

GIANPIERO SAMORÌ

*NOMINA DEGLI ORGANI SOCIALI DI BANCHE POPOLARI
TRA PRINCIPIO DI COLLEGIALITÀ E C.D. CENTRI DI VOTO:
LA ESASPERATA PROTEZIONE DELLA AUTOREFERENZIALITÀ
IN UN SISTEMA BANCOCENTRICO*

SOMMARIO: 1. I termini del problema. – 2. Il metodo collegiale quale caratteristica centrale ed inderogabile del procedimento di assunzione delle decisioni assembleari, implicante la necessaria correlazione tra partecipazione alla discussione e manifestazione del voto dopo la chiusura della discussione. – 3. Limiti e rimedi posti dal codice civile a presidio della effettività del principio collegiale nella nomina degli organi sociali. Illegittimità del voto nei centri di voto a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare e prima della conclusione del dibattito. Conferma della scelta consapevole operata dal codice civile sul piano della legislazione comunitaria e della normativa sulle società quotate. – 4. La prima sentenza emanata in materia nel senso della legittimazione dei centri di voto: un evidente caso di strabismo basocentrico. – 5. L'errore in cui è incorso il tribunale nel ritenere rinvenibile nell'art. 127 tuf la disciplina applicabile alle società cooperative quotate con conseguente legittimo ricorso al voto elettronico a distanza anche per l'adozione della delibera di nomina degli organi sociali. Necessità di offrire una interpretazione dell'art. 127 tuf coerente alla sua lettera e ai principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 88/2009. – 6. Il rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega. – 7. Le conseguenze non avvertite dal tribunale di Bologna della interpretazione proposta: illegittimità costituzionale degli artt. 127 e 135-bis tuf per vizio di eccesso di delega in riferimento agli artt. 76 e 77 costituzione.

1. I termini del problema.

In un recente lavoro¹ avevamo esaminato una serie di modifiche statutarie introdotte da Banche Popolari quotate, di fatto in grado di scardinare il tradizionale insegnamento per cui nelle cooperative con voto capitolario la nomina degli organi sociali si realizza a conclusione del dibattito assembleare, nel rispetto del principio di collegialità.

¹ G. SAMORÌ, *La nomina degli organi sociali nelle Banche popolari tra principio di collegialità, partecipazione diffusa, nuove tecnologie e autoreferenzialità. Le assemblee a distanza e i c.d. centri di voto*, in *Studi Urbinati*, anno 2013, volume n. 64, 1-2, pp. 151-180.

Invero, con la formale motivazione di voler favorire una più ampia partecipazione dei Soci alla assemblea sono stati introdotti i c.d. centri di voto, ove gli aventi diritto possono votare a prescindere dalla loro partecipazione al dibattito assembleare, prima che la discussione abbia inizio, nel durante e successivamente alla sua chiusura.

Con una interpretazione “estensiva” dell’art. 2358 comma 4 c.c., piegato alla diversa disciplina introdotta a seguito del recepimento di norme comunitarie volutamente ed esclusivamente riferentesi alle società per azioni quotate, si pretende di poter affermare l’avvenuto superamento del metodo assembleare collegiale nella formazione del consenso, eliminando in pratica ogni limite alla autoreferenzialità dei gruppi di comando.

Così, autoconsentendosi di svolgere non solo assemblee a distanza, ma di consentire l’esercizio del diritto di voto in centri di voto determinati ad libitum nelle sedi decise dal Consiglio di Amministrazione, ove i soci, anziché partecipare alla discussione, potersi prenotare per l’intervento, ascoltare in presa diretta gli interventi degli altri soci per formarsi un’idea, possono recarsi in qualsiasi ora della giornata (prima dell’inizio della discussione durante la medesima ed anche dopo il termine di essa senza avervi in alcun modo partecipato), semplicemente per votare in via elettronica a favore o contro una delle proposte del Consiglio di Amministrazione portate ad oggetto dell’ordine del giorno, i Gruppi di controllo diventano inamovibili.

La possibilità del voto telematico, in linea generale è prevista dall’art. 2538 c.c., che però, saggiamente, pone precisi limiti alla sua utilizzabilità; perché, se per un verso detto strumento favorisce, in teoria, una ancor più ampia partecipazione di tutti i soci, potendosi aprire un centro di voto in ogni Comune interessato dall’attività della Banca, per altro verso è in grado di azzerare completamente il metodo collegiale, quale caratteristica centrale e inderogabile del procedimento di assunzione delle decisioni assembleari, implicante la necessaria correlazione tra partecipazione alla discussione e manifestazione del voto dopo la chiusura della discussione.

Infatti, la possibilità attribuita al socio di votare in ogni momento senza alcuna effettiva partecipazione alla discussione e quindi senza in alcun modo neppure avere ascoltato le opinioni degli altri soci, rende sostanzialmente inutile, svuotandolo di contenuto, il dibattito assembleare. La volontà dei soci si forma prima e al di fuori dell’assemblea a prescindere dalle opinioni in essa espresse.

Laddove la legge avesse attribuito la possibilità di votare in centri di voto secondo le modalità sopra definite anche per la nomina del Consiglio di Amministrazione e del Collegio sindacale, oltre a determinare la fine del metodo collegiale, avrebbe di fatto attribuito al Consiglio di Amministra-

zione uscente un potere assoluto e autoreferenziale nel governo della cooperativa.

Gli amministratori potrebbero individuare le aree territoriali ove si concentrano soci particolarmente fidelizzati, nonché numerosi dipendenti e parenti di soci ed in quelle località aprire centri di voto, non attivati viceversa nelle aree nelle quali fosse emerso un certo dissenso, favorendo così alcuni soci rispetto ad altri in contrasto persino con la Direttiva 2007/36/CE che nelle stesse società per azioni subordina tale diritto al principio di parità di trattamento tra Soci.

Ora la conclusione sul piano giuridico è intuitiva. Posto che consentire il voto in centri di voto azzera il principio assembleare di funzionamento della democrazia cooperativa, rappresentato dal metodo collegiale quale caratteristica centrale e inderogabile del procedimento di formazione delle decisioni assembleari, è necessario che una norma espressamente sancisca la legittimità del voto in detti centri di voto a prescindere dalla partecipazione alla assemblea, anche prima della chiusura del dibattito assembleare.

Senza una disposizione di tal genere ed, anzi, in presenza di una disposizione positiva incompatibile con la votazione in centri di voto a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare, ne consegue la illegittimità del suo utilizzo e, quindi, la invalidità delle delibera adottata in violazione del metodo collegiale.

Il problema si sposta perciò sulla interpretazione del disposto dell'art. 2538 c.c. e delle disposizioni comunitarie recentemente entrate in vigore, per verificare se esse possano rappresentare positiva fonte normativa legittimante il voto nei centri di voto per la nomina dei membri del C.d.A. Indagine che, ovviamente, deve essere preceduta dalla dimostrazione della affermazione sopra assunta a postulato.

2. Il metodo collegiale quale caratteristica centrale ed inderogabile del procedimento di assunzione delle decisioni assembleari, implicate la necessaria correlazione tra partecipazione alla discussione e manifestazione del voto dopo la chiusura della discussione.

Il metodo collegiale è concetto cardine di tutte le riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sulle caratteristiche proprie dell'organo assembleare nell'ambito delle società cooperative.

È concetto che l'interprete si sforzerà inutilmente di cercare consacrato in forza di espresso richiamo in questa o in quella norma del codice civile e ciò per l'evidente ragione che esso è immanente e logicamente presuppone

sto nella nozione stessa di “assemblea”, quale procedimento di assunzione delle decisioni dei soci proprio ed assolutamente caratteristico del predetto tipo societario.

Perciò esso è concetto che si fonda sulla presunzione del legislatore che le decisioni sociali che siano il frutto non già di isolate ed autonome determinazioni dei singoli soci, bensì di un diretto ed immediato confronto dialettico tra le diverse posizioni critiche espresse in sede di assemblea, contribuiscano a rendere più efficiente e ponderata l'azione sociale, di talchè in tale contesto la fase della discussione assume carattere non meramente opzionale, ma assolutamente essenziale in funzione della successiva manifestazione della volontà dei soci.

È proprio l'elemento della discussione, del confronto diretto, del reciproco scambio di opinioni nell'ambito di un'unitaria cornice deliberativa che marca la differenza tra i due modelli organizzativi ed è in tale elemento che tutte le più autorevoli riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema individuano da sempre la *ratio* che giustifica l'imposizione del procedimento assembleare; difatti, il dibattito assembleare, consentendo l'emergere dei diversi interessi in gioco, la circolazione delle informazioni, il concorso dei soci nella valutazione dell'interesse comune, favorisce una più accorta valutazione delle decisioni da assumere e risponde quindi allo stesso interesse della società, secondo un'esigenza di ponderazione che, come ovvio, è particolarmente sentita nell'ambito dei modelli societari più strutturati.

Al contempo, il metodo collegiale è volto a garantire che ogni singolo socio sia messo in condizione, oltre che di ascoltare le opinioni altrui, di far conoscere la propria opinione sulle deliberazioni da assumere e di cercare di orientare per tale via il voto degli altri soci; quindi a realizzare una effettiva democrazia assembleare, in cui si individua da sempre il necessario contrappeso della regola maggioritaria.

Dunque, il metodo collegiale integra doppiamente caratteristica prima ed inderogabile del procedimento assembleare: sia per la società, il cui interesse è tanto più tutelato quanto più attente e ponderate risultino le decisioni sociali, sia per il singolo socio, investito del diritto non solo a far sentire il peso delle proprie opinioni e a promuovere un effettivo dibattito critico all'interno dell'assemblea, ma anche a che soltanto coloro che hanno partecipato alla discussione possano esercitare il diritto di voto.

Per concludere, le diverse fasi in cui si articola il procedimento assembleare – convocazione, costituzione, discussione, votazione e proclamazione finale dei risultati – mirano a garantire che le decisioni dei soci siano il frutto non già di determinazioni singolarmente e separatamente assunte, ma di un confronto diretto ed immediato tra i soci medesimi in un'ottica di

reciproca influenza e di migliore informazione e ponderazione possibili per l'interesse dei singoli soci e della società stessa.

I principi esposti trovano costante ed indiscusso riconoscimento in dottrina² e, soprattutto, nella unanime giurisprudenza³.

Se l'essenza e la *ratio* del metodo collegiale sono quelle di consentire che ciascun socio possa far conoscere agli altri la propria opinione in merito alle decisioni da assumere e realizzare per tale via il gioco delle reciproche influenze critiche, è evidente che la conduzione dei lavori assembleari in tanto si potrà ritenere corretta, in quanto garantisca la effettiva e diretta correlazione tra la fase della discussione e quella della votazione.

Questa necessaria ed inderogabile correlazione funzionale resterebbe chiaramente violata non soltanto nell'ipotesi estrema in cui il Presidente dell'assemblea privasse i soci che ne facciano richiesta del diritto di prendere la parola, ma anche nel caso in cui un tale diritto fosse rispettato nella forma e però violato nella sostanza, consentendo la partecipazione al voto anche di

² Sui principi di collegialità e maggioranza, nel senso indicato nel testo, si vedano in dottrina: M. FOSCHINI, *Sul diritto di discussione in assemblea*, in *Rivista delle Società*, 1962, p. 53 ss.; F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Cedam, Padova, 1960; ID., *La forza del numero ed il principio della ragione: storia del principio di maggioranza*, Il Mulino, Bologna, 2007; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, Giappichelli, Torino, 1959; G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1979; ID., *L'assemblea*, in *Trattato Rescigno*, XVI, Utet, Torino, 1985, p. 363; G.L. PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Rivista di diritto civile*, 1967, I, p. 192; R. SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni diretto da Colombo - Portale*, Vol. III, Tomo I, Utet, Torino, 1994; A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Giuffrè, Milano, 1980; ID., *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni cit.*, Vol. III, Utet, Torino, 1994, p. 51; A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, E. Jovene, 1955.

