e nella gestione dei rapporti mutualistici.

Quindi, l'esclusione di un meccanismo di controllo sulla formazione della volontà sociale, garantita dal voto segreto può effettivamente agevolare il perseguimento dello scopo mutualistico e deve, pertanto, ritenersi conciliabile con lo stesso⁵³.

Tale affermazione trova, altresì, conferma nella legislazione speciale. Si pensi alle cooperative giornalistiche, in cui la normativa ha reso addirittura obbligatorio il voto segreto per la nomina delle cariche sociali⁵⁴.

La diversità di soluzioni tra la disciplina delle s.p.a. e delle società cooperative in forma di società per azioni in tema di segretezza delle votazioni può essere compresa alla luce della più ampia elasticità attribuita alla disciplina

⁵² Per una disamina, vedi: G.PETRELLI, *Il voto segreto nell'assemblea delle società di capitali e cooperative*, *Studio n. 5630/I*, su www.notariato.it.

⁵³ Sul tema: A.CERRAI, *Il principio di democrazia nella gestione dell'impresa cooperativa: prospettive desumibili dall'esperienza tedesca per la riforma legislativa italiana*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1979, 42 ss.; F.GALGANO, *Il ruolo dell'impresa cooperativa nel quadro delle istituzioni dell'economia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1976, 340 ss., G.MARASA', *Regole di corporate governance e banche di credito cooperativo*, in *Giur. Comm.*, 2001, 203 ss.

⁵⁴ Cfr. art. 6, l. n. 416/1981.

dell'organo assembleare cooperativo. Non a caso, nelle società mutualistiche la determinazione dei *quorum* assembleari e la regolamentazione delle assemblee speciali sono rimesse all'autonomia privata⁵⁵.

⁵⁵ Cfr. artt. 2538, c. 5, e 2540, c.1., c.c.

La *Revista de Estudios Económicos y Empresariales* recibió este artículo el 8 de abril de 2015 y fue aceptado para su publicación el 27 de julio de 2015.