³ Per un *excursus* della giurisprudenza edita in materia si vedano: Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 18 aprile 1961 n. 851, pubblicata in *Foro Italiano*, 1961, I, pagg. 1904 e ss.; Corte di Appello di Milano, sentenza 25 luglio 1957, pubblicata in *Foro Italiano* 1961, pagg. 1904 e ss.; Tribunale di Milano, sentenza 13 gennaio 1988, pubblicata in *Corriere Giuridico*, 1988, p. 384 ss.; Corte di Appello di Brescia sentenza 13 gennaio 2000, pubblicata in *Foro italiano*, 2000, I, p. 1878 e ss.; Cassazione civile, sentenza del 13 dicembre 2002 n. 17848, pubblicata in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, II, p. 265 e ss.; Cassazione civile, sentenza 30 maggio 2008 n. 14554, pubblicata in *Rivista del Notariato*, 2010, 3, p. 815 e ss.

coloro che non abbiano assistito alla discussione. È evidente, infatti, che in questa seconda ipotesi il diritto di intervento di chi aveva inteso far valere in assemblea il proprio punto di vista – diritto assolutamente indisponibile da parte del Presidente e strumentale agli stessi interessi della società – resterebbe gravemente menomato, per essersi potuto esplicitare nei confronti di alcuni soltanto e non di tutti i soci votanti. In tale contesto, la collegialità non rappresenterebbe nulla di più che una cornice esteriore, la mera circostanza che i soci di ritrovino a votare in uno stesso luogo ed in una stessa giornata, ma a prescindere da ogni necessità di un diretto confronto assembleare.

La giurisprudenza edita in materia – che non a caso fa riferimento ad assemblee di Società cooperative ed in specie di Banche popolari cooperative, ove inderogabile è l'esigenza della piena attuazione della democrazia assembleare – conferma puntualmente la conclusione ora esposta.

Merita innanzitutto di essere ricordata la sentenza 13 gennaio 2000, con cui la Corte di Appello di Brescia⁴ ha accolto l'impugnazione di una delibera assembleare della Banca Agricola Mantovana Società cooperativa a r.l.

Era in particolare avvenuto che, in occasione della assemblea sociale del 1994, indetta per la approvazione del bilancio di esercizio e la nomina dei nuovi Consiglieri di amministrazione, il Presidente avesse fatto precedere la votazione per la designazione del CdA alla discussione sul bilancio, sicché uno dei soci presenti ne aveva contestato la legittimità evidenziando il pregiudizio così arrecato alla corretta formazione della volontà assembleare. Egli sosteneva, infatti, che le considerazioni critiche che aveva inteso esprimere sulla regolarità del bilancio avrebbero potuto influire sul giudizio che i soci erano chiamati ad esprimere in merito alla riconferma degli amministratori che quel bilancio avevano contribuito a predisporre e sostanziare con la loro azione gestionale, di talché il confronto dibattimentale sul punto avrebbe dovuto necessariamente precedere le operazioni di voto.

A ben vedere, il *vulnus* che in quel caso era stato arrecato al principio di collegialità era assai meno evidente e grave di quello che si verificerebbe se il Presidente desse luogo alle operazioni di voto sul rinnovo del CdA consentendo che al voto siano indiscriminatamente ammessi soci neppure presenti al momento della discussione e prima della conclusione della discussione medesima; così operando uno stravolgimento totale dell'ordine

⁴ Corte di Appello di Brescia, sentenza 13 gennaio 2000, pubblicata in *Foro Italiano*, 2000, I, p. 1878 ss.

procedimentale di discussione/votazione stabilito inderogabilmente dal legislatore ed anzi consentendo l'esercizio del voto a prescindere totalmente dal confronto dibattimentale. Ebbene, pur in una situazione di illegittimità assai meno macroscopica, i Giudici hanno censurato la condotta del Presidente con massima severità:

“Dagli artt. 2368 e segg. C.c. si desume che la votazione avviene dopo che vi sia stata la discussione, se è vero che la ratio di tale fondamentale momento della formazione della volontà assembleare consiste proprio nel dibattere i temi posti all'ordine del giorno (e sul quale poi si deve votare), e quindi, attraverso la dialettica del dibattimento, ottenere il massimo delle informazioni al fine di consentire, da una parte, un voto consapevole e cosciente, dall'altra, di orientare, con le proprie opinioni, il voto degli altri soci. In altri conclusivi termini la delibera è un complesso procedimento scandito da alcune ineludibili fasi e cioè la convocazione, la discussione e la votazione: ognuna di queste fasi è prodromica all'altra e non può essere né soppressa né compressa, pena l'invalidità della deliberazione finale sulla quale i suddetti vizi si ripercuotono.

Quanto appena detto è un dato giuridico talmente pacifico ed indiscusso che non constano opinioni divergenti, né in dottrina né in giurisprudenza (...) Tal dovendosi ritenere la abnorme decisione del Presidente dell'assemblea di far votare, prima della discussione (o contemporaneamente ad essa), coloro che erano impossibilitati ad attenderne il termine. Ma, se si consentisse ai soci di votare prima della discussione il suddetto diritto diverrebbe nulla più che un vuoto simulacro”.

Tale precisa e rigorosa scansione procedimentale è, anzi, caratteristica a tal punto immanente e basilare della formazione della volontà sociale, posta a presidio di un interesse generale e superiore della società stessa, che la sua violazione comporta la automatica invalidità della delibera assunta, a prescindere dalla prova di resistenza ovvero da ogni altra sorta di verifica su quello che avrebbe potuto essere l'esito del dibattito e della votazione ove i lavori assembleari si fossero articolati regolarmente. Semmai – precisa la Corte di Appello – deve valere una presunzione assoluta di segno esattamente opposto; ossia si deve presumere, *iuris et de jure*, che la discussione, ove correttamente svolta alla presenza di tutti i soci votanti, avrebbe potuto influenzare e ribaltare l'esito della votazione :

“Non si capisce, infine, sulla base di quale elemento di fatto (comunque del tutto irrilevante) il Tribunale abbia potuto affermare che «è da escludere che la condotta di chi ha presieduto l'assemblea possa aver

influito più di tanto sull'esito della votazione dovendo presumersi che fossero interessati a seguire i vari interventi (e li abbiano quindi seguiti prima di votare) tutti gli indecisi, cioè in pratica i soli sui quali gli oratori potevano esercitare un'efficace opera di persuasione»: si tratta, ripetesi, di un argomento del tutto irrilevante, anche se coloro che abbiano anticipatamente votato non abbiano avuto alcuna influenza sulla deliberazione (c.d. prova di resistenza): Infatti, il diritto alla discussione fa parte dei diritti inalienabili del socio e, ai fini del suo esercizio, non può essere messo in alcun nesso causale con la successiva votazione, proprio perché la legge, con una sorta di presunzione iuris et de iure, ha stabilito che la discussione deve precedere la votazione perché si presume che possa determinarne l'esito: che poi questo avvenga è del tutto ininfluyente e non può essere oggetto neppure di prova contraria ove si volesse dimostrare, in ipotesi, che la votazione avrebbe comunque avuto lo stesso risultato”.

La interpretazione della Corte di Appello di Brescia ha trovato in tutti i suoi passaggi totale adesione e conferma da parte dei Giudici della Suprema Corte, che con sentenza del 13 dicembre 2002 n. 17848⁵ hanno così esattamente argomentato:

“Le delibere assembleari sono rette dal principio di maggioranza, il quale comporta che “le deliberazioni.... Prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo vincolano tutti i soci, ancorchè non intervenuti o dissenzienti” (art. 2377, primo comma, c.c.). Orbene, è ormai acquisito che detto principio trova il suo “contrappeso” e la sua legittimazione nel metodo assembleare, il quale opera “come strumento di protezione delle minoranze”, permettendo loro di essere previamente informate dell'oggetto della deliberazione e di partecipare, prima della votazione, ad una discussione, nel corso della quale ciascun partecipante ha la possibilità di esporre e di difendere, in contraddittorio con gli altri intervenuti, il proprio punto di vista. È quindi evidente che il procedimento assembleare, del quale la discussione rappresenta un momento saliente, pur essendo imposto a protezione dei singoli soci, è finalizzato anche alla tutela di un'esigenza di carattere generale, concernente la salvaguardia della legalità dell'azione sociale. Per questo, a nulla rileva osservare che

⁵ Cassazione Civile, sentenza 13 dicembre 2002 n. 17848, pubblicata in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, II, p. 265 ss.

nessuno dei soci si era (inizialmente) opposto alle “modalità di votazione” proposte dal presidente dell’assemblea e che la partecipazione alla discussione “non può essere imposta a quanti hanno già maturato il proprio convincimento”, posto:

- che l’articolazione e la disciplina del procedimento assembleare sono sottratte alla disponibilità dei soci;*
- che le regole del procedimento assembleare implicano, per ciascuno degli intervenuti (e il ricorrente era tra questi) il diritto di poter esprimere, in contraddittorio con gli altri, la propria opinione, al fine di orientare, nel senso da lui auspicato, la decisione finale;*
- che, infine, l’illegittimità della delibera impugnata è stata affermata dalla Corte territoriale non già perché alcuni soci non erano intervenuti, per una loro libera decisione, nella discussione, ma perché le modalità di svolgimento dei lavori assembleari scelte dal presidente avevano impedito ad altri soci (e il Gaidella era tra essi) di promuovere il dibattito assembleare su alcuni degli argomenti posti all’ordine del giorno”.*

Non meno significativa è la sentenza 13 gennaio 1988 del Tribunale di Milano⁶, quanto mai conferente al caso di specie ed anzi ad esso esattamente sovrapponibile:

“La riunione del 13 luglio del 1987 risulta dal verbale, conformemente alla previsione dell’avviso di convocazione, essersi protratta, per le operazioni di voto, dalle ore 10 alle ore 17, al principale fine di consentire che il maggior numero di associati, qualunque fosse il momento dell’intervento, purchè anteriore a quello finale stabilito, potessero esprimere il proprio voto. Il sistema di tipo referendario, che in sé per le associazioni sarebbe del tutto legittimo, è tuttavia alternativo rispetto a quello assembleare, che è l’unico previsto dallo statuto. La formazione della volontà degli enti e delle persone giuridiche mediante il procedimento di deliberazione assembleare consente che, applicandosi il metodo collegiale, si crei una volontà collettiva che non è la semplice somma di distinte dichiarazioni individuali. In assemblea, la partecipazione unitaria e, concentrazioni di tempo, dei diversi associati che intervengono al dibattito, permette che la discussione e la dichiarazione di voto di ciascuno influiscano sulla espressione volitiva degli altri, garantendo una integrazione reciproca delle volontà individua-

⁶ Tribunale di Milano, sentenza 13 gennaio 1988, pubblicata in *Corriere Giuridico*, 1988, p. 384 ss.

li. Permettere che la votazione avvenga frazionatamente può alterare lo svolgimento dell'assemblea che, in via ordinaria non può che richiedere una contestualità, per quanto possibile, delle diverse dichiarazioni di voto”.

Quindi – sancisce il Tribunale di Milano – consentire l'ammissione al voto dei soci a prescindere dalla loro presenza al momento del dibattito assembleare significa trasformare la assemblea sociale in un referendum, modalità di decisione assolutamente incompatibile con il metodo collegiale.

Ed infine merita ricordare la fondamentale decisione Cassazione civile, sentenza 30 maggio 2008 n. 14554⁷.

Nel caso esaminato il Presidente dell'assemblea di una Banca Popolare aveva dato corso alle votazioni per la nomina dei nuovi organi sociali prima che la discussione fosse terminata.

Nel confermare la invalidità della delibera “*per violazione del diritto di informazione e quello alla discussione dei soci*”, i Giudici della Suprema Corte hanno ribadito la essenzialità ed inderogabilità del metodo collegiale, che consentendo a ciascun partecipante di fare conoscere la propria opinione sugli argomenti in votazione, si pone a tutela non soltanto dell'interesse particolare delle minoranze assembleari, ma anche di quello generale e superiore della società stessa:

“Il metodo assembleare opera “come strumento di protezione delle minoranze”, permettendo loro di essere previamente informate dell'oggetto della deliberazione e di partecipare, prima della votazione, ad una discussione, nel corso della quale ciascun partecipante ha la possibilità di esporre e di difendere, in contraddittorio con gli altri intervenuti, il proprio punto di vista. Il procedimento assembleare, di cui la discussione rappresenta un momento saliente, pur essendo imposto a protezione dei singoli soci, è finalizzato anche alla tutela di un'esigenza di carattere generale, con la conseguenza che l'articolazione e la disciplina del procedimento medesimo sono sottratte alla disponibilità dei soci, e che le regole di esso implicano per ciascuno degli intervenuti il diritto di poter esprimere, in contraddittorio con gli altri, la propria opinione, al fine di orientare, nel senso da lui auspicato, la decisione finale”.

⁷ Cassazione civile, sentenza 30 maggio 2008 n. 14554, pubblicata in *Rivista del Notariato*, 2010, 3, p. 815 ss.

“A nulla rileva che l'intervento dei soci che non si erano ancora espressi prima dell'inizio della votazione fosse o no idoneo ad influire concretamente sulla decisione degli altri soci di votare in uno o in altro modo, rilevante ai fini del rispetto del procedimento assembleare essendo non il fatto che mediante il proprio intervento il socio riesca effettivamente ad influire sull'orientamento dell'assemblea, ma che egli abbia la possibilità di farlo, ciò che per definizione viene ad essere escluso qualora alla votazione si dia inizio prima che la discussione abbia avuto termine e quello stesso socio abbia avuto la possibilità di intervenire”.

La conclusione che può trarsi dal precedente excursus è assai semplice. Nelle Società cooperative a voto capitarario, in assenza di una maggioranza precostituita, il consenso si forma in assemblea seguendo il metodo collegiale. Tale metodo comporta per un verso il diritto di tutti i soci di intervenire siccome rispondente a realizzare l'interesse, oltre che proprio, della stessa Società. E per altro verso la ineludibilità che le operazioni di voto seguano e non anticipino la chiusura del dibattito assembleare, anche per la sola eventualità che uno qualsiasi degli interventi possa modificare le intenzioni di voto dei presenti.

In un così chiaro contesto e in presenza di principi di ordine pubblico economico desumibili dalla complessiva regolamentazione della materia, dal punto di vista logico-giuridico solo una espressa disposizione normativa può consentire una deviazione dal metodo assembleare collegiale; non potendosi certo “sostenere” l'abrogazione di detto metodo, peraltro come vedremo proprio recentemente rafforzato, sulla base di una interpretazione “adattativa” alla differente disciplina applicabile alle Società per azioni.

3. Limiti e rimedi posti dal codice civile a presidio della effettività del principio collegiale nella nomina degli organi sociali. Illegittimità del voto nei centri di voto a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare e prima della conclusione del dibattito. Conferma della scelta consapevole operata dal codice civile sul piano della legislazione comunitaria e della normativa sulle società quotate.

Come sopra illustrato, nelle società cooperative, anche bancarie, per regola generale e per principio assolutamente inderogabile, la volontà dell'assemblea si forma unicamente tramite il metodo collegiale al termine della discussione, in modo tale che le scelte di voto risultino determinate sulla base delle convinzioni formatesi nel confronto diretto tra soci. Per questa

ragione la Corte di Cassazione è ferma nell'insegnamento per il quale non è possibile aprire le votazioni sul singolo punto dell'ordine del giorno fino a quando la discussione su di esso non sia esaurita.

Detto principio di ordine pubblico generale trova una parziale deroga da parte dell'art. 2538, ultimo comma, c.c., che consente di introdurre nello Statuto delle società cooperative la possibilità di esprimere il voto per corrispondenza (n.d.r.: previsione già vigente *ante* riforma societaria del 2003) o tramite altri mezzi di telecomunicazione (n.d.r.: previsione introdotta dalla riforma societaria del 2003)⁸. Ne consegue che nei casi in cui tale modalità di voto è legittimamente prescelta, resta superato il principio assembleare puro, potendosi ovviamente esprimere il voto da parte dei soci che non abbiano partecipato al dibattito assembleare e, quindi, conseguenzialmente, anche prima o durante lo svolgimento dell'assemblea, senza necessità di attendere la fine della discussione.

Senonchè, tale formalità è espressamente contrappesata e subordinata ad una prima condizione: che l'avviso di convocazione contenga per esteso la deliberazione proposta (art. 2538, ultimo comma, secondo inciso, c.c.). Si vuole così mettere in condizione il socio di avere chiara evidenza non soltanto del generico oggetto posto all'ordine del giorno, ma anche, in modo esteso e quindi completo, della specifica deliberazione sulla quale è chiamato a esprimere la propria determinazione; cosicchè, senza bisogno di qualsiasi informazione supplementare, egli possa recarsi nel centro di voto o votare per corrispondenza, essendosi già formato un'idea ed esprimere unicamente il voto stesso. Non sono, infatti, previste dalla legge possibilità successive di integrazione informativa né oneri di informazione a carico del socio, quali la consultazione del sito internet della società *et similia*.

⁸ Si riportano di seguito i testi ante e post riforma societaria:

Art. 2538, comma 4, c.c. (versione ante riforma)

Il voto può essere dato per corrispondenza, se ciò è ammesso dall'atto costitutivo. In tal caso l'avviso di convocazione dell'assemblea deve contenere per esteso la deliberazione proposta.

“Art. 2538, comma 4, c.c. (versione post riforma)

L'atto costitutivo può prevedere che il voto venga espresso per corrispondenza, ovvero mediante altri mezzi di telecomunicazione. In tal caso l'avviso di convocazione deve contenere per esteso la deliberazione proposta. Se sono poste in votazione proposte diverse da quelle indicate nell'avviso di convocazione, i voti espressi per corrispondenza non si computano ai fini della regolare costituzione dell'assemblea.

Il meccanismo elettorale delineato dalla disposizione, derogatorio del principio generale, può trovare compiuta applicazione, a titolo di esempio, laddove l'assemblea sia chiamata a deliberare la modifica di norme statutarie, nel qual caso l'avviso di convocazione dovrà riportare per esteso la disposizione vigente e il testo della nuova disposizione proposta, il cambiamento della sede legale, la adozione del modello duale di amministrazione in luogo di quello ordinario, ecc. Ma tale meccanismo è incompatibile con la elezione del Consiglio di Amministrazione, perché le regole legali vigenti impediscono una stesura dell'ordine del giorno completa, contenente non solo l'oggetto generico della delibera, ma anche l'indicazione analitica delle varie liste contrapposte fra l'una o l'altra delle quali il socio è chiamato a esprimere il proprio voto.

Invero, l'avviso di convocazione deve venire pubblicato, ai sensi dell'art. 125 bis TUF, almeno 30 giorni prima dallo svolgimento dell'assemblea di prima convocazione, mentre il termine per la presentazione delle liste, ai sensi dell'art. 147 ter dello stesso TUF, scade il 25° giorno precedente alla assemblea, sempre di prima convocazione. Ed è perciò che l'avviso di convocazione non può indicare le liste in campo, sulle quali il socio, disinteressato al dibattito assembleare, possa recarsi al centro di voto esprimendo la propria preferenza consapevole ed informata.

Non si tratta di un difetto di coordinamento tra norme, ma di una precisa scelta di campo del Legislatore, che ha consentito la deroga al principio assembleare per alcune deliberazioni, mentre ha inteso escluderla per quella più significativa, la nomina dell'organo di amministrazione, continuando a pretendere che per essa trovi piena applicazione il principio assembleare, che impone la partecipazione al dibattito e la ultimazione del medesimo prima della apertura delle votazioni. Trattasi di una scelta che vuole evitare operazioni manipolative del consenso da parte di chiunque si attivi per convincere i soci a votare per l'uno o l'altro dei candidati, senza neppure poterne ascoltare il programma, le repliche e l'opinione degli altri soci.

La norma contiene poi un ulteriore, secondo contrappeso alla possibilità del voto elettronico nei centri di voto o per posta, prima o durante lo svolgimento dell'assemblea per la nomina degli amministratori. Difatti l'art. 2538, ultimo comma, c.c. condiziona espressamente l'adozione di tale modalità di voto alla formulazione di una proposta di delibera avanzata dal Consiglio di Amministrazione. Il quale, per effetto di plurimi interventi della Autorità di Vigilanza, la Banca d'Italia, non ha alcun potere di proporre una propria lista all'assemblea, essendo la presentazione delle liste riservata in esclusiva ai soci dagli artt. 147 *ter* TUF. Pur essendo il principio stato

espresso in dichiarazioni pubbliche dell'Autorità di vigilanza, allo stato la giurisprudenza ha avuto occasione di occuparsene, in senso confermativo, solo con riguardo alla nomina del Collegio Sindacale⁹.

Su detto oggetto non è perciò configurabile neppure astrattamente una proposta di deliberazione che possa essere riportata per esteso nell'avviso di convocazione. La distinzione è facilmente comprensibile concentrandosi sui diversi ordini del giorno, punti che rappresentano meri oggetti di delibera e altri che integrano invece proposte di delibera predisposte dal Consiglio di Amministrazione nell'esercizio dei poteri di impulso di sua competenza.

Fuoriuscendo dal codice civile è opportuno, per avvalorare la conclusione sopra proposta, portare l'attenzione sull'art. 125 bis TUF¹⁰, il quale

⁹ Cassazione Civile, sentenza 13 settembre 2007 n. 19160, pubblicata in *Foro Italiano*, 2008, 3, p. 859 ss.

¹⁰ Per favorire la migliore comprensione dei rilievi svolti nel testo si riporta integralmente il testo dell'art. 125 bis Testo Unico Finanza:

Articolo 125 bis

(Avviso di convocazione dell'assemblea)

1. *L'assemblea è convocata mediante avviso pubblicato sul sito Internet della società entro il trentesimo giorno precedente la data dell'assemblea, nonché con le altre modalità ed entro i termini previsti dalla Consob con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 113-ter, comma 3, ivi inclusa la pubblicazione per estratto sui giornali quotidiani.*

2. *Nel caso di assemblea convocata per l'elezione mediante voto di lista dei componenti degli organi di amministrazione e controllo, il termine per la pubblicazione dell'avviso di convocazione è anticipato al quarantesimo giorno precedente la data dell'assemblea.*

3. *Per le assemblee previste dagli articoli 2446, 2447 e 2487 del codice civile, il termine indicato nel comma 1 è posticipato al ventunesimo giorno precedente la data dell'assemblea.*

4. *L'avviso di convocazione reca:*

a) *l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo dell'adunanza nonché l'elenco delle materie da trattare;*

b) *una descrizione chiara e precisa delle procedure da rispettare per poter partecipare e votare in assemblea, ivi comprese le informazioni riguardanti:*

1) *i termini per l'esercizio del diritto di porre domande prima dell'assemblea e del diritto di integrare l'ordine del giorno o di presentare ulteriori proposte su materie già all'ordine del giorno, nonché, anche mediante riferimento al sito Internet della società, le eventuali ulteriori modalità per l'esercizio di tali diritti;*

2) *la procedura per l'esercizio del voto per delega e, in particolare, le modalità per*

disciplina l'avviso di convocazione, per verificare se tale "legge speciale" offra spunti per sostenere una diversa opinione.

La norma in effetti nulla toglie alle osservazioni sopra svolte, limitandosi semplicemente a prevedere al comma 4, lettera b, punto 4, l'obbligo di definire le procedure del voto per corrispondenza o elettronico, ovviamente nei limiti in cui esso risulti ammissibile. Anzi, paradossalmente, conferma l'interpretazione proposta, perché inserisce il paragrafo relativo alle modalità e ai termini di presentazione delle liste in un apposito punto, d-bis, successivo e autonomo rispetto a quello che prevede il voto elettronico e la sua disciplina, di talché non è possibile inferirne la conseguente ricomprensione all'interno del precedente punto b, numero 4).

Le disposizioni che contemplano a monte la possibilità di fare ricorso al voto per corrispondenza o al voto elettronico, stabilendone i limiti generali di legittimità, non sono infatti contenute nel TUF, bensì nel Codice civile e dettano una disciplina da sempre distinta e differenziata per le società per azioni e le società cooperative, rinvenibile rispettivamente negli artt. 2370 e 2538 c.c.

Anche il D.Lgs. n. 27/2010 sui diritti degli azionisti di società quotate, che è da ultimo intervenuto sulla materia, ha confermato la distinzione e ha inteso incidere espressamente sulla sola disciplina delle società per azioni,

il reperimento dei moduli utilizzabili in via facoltativa per il voto per delega nonché le modalità per l'eventuale notifica, anche elettronica, delle deleghe di voto;

3) la procedura per il conferimento delle deleghe al soggetto eventualmente designato dalla società ai sensi dell'articolo 135-undecies, con la precisazione che la delega non ha effetto con riguardo alle proposte per le quali non siano state conferite istruzioni di voto;

4) le procedure di voto per corrispondenza o con mezzi elettronici, se previsto dallo statuto;

c) la data indicata nell'articolo 83-sexies, comma 2, con la precisazione che coloro che diventeranno titolari delle azioni solo successivamente a tale data non avranno il diritto di intervenire e votare in assemblea;

d) le modalità e i termini di reperibilità del testo integrale delle proposte di deliberazione, unitamente alle relazioni illustrative, e dei documenti che saranno sottoposti all'assemblea;

d-bis) le modalità e i termini di presentazione delle liste per l'elezione dei componenti del consiglio di amministrazione e del componente di minoranza del collegio sindacale o del consiglio di sorveglianza;

e) l'indirizzo del sito Internet indicato nell'articolo 125-quater; f) le altre informazioni la cui indicazione nell'avviso di convocazione è richiesta da altre disposizioni.

prevedendo l'introduzione di un nuovo testo dell'art. 2370 c.c. che al comma 4 contempla ora la possibilità che il voto sia espresso per via elettronica oltrechè per corrispondenza, senza specificare che l'avviso di convocazione debba riportare il testo completo della deliberazione proposta; specificazione che del resto non era contenuta neppure nella precedente versione dell'articolo in parola, che faceva riferimento al solo voto per corrispondenza.

Viceversa, il D.Lgs. n. 27/2010 ha lasciato intatta la disciplina contenuta nell'art. 2538 c.c., che condiziona appunto la possibilità di ricorrere al voto per corrispondenza o con altri mezzi di comunicazione (n.d.r.: si noti anche la diversa terminologia impiegata rispetto all'art. 2370 c.c.)¹¹ alla pubblicazione per esteso della proposta di delibera e che rappresenta da sempre norma speciale in ragione della stessa specialità delle società cooperative, destinata a prevalere sulla disciplina, *in parte qua* incompatibile, delle società per azioni, secondo quanto disposto dall'art. 2519 c.c.

L'art. 125 bis TUF, prima citato ed introdotto dallo stesso D.Lgs. n. 27/2010, presuppone quindi gli artt. 2370 e 2538 c.c. e, ferme le distinte condizioni generali di ammissibilità da questi fissate nei rispettivi ambiti di competenza, si limita a prevedere che l'avviso di convocazione deve precisare le modalità per l'esercizio del voto elettronico o per corrispondenza. Ovviamente per le fattispecie nelle quali le rispettive norme sostanziali a monte ne consentano l'adozione.

In alcun modo poi le conclusioni cui si è sopra pervenuti possono rimanere inficiate sostenendo che l'art. 2538, comma 6, c.c., che disciplina l'esercizio del voto per corrispondenza o con altri mezzi di comunicazione nelle società cooperative, non possa trovare applicazione rispetto alle principali

¹¹ Si mettono di seguito a confronto i due testi normativi.

Articolo 2370, comma 4, c.c.

Lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all'assemblea.

Articolo 2538, comma 4, c.c.

L'atto costitutivo può prevedere che il voto venga espresso per corrispondenza, ovvero mediante altri mezzi di telecomunicazione. In tal caso l'avviso di convocazione deve contenere per esteso la deliberazione proposta. Se sono poste in votazione proposte diverse da quelle indicate nell'avviso di convocazione, i voti espressi per corrispondenza non si computano ai fini della regolare costituzione dell'assemblea.

Banche Popolari, che in quanto società cooperative quotate, resterebbero assoggettate, per il criterio di specialità, alla regolamentazione dettata dall'art. 127 del Testo Unico Finanza e dagli artt. 143 *bis* e 143 *ter* del Regolamento Emittenti, norme che non contemplano l'obbligo di pubblicazione per esteso della delibera proposta nell'avviso di convocazione dell'assemblea¹².

Una siffatta interpretazione è smentita non soltanto dal tenore letterale dell'art. 127 TUF, che contiene un richiamo normativo espresso ed esclusivo alle società per azioni (*“La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'art.*

¹² Per una più agevole comprensione si riporta di seguito il dettato degli articoli del Regolamento Consob 14.5.1999 n. 11971 citati nel testo.

Articolo 143 bis

(Partecipazione all'assemblea con mezzi elettronici)

1. Lo statuto può prevedere l'utilizzo di mezzi elettronici al fine di consentire una o più delle seguenti forme di partecipazione all'assemblea:

- a) la trasmissione in tempo reale dell'assemblea;
- b) l'intervento in assemblea da altra località mediante sistemi di comunicazione in tempo reale a due vie;
- c) l'esercizio del diritto di voto prima dell'assemblea o durante il suo svolgimento, senza che sia necessario designare un rappresentante fisicamente presente alla stessa.

2. Le società che consentono l'utilizzo dei mezzi elettronici possono condizionarlo unicamente alla sussistenza di requisiti per l'identificazione dei soggetti a cui spetta il diritto di voto e per la sicurezza delle comunicazioni, proporzionati al raggiungimento di tali obiettivi.

Articolo 143-ter

(Esercizio del voto prima dell'assemblea mediante mezzi elettronici)

1. All'esercizio del voto espresso prima dell'assemblea, ai sensi dell'articolo 143-bis, comma 1, lettera c), si applicano gli articoli 141, commi 1, 2 e 3, e 143, commi 2 e 3.

2. Il voto può essere revocato con le stesse modalità con le quali è stato esercitato entro il giorno precedente l'assemblea ovvero mediante dichiarazione espressa resa dall'interessato nel corso dell'assemblea medesima.

3. La società garantisce la conservazione dei dati relativi ai voti esercitati mediante mezzi elettronici e alle revocche intervenute prima dell'assemblea, ivi compresa la data di ricezione.

4. Il presidente dell'organo di controllo nonché i dipendenti e ausiliari di quest'ultimo sono responsabili, sino all'inizio dello scrutinio in assemblea, della riservatezza dei dati relativi ai voti esercitati mediante mezzi elettronici e alle revocche.

5. I voti pervenuti oltre i termini previsti non sono presi in considerazione ai fini della costituzione dell'assemblea né ai fini della votazione.

2370, comma quarto, del codice civile”), ma ancor prima ed ancor più significativamente dall’*iter* legislativo che ha condotto alla sua introduzione, che appunto esplicita la volontà del legislatore di delimitare l’ambito di applicazione della nuova disciplina alle sole società per azioni, escludendone le società cooperative quantunque con azioni quotate in mercati regolamentati. *Iter* legislativo su cui è quindi opportuno soffermarsi.

L’art. 127 TUF trova la propria fonte normativa ultima nella Direttiva 2007/36/CE, relativa all’esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, che all’art. 8 impegnava gli Stati membri a disciplinare la possibilità di introdurre per via statutaria modalità di partecipazione all’assemblea e di esercizio del voto tramite mezzi elettronici.

L’art. 1, comma 3, consentiva tuttavia agli Stati membri di escludere dall’ambito di applicazione della Direttiva alcune categorie speciali di società, quantunque quotate nei mercati regolamentati, tra le quali, per quanto qui rileva, le società cooperative (lett. c).

Il legislatore italiano si è avvalso di tale facoltà di esenzione e con la Legge delega n. 88 del 7.7.2009 ha espressamente imposto l’esclusione delle società cooperative dall’ambito di applicazione del decreto delegato di recepimento della Direttiva. Questo l’esatto ed inequivocabile contenuto precettivo dell’art. 31, lett. a, della Legge delega:

“Nella predisposizione del decreto legislativo per l’attuazione della direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, relativa all’esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all’articolo 2, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi: a) definire l’ambito di applicazione delle norme di recepimento della direttiva 2007/36/CE emanate ai sensi della delega di cui al presente articolo, escludendo da esso gli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e le società cooperative (...)”.

Questo specifico e limitativo criterio di delega vale a chiarire perché il Decreto Legislativo delegato n. 27 del 27.1.2010, nel recepire la disciplina comunitaria sulla partecipazione e sul voto elettronici, si riferisca in via esclusiva alle società per azioni tramite il richiamo espresso all’art. 2370 c.c.

L’art. 1 comma 5 del D.Lgs. n. 27/2010 ha, infatti, previsto la modifica del solo art. 2370 c.c. con l’introduzione del seguente testo: *“Lo statuto può consentire l’intervento all’assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l’espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all’assemblea”*, lasciando quindi implicitamente invariata la distinta discipli-

na prevista per le società cooperative dall'art. 2538, comma 6, c.c. Il successivo art. 3, comma 9, ha modificato di conseguenza l'art. 127 TUF facendo esplicito ed esclusivo riferimento all'art. 2370 c.c. come più sopra riportato e pretermettendo, viceversa, ogni richiamo all'art. 2538 c.c., di cui resta così confermata la portata precettiva rispetto a tutte le società cooperative, ivi comprese quelle che esercitano l'attività bancaria (v. art. 150 *bis* TUB) e le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati:

“La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'art. 2370, comma quarto, del codice civile”.

La delega regolamentare contenuta nell'art. 127 TUF ha poi trovato attuazione nel dettato degli artt. 143 *bis* e 143 *ter* del Regolamento Emittenti, il cui ambito di applicazione non può che coincidere con quello della norma primaria, ovvero le sole società per azioni quotate con esclusione di ogni estensione alle società cooperative, in virtù dell'inderogabile principio della gerarchia delle fonti e dell'oggetto specificamente delimitato della stessa delega regolamentare (l'esercizio del voto elettronico nei soli “*casi previsti dall'art. 2370 c.c.*”). Di talché, la circostanza che i citati articoli del regolamento Emittenti non prevedano l'obbligo di riportare per esteso il testo della delibera proposta nell'avviso di convocazione dell'assemblea resta del tutto irrilevante rispetto alla questione qui sollevata.

Convenendo sul fatto che la prescrizione dell'art. 2538, comma 6, c.c. non è compatibile con la disciplina dettata dal TUF e dal regolamento Emittenti circa le modalità e i termini di pubblicazione dell'avviso di convocazione e delle liste di candidati per il rinnovo degli organi sociali, non può che inferirsene la conseguenza che detta incompatibilità comporta la impossibilità di fare ricorso al voto elettronico rispetto alle delibere di nomina di amministratori e sindaci; non esistendo, per le società cooperative, una disciplina speciale ed alternativa rispetto a quella contenuta nell'art. 2538 c.c.

Invero, la esclusione delle società cooperative dall'ambito di applicazione della Direttiva 2007/36/CE e del Decreto Legislativo di recepimento n. 27/2010 trova la più chiara ed immediata conferma nel successivo intervento correttivo della materia attuato dal Legislatore italiano con il Decreto legislativo n. 91 del 18.06.2012, noto appunto come “*correttivo shareholders rights*”, ove inutilmente si insisterebbe nel poter ravvisare il fondamento normativo per una estensione generalizzata ed indiscriminata alla cooperative quotate delle norme dettate per le s.p.a.

La *ratio* sottesa a quest'ultimo intervento normativo è esattamente contraria e, viceversa, perfettamente coerente con la prospettiva di disciplina già adottata dal precedente D.Lgs. n. 27/2010 e prima ancora dalla Legge comunitaria n. 88/2009.

Volendo infatti estendere alle società cooperative talune norme dettate dal citato D.Lgs. n. 27/2010, e specificamente quelle attinenti alla convocazione assembleare e alla informativa preassembleare, il Legislatore lo ha fatto per tramite di apposito ed espresso intervento normativo, non senza avere avvertito l'esigenza preliminare di ribadire anche a giustificazione della legittimità del proprio intervento:

- a) che effettivamente la Legge comunitaria n. 88/2009 di recepimento della Direttiva 2007/36/CE aveva inteso limitarne l'ambito di efficacia alle sole società per azioni, escludendone le società cooperative in ragione della loro peculiare natura, rilevante in particolare in materia di *governance* e quindi di funzionamento dei diversi organi societari e di loro interrelazioni;
- b) che l'estensione introdotta con il Decreto correttivo è stata decisa previa verifica di non-incompatibilità di talune norme specificamente individuate, avendone valutato singolarmente la coerenza anche con lo speciale tipo societario della cooperativa;
- c) con il ché resta implicitamente escluso che almeno *in subiecta materia* si possa ritenere immanente un generale e generico principio di automatica estendibilità alle società cooperative delle norme dettate alle società per azioni, ciò richiedendo al contrario in primo luogo un apposito intervento normativo ed in secondo luogo una specifica verifica di previa compatibilità.

Questi concetti si trovano ben riassunti in questo passaggio della relazione illustrativa del D.Lgs. n. 91/2012:

“La modifica del decreto legislativo 27/2010 nel senso appena indicato non sarebbe in contrasto con la delega legislativa: l'esclusione disposta dall'articolo 31, comma 1, lettera a), della legge comunitaria 2008, va infatti correlata con la tutela della specificità delle cooperative. Le norme sui termini di convocazione e sulla informativa preassembleare, invece, non sembrano intaccare in alcun modo le peculiarità della governance delle cooperative nè risultano incompatibili con il tipo della società cooperativa”.

Segue quindi la individuazione di specifiche norme del T.U.F., attinenti, come detto, alla fase della convocazione e della informazione preassembleare, di cui viene dettagliatamente motivata la sussistenza del requisito di non

incompatibilità con il tipo societario della cooperativa (es.: art. 125 bis limitatamente ad alcuni commi; art. 126; art. 126-bis; art. 127 bis; art. 127 ter; art. 127 quater), norme tra le quali non compaiono nè l'art. 127 T.U.F. nè gli artt. 143 bis e 143 ter del Regolamento Emittenti, che disciplinano il diverso profilo delle modalità di esercizio del voto elettronico e per corrispondenza nell'ambito delle società per azioni.

Del resto, ribadiamo nuovamente che la stessa formulazione letterale dell'art. 127 T.U.F. (“*La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell’assemblea nei casi previsti dall’articolo 2370, comma quarto, del codice civile*”), contenente un rinvio specifico e puntuale alla sola norma dettata per il voto elettronico nelle società per azioni (art. 2370 c.c.) e non anche alla omologa norma dettata in tema di società cooperativa (art. 2538 c.c.), ne impone necessariamente una interpretazione restrittiva quanto all’ambito di applicazione soggettiva.

Esce perciò definitivamente confermata la impossibilità di derogare al principio assembleare/collegiale per il tramite della istituzione di centri di voto ove i Soci possano votare a prescindere dalla partecipazione al dibattito assembleare, con riferimento alle delibere di nomina degli organi sociali.

4. La prima sentenza emanata in materia nel senso della legittimazione dei centri di voto: un evidente caso di strabismo bascocentrico.

Il Tribunale di Bologna¹³, chiamato ad occuparsi del tema e quindi a verificare la legittimità della delibera di assemblea ordinaria di una Banca Popolare quotata di nomina dal Consiglio di amministrazione svoltasi con possibilità dei Soci di votare in centri di voto prima, durante e dopo l’inizio e la conclusione del dibattito assembleare, ha deciso per la legittimità della assemblea con una motivazione che, pur articolandosi formalmente in una pluralità di ragioni, si risolve di fatto in un unico assorbente argomento – la mancata menzione dell’art. 127 TUF nella elencazione contenuta al successivo art. 135-bis TUF – che surrettiziamente porta ad aggirare tanto il tenore letterale dell’art. 127 TUF, laddove esso rinvia *per relationem* alla sola disciplina codicistica delle società per azioni, quanto le fonti normati-

¹³ Tribunale di Bologna – Sezione specializzata per l’impresa, sentenza 18 marzo 2014 n. 899, inedita.

ve dell'una e dell'altra disposizione, le quali per espressa prescrizione del legislatore delegante e del legislatore delegato avevano inteso escludere le società cooperative dall'ambito di applicazione della riforma in tema di diritti dei soci di società quotate.

La prospettiva di indagine adottata dal Tribunale conferisce primario e risolutivo valore al disposto dell'art. 135-bis¹⁴ e piega ad esso l'interpretazione dell'intero e ben più complesso quadro normativo in cui si inserisce, sebbene questo contenga inequivocche indicazioni interpretative di segno esattamente contrario:

«L'art. 135 bis si preoccupa di stabilire espressamente quali siano le norme del testo non applicabili alle cooperative. Nella sua versione originaria, introdotta dal d.lgs. 27/2010, detta norma prevedeva che: "Ferme restando le esclusioni espressamente previste dal presente decreto legislativo, non si applicano alle società cooperative con azioni quotate gli articoli 116, comma 2-ter, 125-bis, 125-ter, 125-quater, 126, comma 2, 126-bis, 127-bis, 127-quater, 147-ter, comma 1-bis, 148, comma 2, ultimo periodo, 154-ter, commi 1, 1-bis e 1-ter, 158, comma 2. Alle predette società si applicano le disposizioni della predetta sezione".

L'art. 135 bis TUF nella versione introdotta dal decreto correttivo prevede che: "Alle società cooperative non si applica il comma 2 dell'articolo 125-bis, nonché il comma 4, lettera b), numero 1), limitatamente alle parole: "del diritto di porre domande prima dell'assemblea" e numero 3, e lettera c), del medesimo articolo. Non si applicano altresì gli articoli 127-bis, 127-ter e 127-quater. Restano ferme le altre esclusioni espressamente previste dal presente decreto".

Appare evidente che in base al chiaro dettato della norma, trovi piena

¹⁴ Questo il testo del citato art. 135 bis Testo Unico Finanza:

Articolo 135 bis

(Disciplina delle società cooperative)

1. Alle società cooperative non si applica il comma 2 dell'articolo 125-bis, nonché il comma 4, lettera b), numero 1), limitatamente alle parole: "del diritto di porre domande prima dell'assemblea" e numero 3, e lettera c), del medesimo articolo. Non si applicano altresì gli articoli 127-bis, 127-ter e 127-quater.

2. Restano ferme le altre esclusioni espressamente previste dal presente decreto.

3. Il termine previsto dall'articolo 126-bis, comma 2, primo periodo, è ridotto a dieci giorni.

applicazione in una lettura a contrario della disposizione, alla banca in forma di cooperativa, sia secondo l'originario decreto legislativo, sia secondo il successivo correttivo, l'art. 127 TUF che così recita: "(Voto per corrispondenza o in via elettronica). La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'articolo 2370, comma quarto, del codice civile.»

In tale prospettiva, la circostanza che l'art. 127 TUF¹⁵, nel contemplare il voto elettronico, contenga un rinvio espresso ed esclusivo alla disciplina codicistica dettata in tema di società per azioni si deve ritenere ad avviso del Giudice del tutto inconferente. L'art. 135-bis – esso afferma – non menziona l'art. 127, quindi il richiamo normativo in esso contenuto all'art. 2370 c.c. è da intendere riferito non già alla disciplina del voto elettronico a distanza dettata per le società per azioni, ma alle modalità con cui lo Statuto della società, sia essa società per azioni o società cooperativa, può disciplinare l'esercizio del voto elettronico a distanza:

“In merito non si può condividere l'opzione interpretativa offerta da parte attrice dell'art. 127 TUF.

Secondo gli attori il tenore letterale dell'art. 127 TUF conterrebbe un richiamo normativo espresso ed esclusivo alle società per azioni (“La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'art. 2370, comma quarto, del codice civile”) con palese esclusione di tale regime per le società cooperative.

L'impostazione non appare corretta. Ed invero, come si è già detto esiste una norma specifica che enuncia le norme del TUF non applicabili alle cooperative e tra queste non vi è l'art. 127.

Tale dato di specifica enunciazione delle esclusioni e, a contrario, di specifica indicazione delle inclusioni, porta ad un dato incontrovertibile e cioè che l'art. 127 è applicabile alle cooperative.

Su tale premessa occorre concludere che il richiamo contenuto in detto articolo all'art. 2370 cc ha come oggetto specifico, non tanto le società per

¹⁵ Questo il testo del citato art. 127 Testo Unico Finanza:
Articolo 127

(Voto per corrispondenza o in via elettronica)

1. La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'articolo 2370, comma quarto, del codice civile.

azioni tout court, con esclusione quindi delle cooperative, quanto le modalità attraverso le quali, lo statuto, nel rispetto del Regolamento Emittenti Consob, può prevedere lo svolgimento di assemblee per mezzo di strumenti di telecomunicazione, ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica, con l'aggiunta della relativa fictio che impone di considerare presenti all'assemblea coloro che scelgono di utilizzare questa particolare modalità di voto.

Sotto il profilo letterale, pure invocato da parte attrice, valga la considerazione che l'art. 127 TUF non contiene affatto nè esplicitamente nè implicitamente una limitazione alle società per azioni, con esclusione dunque delle società cooperative quantunque con azioni quotate in mercati regolamentati, ma si limita a richiamare le particolari modalità di voto contenute nell'art. 2370 cc apparendo non casuale il richiamo al solo quarto comma di detta norma”.

Neppure l'esistenza di una espressa esclusione delle società cooperative, posta dal legislatore delegante e recepita da quello delegato quale limite soggettivo generale di applicazione della disciplina di cui si discute, può in tesi del Tribunale considerarsi ostativa della interpretazione proposta.

Esso riconosce che da questo punto di vista il ragionamento è “diverso e più complesso”, vedendosi infatti costretto a prendere atto di un dato normativo di inoppugnabile evidenza: la Legge n. 88 del 7.7.2009, nel delegare il Governo ad emanare la disciplina di recepimento della Direttiva CE n. 36/2007 su taluni diritti degli azionisti di società quotate, aveva fissato quale espresso principio e criterio direttivo per l'esercizio della delega legislativa la esclusione delle società cooperative dall'ambito di applicazione della normativa di recepimento

“Diverso e più complesso appare il ragionamento proposto con riferimento all'iter legislativo che ha portato alla attuale formulazione della norma in questione.

L'art. 127 trova la propria fonte normativa nella Direttiva 2007/36/CE relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, che all'art. 8 impegnava gli Stati membri a disciplinare la impossibilità di introdurre per via statutaria modalità di partecipazione all'assemblea e di esercizio del voto tramite mezzi elettronici.

L'art. 1 comma 3 consentiva tuttavia agli Stati membri di escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva alcune categorie speciali di società, quantunque quotate nei mercati regolamentati, tra le quali, per quanto qui rileva, le società cooperative (lett. c).

Il legislatore italiano si è avvalso di tale facoltà di esenzione e con la Legge delega n. 88 del 7.7.2009 ha espressamente imposto l'esclusione delle società cooperative dall'ambito di applicazione del decreto delegato di recepimento della Direttiva. L'art. 31 lett. a) della Legge delega così prevedeva: "Nella predisposizione del decreto legislativo per l'attuazione della direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 2, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi: a) definire l'ambito di applicazione delle norme di recepimento della direttiva 2007/36/CE emanate ai sensi della delega di cui al presente articolo, escludendo da esso gli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e le società cooperative (...)"

Ma, sovvertendo la chiara gerarchia delle fonti e le regole di interpretazione che a questa dovrebbero ispirarsi, il Tribunale attribuisce ancora una volta valore preclusivo ed assorbente al dettato dell'art. 135-bis TUF, che non menziona l'art. 127 TUF e ne confermerebbe perciò la piena vigenza anche in relazione alle società cooperative, a nulla rilevando che il legislatore delegante avesse inteso escludere tale tipo societario dall'ambito di applicazione delle nuove disposizioni di derivazione comunitaria e a nulla rilevando, come già detto, che la disposizione in questione contenga un rinvio espresso alla sola disciplina codicistica delle società per azioni:

"L'art. 127 TUF era già stato escluso dal decreto legislativo del 2010 dalle norme inapplicabili alle società cooperative. Ed invero occorre ricordare che nella sua versione originaria l'art. 135 già prevedeva l'applicazione del 127 TUF alle cooperative: "Ferme restando le esclusioni espressamente previste dal presente decreto legislativo, non si applicano alle società cooperative con azioni quotate gli articoli 116, comma 2-ter, 125-bis, 125-ter, 125-quater, 126, comma 2, 126-bis, 127-bis, 127-quater, 147-ter, comma 1-bis, 148, comma 2, ultimo periodo, 154-ter, commi 1, 1-bis e 1-ter, 158, comma 2. Alle predette società si applicano le disposizioni della predetta sezione"

La successiva emanazione del D.Lgs. correttivo n. 91 del 18-6-2012, che ha esteso alle società cooperative talune norme introdotte in sede di primo recepimento della disciplina comunitaria, confermerebbe la precisa volontà del legislatore delegato di operare una "applicazione selettiva" della delega ricevuta, con l'obiettivo di attuare una "omogeneizzazione" della disciplina applicabile agli azionisti di società quotate, senza distinzioni tra azionisti

di società per azioni e azionisti di società cooperative. Quindi, la mancata espressa menzione dell'art. 127 TUF nel novero delle norme inapplicabili alle società cooperative e la successiva estensione di disciplina introdotta dal decreto correttivo sarebbero coerenti espressione di una identica e generale tendenza alla equiparazione tra i due tipi societari:

“Sembra emergere proprio dalla lettura delle norme del correttivo e dalla relazione illustrativa che con il predetto provvedimento il legislatore abbia continuato l'opera di omogeneizzazione di trattamento degli investitori in società quotate nel rispetto però delle peculiarità delle società cooperative. I provvedimenti, dunque, succedutisi nel tempo hanno fatto una applicazione selettiva della delega specifica contenuta nell'art. 31 estendendo o limitando alle cooperative le norme dettate in ossequio alla Direttiva comunitaria citata, avanzando in un'ottica di maggiore apparentamento delle cooperative alle società che si rivolgono al mercato degli investitori rispetto alla forma tradizionale di aggregazione designata dalle regole ordinarie del codice civile. Prova ne sia che proprio il correttivo anziché estendere, ha addirittura limitato l'ambito di esclusione delle norme applicabili alle cooperative di cui all'originario d.lgs. 27/2010, essendo state estese a queste ultime gli artt. 125-bis in materia di avviso di convocazione dell'assemblea, l'art. 125-ter in termini di relazione sulle materie all'ordine del giorno, l'art. 125-quater sul contenuto del sito internet, l'art. 126 sulle convocazioni successive alla prima e l'art. 126-bis sulla integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea”.

Dopo avere richiamato la relazione illustrativa del decreto correttivo in cui il legislatore delegato precisa che *l'opzione esercitata “non sarebbe (n.d.r.: significativo l'uso del condizionale!!) in contrasto con la delega legislativa”* in quanto *“l'esclusione disposta dall'art. 31, comma 1, lett. a), della legge comunitaria 2008, va infatti correlata con la tutela della specificità delle cooperative”*, il Tribunale afferma che nel caso del voto elettronico a distanza non verrebbe in rilievo alcuna esigenza di tutela della specificità delle società cooperative, per le quali era già consentita in passato tale modalità di formazione della volontà assembleare e si attuerebbe un semplice allargamento ai casi in cui manchi una proposta di deliberazione interamente riproducibile nell'avviso di convocazione:

“La finalità primaria dichiarata ed esplicita del legislatore è la tutela della parità di posizione e di esercizio dei propri diritti da parte degli investitori, senza entrare in rotta di collisione con il nucleo delle peculiarità delle società cooperative.

La scelta del legislatore sembra del tutto coerente con i principi enunciati anche rispetto all'art. 127 TUF (sempre che in questa sede sia consentito al giudice valutare tale aspetto in presenza di una norma specifica che detta le esclusioni di alcune norme alle cooperative tra le quali non vi è l'art. 127), dovendosi considerare che ancor prima della direttiva SHRD, le cooperative conoscevano il voto per corrispondenza e attraverso mezzi di telecomunicazione, mentre l'allargamento di tale facoltà anche al caso di espressione del voto che non abbia ad oggetto una proposta di deliberazione interamente contenuta nell'avviso di convocazione, da un lato non collide con alcun principio cardine del mondo cooperativo e dall'altro realizza la finalità primaria dei provvedimenti appena citati e cioè la parità di trattamento degli investitori" (pagg. 23 sentenza).

I Giudici hanno infine affermato che la correttezza della interpretazione accolta riceverebbe conferma anche dall'art. 24 dello Statuto della Banca che ha previsto la possibilità di fare ricorso al voto elettronico a distanza:

"Procedendo ad un esame per così dire a ritroso delle norme considerate, partendo cioè dalla norma statutaria di BPER a quelle di rango superiore, il risultato interpretativo appena proposto non cambia. Ed invero il testo dell'art. 24, comma 9 Statuto così recita: "Nel rispetto della normativa vigente, il Consiglio di amministrazione può consentire l'esercizio del diritto di voto prima dell'Assemblea o durante il suo svolgimento, senza necessità di presenza fisica alla stessa in proprio o tramite delegato, mediante l'utilizzo di mezzi elettronici con modalità da rendersi note nell'avviso di convocazione dell'Assemblea tali da garantire l'identificazione dei soggetti cui spetta il diritto di voto, la sicurezza delle comunicazioni e, in caso di voto segreto, la segretezza". Va peraltro osservato che tale clausola è stata sottoposta al preventivo vaglio autorizzativo della Banca d'Italia secondo quanto disposto dall'art. 56 TUB, con conseguente piena deliberazione di legittimità. Sul punto appare evidente il richiamo alla norma regolamentare Consob la cui operatività è affermata dall'art. 127 TUF nei casi di cui all'ultimo comma dell'art. 2370 cc."

- 5. L'errore in cui è incorso il tribunale nel ritenere rinvenibile nell'art. 127 tuf la disciplina applicabile alle società cooperative quotate con conseguenza legittimo ricorso al voto elettronico a distanza anche per l'adozione della delibera di nomina degli organi sociali. Necessità di offrire una interpretazione dell'art. 127 tuf coerente alla sua lettera e ai principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 88/2009.**

L'interpretazione dell'art. 127 TUF offerta dal Tribunale di Bologna è prima di tutto errata in sé alla luce del tenore letterale della norma in questione, che rimanda inequivocabilmente ed esclusivamente alle società per azioni. Ma è ancor più errata per la distorta considerazione delle fonti normative da cui l'art. 127 TUF deriva la sua attuale formulazione, rappresentate in via primaria e gerarchica dalla Legge delega n. 88/2009, che avvalendosi di una specifica opzione offerta dalla Direttiva CE sui diritti degli azionisti di società quotate, aveva fornito al legislatore delegato un criterio direttivo di assoluta specificità ed univocità: la esclusione delle società cooperative dal perimetro soggettivo di recepimento e di applicazione della disciplina comunitaria.

A fronte di un vincolo normativo così stringente – peraltro non causale, ma a sua volta derivato da una espressa opzione comunitaria che per il fatto stesso di essere stata contemplata attesta l'obiettiva specificità delle società cooperative e la ragionevolezza di una loro esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina – l'opera interpretativa che il Tribunale era chiamato a compiere avrebbe dovuto porsi come obiettivo imprescindibile proprio quello di offrire una lettura dell'art. 127 TUF coerente con le indicazioni del legislatore delegato, vale a dire una lettura costituzionalmente orientata. Tale lettura era non solo doverosa, ma assolutamente possibile e conforme al dato letterale dello stesso art. 127 TUF di cui si è detto in apertura, che di per sé basta a sostenere la conclusione che il voto elettronico nelle società cooperative quotate continua a trovare la sua regolamentazione nell'art. 2538 c.c.

Il Tribunale ha invece adottato una soluzione esattamente confliggente con le prescrizioni della legge delega ed opposta alla indicazione sempre ribadita dalla Consulta di tentare, sin dove possibile, una interpretazione costituzionalmente orientata. I Giudici hanno infatti attribuito assorbente rilievo alla considerazione che l'art. 135-bis TUF non menziona l'art. 127 TUF, neppure menzionato nel suo tenore letterale, da ciò traendone la conclusione che il vincolo contenuto nella legge delega circa la esclusione delle società cooperative dall'ambito di recepimento della disciplina comunitaria poteva e doveva intendersi come un vincolo elastico, passibile di "*applicazione selettiva*" da parte del legislatore delegato. In altri termini, l'interpretazione della legge delega è stata piegata a quella (presunta) della legge delegata, il che è l'esatto opposto di quanto prescritto dai predetti canoni ermeneutici.

Ma anche volendo ammettere – in ipotesi estrema – che l'interpretazione proposta dai Giudici sia la sola possibile in relazione alle norme date, si dovrebbe allora necessariamente concludere che il D.lgs. n. 27/2010 è

affetto da vizio di incostituzionalità per eccesso di delega legislativa, vizio che investirebbe nello specifico l'art. 127 TUF e l'art. 135-bis TUF laddove il loro congiunto esame porta ad affermare che la disciplina del voto elettronico ivi prevista si applica anche alle società cooperative con azioni quotate.

L'art. 1, comma 3, lett. c), della Direttiva Ce n. 36/2007, nel definire "oggetto e ambito di applicazione" della disciplina su taluni diritti degli azionisti di società quotate, aveva riservato agli Stati membri la possibilità di escludere dall'ambito di recepimento alcune tipologie di soggetti, tra queste le società cooperative:

"Gli Stati membri possono escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva i seguenti tipi di società: (...) c) società cooperative."

L'opzione, rimessa al prudente apprezzamento dei singoli Stati membri, attesta l'esistenza di una obiettiva questione di peculiarità del modello societario cooperativo e la piena ragionevolezza di un approccio normativo volto a mantenere per esse una disciplina in tutto o in parte distinta.

Naturalmente, dato il carattere lato della facoltà accordata in sede comunitaria, il legislatore italiano, nel delegare al Governo l'attuazione della direttiva, avrebbe potuto percorrere diverse soluzioni alternative, più o meno elastiche, più o meno passabili di un'opera di interpretazione finalistica da parte del legislatore delegato, più o meno compatibili con un approccio di carattere discrezionale. Invero:

- avrebbe potuto non avvalersi affatto della opzione concessa;
- avrebbe potuto avvalersi di tale opzione in modo selettivo, attraverso la puntuale indicazione delle singole materie trattate dalla direttiva ritenute insuscettibili di applicazione alle società cooperative e di quelle ritenute viceversa compatibili con una estensione ad esse;
- avrebbe potuto rimettere la concreta individuazione delle materie escluse al legislatore delegato, limitandosi a fissare i criteri direttivi generali e gli obiettivi di politica legislativa cui conformare caso per caso, istituto per istituto, norma per norma, la scelta sul perimetro di esenzione in ragione dell'impatto sulla specificità del tipo cooperativo;
- infine, all'estremo opposto, avrebbe potuto prevedere che le società cooperative, ancorchè con azioni quotate in mercati regolamentati, rimanessero escluse *tout court* dall'ambito di recepimento della direttiva integralmente ed unitariamente intesa, con riferimento quindi a tutte le singole materie trattate.

Quest'ultima soluzione – tanto netta quanto di inequivoca interpretazione – è quella accolta dal legislatore italiano, che all'art. 31, comma 1, lett. a, della legge comunitaria n. 88 del 7-7-2009 ha indicato tra i "criteri e i principi direttivi" il seguente:

“Nella predisposizione del decreto legislativo per l’attuazione della direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, relativa all’esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all’articolo 2, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi:

a) definire l’ambito di applicazione delle norme di recepimento della direttiva 2007/36/CE emanate ai sensi della delega di cui al presente articolo, escludendo da esso gli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e le società cooperative;

(...)”.

Nè dalla lettura dei criteri enunciati alle successive lettere b-q nè di quelli enunciati al precedente art. 2 – estranei tanto direttamente che indirettamente al tema delle società cooperative – è possibile trarre alcun elemento idoneo a legittimare una interpretazione elastica della citata disposizione o – per usare le parole del Tribunale – una sua “*applicazione selettiva*”.

Pare anzi evidente che la disposizione in esame, per la assolutezza e tassatività del divieto di estensione della disciplina di recepimento alle società cooperative, sia qualificabile più propriamente come un “*limite di oggetto*” della delega o come “*norma di dettaglio*” che non come un semplice “*principio e criterio direttivo*”.

Nel documento di consultazione predisposto dal Ministero dell’Economia e Finanza in vista dell’emanazione del decreto legislativo delegato¹⁶, si dà atto della esistenza di questo espresso limite di delega: “*L’ambito di applicazione della DSHR è limitato alle società che hanno sede in uno Stato membro e le cui azioni siano ammesse alla negoziazione su un mercato regolamentato situato o comunque operante in uno Stato membro (articolo 1, par. 1). È consentita l’esclusione dal campo di applicazione della direttiva delle società cooperative e degli o.i.c.v.m. e organismi equivalenti (articolo 1, par. 3). L’articolo 31, LC 2008 prevede espressamente l’esclusione dall’ambito di applicazione delle norme di attuazione della DSHR degli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e delle società cooperative*”.

È in ragione di questa riconosciuta delimitazione dell’ambito soggettivo di recepimento della normativa comunitaria che il Governo è intervenuto con il Decreto Legislativo n. 27 del 27-1-2010, modificando in punto di voto elettronico due norme:

¹⁶ Il documento è consultabile sul sito internet del Ministero dell’Economia e Finanza – Dipartimento del Tesoro all’indirizzo www.dt.tesoro.it.

– innanzitutto, l'art. 2370, comma 4, c.c.: “*Lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all'assemblea*” (art. 1, comma 5, D.Lgs. n. 27/2010).

– in secondo luogo, l'art. 127 TUF: “*La Consob stabilisce con regolamento le modalità di esercizio del voto e di svolgimento dell'assemblea nei casi previsti dall'articolo 2370, comma quarto, del codice civile*” (art. 3, comma 9, D.Lgs. n. 27/10).

È evidente che l'art. 127 TUF, per la sua stessa formulazione letterale che si sostanzia in un mero rinvio esterno all'art. 2370 c.c., non può che intendersi come univocamente ed espressamente riferito alle sole società per azioni.

A ben vedere, l'art. 127 TUF non contiene alcuna disciplina neppure generica del voto elettronico, ma si limita a conferire alla Consob un potere di normazione secondaria in relazione alla disciplina primaria dettata in via diretta ed esclusiva dall'art. 2370 c.c., ovvero una norma esterna al Testo Unico Finanza, riferita alle sole società per azioni e per la quale non è previsto alcun meccanismo di estensione automatica alle società cooperative, posto che esse trovano nello stesso Codice civile una propria autonoma disciplina in tema di voto elettronico, rappresentata dall'art. 2538, comma 6, c.c. Quindi, la disciplina del voto elettronico segue a livello codicistico un percorso differenziato tra società per azioni e società cooperative e il Testo Unico Finanza, nella versione modificata dal D.Lgs. n. 27/2010, non ha inciso su questa distinzione, essendosi limitato a prevedere unicamente rispetto all'art. 2370 c.c. un potere di normazione secondaria della Consob.

L'argomento della mancata inclusione dell'art. 127 TUF nell'elencazione riportata al successivo art. 135-bis, argomento a cui si riduce di fatto l'intera motivazione sviluppata dal Tribunale di Bologna, risulta perciò del tutto inconferente, non ponendosi nel caso di specie alcuna questione neppure astratta di estensione di disciplina, che non è contenuta nel Testo Unico Finanza e che è invece dettata dal Codice civile in modo distinto e parzialmente difforme per i due tipi societari.

La circostanza che l'art. 127 TUF abbia inteso menzionare l'art. 2370 c.c. e non anche l'art. 2358 c.c. vale di per sé ad integrare una espressa esclusione delle società cooperative, caso fatto salvo dal secondo comma dell'art. 135-bis c.c. (“*Restano ferme le altre esclusioni espressamente previste dal presente decreto*”).

L'indagine sulla portata dell'art. 127 TUF non può inoltre prescindere

dalla centrale considerazione che il meccanismo dei centri di voto, per sua propria natura ed a prescindere dal fatto che il voto vi possa essere espresso prima, durante o dopo lo svolgimento del dibattito assembleare, si colloca al di fuori della cornice della collegialità assembleare, non prevedendo un collegamento all'assemblea e quindi non consentendo a priori nè la partecipazione al dibattito da parte del socio che fosse interessato ad intervenire nè la possibilità per gli altri soci di ascoltare gli interventi altrui.

Accolte queste premesse, è impossibile negare che il sistema dei centri di voto così come applicato *in subiecta materia* dalla Banca comporti l'azzeramento del metodo collegiale, univocamente indicato da dottrina e giurisprudenza quale principio cardine di funzionamento della democrazia cooperativa, con valenza di ordine pubblico e tendenzialmente indefettibile se non in forza di espressa previsione derogatoria, necessariamente oggetto di stretta interpretazione.

In un così chiaro contesto e in presenza di principi di ordine pubblico economico desunti dalla complessiva regolamentazione della materia, dal punto di vista logico-giuridico solo una espressa disposizione normativa, entro i rigorosi limiti dalla stessa fissati, può consentire una deviazione dal metodo assembleare collegiale, non potendosi certo sostenere l'abrogazione di detto metodo sulla base di una interpretazione "adattativa" alla differente disciplina applicabile alle società per azioni.

La motivazione che a tale riguardo è stata proposta dal Tribunale – il richiamo espresso all'art. 2370 c.c. non avrebbe come oggetto specifico le società per azioni, ma "*le modalità attraverso le quali, lo statuto, nel rispetto del regolamento Emittenti Consob, può prevedere lo svolgimento di assemblee per mezzo di strumenti di telecomunicazione, ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica*" – appare totalmente illogica ed elusiva.

Se questo fosse stato il reale intendimento del legislatore, egli avrebbe potuto delineare nello stesso art. 127 TUF la disciplina di base del voto elettronico indistintamente valevole per tutte le società con azioni quotate, per azioni e non, rimettendo alla Consob la regolamentazione di dettaglio. Ovvero, in alternativa, volendo recepire la disciplina di base già dettata dal Codice civile, avrebbe potuto operare un congiunto richiamo all'art. 2370 c.c. e all'art. 2538 c.c. Ma così non ha fatto, avendo espresso la volontà di intervenire con una regolamentazione di dettaglio nelle ipotesi disciplinate dall'art. 2370 c.c.

Il Tribunale insiste tuttavia sul fatto che la "lettera" dell'art. 127 TUF non contiene una espressa esenzione delle società cooperative: "*Sotto il*

profilo letterale, pure invocato da parte attrice, valga la considerazione che l'art. 127 TUF non contiene affatto nè esplicitamente nè implicitamente una limitazione alle società per azioni, con esclusione dunque delle società cooperative quantunque con azioni quotate in mercati regolamentati, ma si limita a richiamare le particolari modalità di voto contenute nell'art. 2370 c.c. apparendo non casuale il richiamo al solo quarto comma di detta norma".

A noi pare inequivocabile che il richiamo all'art. 2370 c.c. è la "lettera" della legge ed esso di per sé comporta una necessaria limitazione alle società per azioni, proprio perché la norma in questione è dettata dal Codice civile per le società per azioni e non anche per le società cooperative, che trovano una loro autonoma disciplina nell'art. 2538 c.c.

Risulta infine incomprensibile il senso dell'inciso finale sul significato concludente che assumerebbe il richiamo al solo quarto comma dell'art. 2370 c.c. ("*apparendo non casuale il richiamo al solo quarto comma di detta norma*"). Posto che la materia trattata è quella del voto elettronico, a noi pare oltremodo logico che il legislatore abbia richiamato il solo quarto comma dell'art. 2370 c.c., che tratta appunto di voto elettronico, e non anche gli altri commi, che si occupano di differenti profili in punto di diritto di intervento e voto in assemblea, senza che in ciò si possa ravvisare alcuna volontà di intendere questo richiamo in senso "neutrale", come genericamente riferibile tanto alle società per azioni quanto alle società cooperative.

6. Il rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega.

Fermo restando che la piana considerazione del contenuto letterale dell'art. 127 TUF è di per sé sufficiente a circoscriverne l'ambito di applicazione alle società per azioni, non può in ogni caso essere elusa la questione del rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega.

È, infatti, costante affermazione della Corte Costituzionale quella secondo la quale i principi stabiliti dal legislatore delegante costituiscono non solo il fondamento ed il limite delle norme delegate, ma anche un criterio interpretativo delle stesse, nel senso che esse vanno lette, fin tanto che ciò sia possibile, nel significato compatibile con i principi della delega. L'interprete tra le varie interpretazioni in astratto possibili, è dunque tenuto a scegliere quella che non si pone in contrasto con il dettato costituzionale e,

nel caso specifico della delega legislativa, quella in grado di armonizzare le disposizioni del decreto delegato con l'oggetto, i principi e i criteri direttivi fissati dalla legge delega¹⁷.

Nel caso di specie l'opera di interpretazione costituzionalmente orientata è resa quanto mai agevole dall'estremo grado di precisione, specificità e chiarezza della prescrizione fornita dal Parlamento al Governo: escludere in ogni caso e comunque le società cooperative dall'intero ambito di recepimento della Direttiva CE n. 36/2007 (*"Nella predisposizione del decreto legislativo per l'attuazione della direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 2, in quanto compatibili, anche i seguenti principi e criteri direttivi: a) definire l'ambito di applicazione delle norme di recepimento della direttiva 2007/36/CE emanate ai sensi della delega di cui al presente articolo, escludendo da esso gli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, e le società cooperative"*).

Se l'intendimento del legislatore delegante fosse stato quello di rimettere al Governo la individuazione dei singoli ambiti della riforma suscettibili di estensione alle società cooperative, avrebbe chiaramente fatto ricorso ad una formula tutt'affatto diversa, ad una enunciazione lata volta a stabilire i principi di ordine generale a cui conformare la selezione delle norme applicabili e di quelle inapplicabili. Viceversa, ha disposto puramente e semplicemente che le società cooperative non potevano formare oggetto dell'intervento normativo delegato.

A fronte di una così univoca volontà del legislatore delegante, la circostanza che l'art. 127 TUF rinvii *per relationem* alla sola disciplina delle

¹⁷ Nel senso indicato, *ex multis*, Corte Costituzionale, sentenza 27 dicembre 1996 n. 418, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, fasc. 6; Corte Costituzionale, sentenza 5 febbraio 1999 n. 15, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 1999, 136; Corte Costituzionale, sentenza 17 ottobre 2000 n. 425, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 2000, 5; Corte Costituzionale, sentenza 13 luglio 2000 n. 276, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 2000, 2148; Corte Costituzionale, sentenza 11 aprile 2008 n. 98, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 2008, 2, 1165. Per una più ampia e meditata ricognizione della giurisprudenza edita in tema di legittimità della legge delegata si rimanda al quaderno *"La delega legislativa"*, 2008, a cura di M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCCILLI, consultabile sul sito internet della Corte Costituzionale all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

società per azioni non può che essere interpretato nel senso della irrefeibilità della norma alle società cooperative, lettura al tempo stesso coerente con il tenore della norma e rispettosa dei limiti di oggetto fissati della legge delega. Quand'anche residuasse un dubbio interpretativo sulla portata applicativa dell'art. 127 TUF, esso andrebbe quindi sciolto nel senso indicato dal legislatore delegato, ovvero della non applicazione alle società cooperative.

Senonchè, il Tribunale di Bologna non solo non ha tentato una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 127 TUF, ma ha piegato la chiara lettera della legge delega ad obiettivi di tutela ad essa del tutto estranei, alterandone il significato e subordinando di fatto la sua interpretazione a quello della legge delegata: l'esatto opposto di ciò che avrebbe richiesto una interpretazione coerente ai principi costituzionali.

I Giudici muovono ancora una volta dalla considerazione che l'art. 135-bis TUF non menziona l'art. 127 tra le norme inapplicabili alle società cooperative e ne desumono l'esistenza di una precisa volontà del Governo di operare *“una applicazione selettiva della delega specifica contenuta nell'art. 31 estendendo o limitando alle cooperative le norme dettate in ossequio alla Direttiva comunitaria citata”*, cioè con l'obiettivo di realizzare una *“omogeneizzazione”* e un *“apparentamento”* delle società cooperative alle società per azioni, ove ricorra il comune requisito della quotazione nei mercati regolamentati

Tale volontà sarebbe confermata dalla successiva emanazione del Decreto legislativo n. 91/2012 (cd. decreto correttivo), con cui il Governo ha esteso alle società cooperative talune norme del TUF introdotte in sede di primo recepimento della direttiva comunitaria, e non potrebbe considerarsi con i criteri direttivi fissati dalla legge delega, in quanto finalizzata a garantire la *“parità di posizione e di esercizio dei propri diritti da parte degli investitori, senza entrare in rotta di collisione con il nucleo delle peculiarità delle società cooperative”*. Con specifico riferimento all'art. 127 TUF, *“ancor prima della direttiva SHRD, le cooperative conoscevano il voto per corrispondenza e attraverso mezzi di telecomunicazione, mentre l'allargamento di tale facoltà anche al caso di espressione del voto che non abbia ad oggetto una proposta di deliberazione interamente contenuta nell'avviso di convocazione, da un lato non collide con alcun principio cardine del mondo cooperativo e dall'altro realizza la finalità primaria dei provvedimenti appena citati e cioè la parità di trattamento degli investitori”*.

Il punto è che la *“parità di trattamento degli investitori”* esula dalle finalità ispiratrici della legge delega e, ancor prima, della direttiva comunitaria.

L'art. 4 della direttiva è rubricato *“parità di trattamento”*, ma la previ-

sione in esso contenuta è riferita alla esigenza di assicurare identico livello di tutela ai soci di una stessa società (“*La società assicura la parità di trattamento di tutti gli azionisti che si trovano nella stessa posizione per quanto concerne la partecipazione e l’esercizio dei diritti di voto in assemblea*”) e non riguarda assolutamente la questione, tutt’affatto distinta, se equiparare o meno la disciplina delle società cooperative a quella delle società per azioni.

Tale questione è invece affrontata dalla direttiva all’art. 1, lett. c, tramite il riconoscimento della facoltà dei singoli Stati membri di escludere le società cooperative dall’ambito di recepimento della disciplina comunitaria, a riprova di una esigenza di tutela della specificità delle cooperative che per *ratio* è esattamente opposta a quella di “*apparentamento*” o “*omogeneizzazione*” affermata dai Giudici.

Il Parlamento italiano, nel porre le basi per il recepimento della direttiva, ha optato per la completa differenziazione di disciplina tra società per azioni e società cooperative e lo ha fatto con una previsione che, come ampiamente evidenziato, è tale per la sua precisione e tassatività da configurarsi come vera e propria norma di dettaglio più che come semplice principio o criterio direttivo.

Ciò implica a monte una valutazione di non compatibilità con la specificità delle società cooperative anche quotate, le cui ragioni dovrebbero risultare ben chiare alla luce delle considerazioni svolte in ordine alla peculiare rilevanza che il diretto confronto assembleare assume nell’ambito di questo tipo societario e al presidio che le condizioni poste dall’art. 2538 c.c. garantiscono in relazione ad esso.

In materia di delega legislativa la Corte Costituzionale ha costantemente ritenuto che quanto più i principi ed i criteri direttivi impartiti dal legislatore delegante sono analitici e dettagliati, tanto più ridotti risultano i margini di discrezionalità lasciati al legislatore delegato e tanto più rigoroso deve essere il vaglio di legittimità della norma delegata, nel senso della sua aderenza ai criteri direttivi predeterminati, tenuto conto della *ratio* perseguita¹⁸.

¹⁸ Nel senso indicato, *ex multis*, Corte Costituzionale, sentenza 6 giugno 1991 n. 250, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 1991, 2046; Corte Costituzionale, sentenza 12 giugno 1991, n. 259, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 1991, 2100; Corte Costituzionale, sentenza 10 ottobre 1990, n. 435, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 1990, 2593; Corte Costituzionale, sentenza 24 febbraio 1995, n. 59, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 1995, 503; Corte Costituzionale, sentenza 27 aprile 2000 n. 126, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale* 2000, 1060. Per una più ampia e meditata ricognizione della giurispru-

Nel caso di specie, specificità e *ratio* della previsione contenuta all'art. 31, lett. a, della legge delega escludono con certezza che il legislatore delegato fosse legittimato a procedere ad una estensione selettiva della disciplina di recepimento alle società cooperative e impongono di interpretare coerentemente l'art. 127 TUF, come riferibile alle sole società per azioni.

La circostanza che con il successivo decreto correttivo il Governo abbia viceversa ritenuto di poter procedere ad una estensione selettiva di talune norme già contenute nel D.Lgs. n. 27/2010 non può legittimare una diversa soluzione del presente giudizio.

Premesso che l'art. 127 TUF non vi è in esso neppure menzionato e che nessuna delle norme toccate attiene al caso di specie, il quesito fondamentale che ci si deve porre è se l'intervento correttivo e le ragioni esplicitate a fondamento della sua adozione possano costituire il valido parametro orientativo per l'interpretazione dell'originario decreto delegato. In alter termini, la portata e la coerenza costituzionale del decreto delegato devono essere valutate in rapporto alla legge delega o a un successivo intervento normativo che ha di fatto stravolto la *ratio* ispiratrice della stessa legge delega?

Nella domanda è già implicita la nostra risposta ed essa non può che condurre ad affermare che l'art. 127 TUF non si applica alle società cooperative, conformemente a quanto prescritto dai principi e criteri direttivi della delega.

Certamente, le considerazioni sin qui esposte portano a profilare una seria questione di validità del decreto correttivo; questione che si è posto lo stesso Governo nella relazione illustrativa del D.Lgs. n. 91/2012, esprimendosi significativamente in chiave dubitativa (“*La modifica del decreto legislativo 27/2010 nel senso appena indicato non sarebbe in contrasto con la delega legislativa*”), ma che comunque non attiene al presente giudizio e potrà semmai formare oggetto di valutazione da parte di altro organo giudicante.

Quand'anche ci si volesse porre dalla prospettiva di analisi fatta propria dal Tribunale (e, quindi, di fatto bypassare ogni questione di costituzionalità), a noi pare in ogni caso indubitabile che il D.Lgs. n. 91/2012 non soltanto non smentisce, ma anzi conferma a contrario la esclusione delle società cooperative dal perimetro soggettivo di applicazione dell'art. 127 TUF, per le ragioni sopra già esposte.

denza edita in tema di legittimità della legge delegata si rimanda al quaderno “*La delega legislativa*”, 2008, a cura di M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI, cit.

7. Le conseguenze non avvertite dal tribunale di Bologna della interpretazione proposta: illegittimità costituzionale degli artt. 127 e 135-bis tuf per vizio di eccesso di delega in riferimento agli artt. 76 e 77 costituzione.

Il vizio di incostituzionalità si profila quale *extrema ratio*, alla quale si deve ricorrere quando non sono profilabili soluzioni conservative alternative, non risultando possibile offrire una interpretazione della norma costituzionalmente orientata.

Per l'ipotesi in cui le considerazioni esposte nelle pagine precedenti non fossero ritenute in grado di sostenere una interpretazione dell'art. 127 TUF nel senso della sua riferibilità alle sole società per azioni quotate, si profilerebbe allora un vizio di eccesso di delega, in riferimento agli artt. 76 e 77 Costituzione, degli artt. 127 e 135-bis del Testo Unico Finanza, laddove prevedono la applicazione della disciplina dettata dall'art. 127 anche alle società cooperative con azioni quotate nei mercati regolamentati, in quanto adottati in violazione dell'art. 31, comma 1, lett. a, della Legge delega n. 88/2009.

La ammissibilità della questione di legittimità costituzionale è subordinata al ricorrere della duplice condizione della sua rilevanza e non manifesta infondatezza.

Quanto alla rilevanza, si tratta di condizione riconosciuta esistente dal Tribunale di Bologna, laddove ha evidenziato che la disciplina del voto elettronico dettata dall'art. 2538 c.c. non potrebbe trovare applicazione rispetto alla adozione delle delibere di nomina degli organi sociali di una società cooperativa con azioni quotate, in quanto inconciliabile sia con le modalità di convocazione dell'assemblea dettate dall'art. 125-bis TUF (*"Il test di compatibilità tra le modalità di voto a distanza previste dall'art. 2538 c.c. e la disciplina applicabile alle società quotate si risolve in senso negativo, come peraltro affermato dagli stessi attori. Ed invero l'art. 125-bis TUF prevede che l'avviso di convocazione deve indicare "le modalità e i termini di reperibilità del testo integrale delle proposte di deliberazione, unitamente alle relazioni illustrative, e dei documenti che saranno sottoposti"*) sia con la assenza del requisito di una proposta di deliberazione (*"l'allargamento di tale facoltà anche al caso di espressione del voto che non abbia ad oggetto una proposta di deliberazione interamente contenuta nell'avviso di convocazione..."*).

Quanto alla non manifesta infondatezza, la univocità del criterio direttivo fissato dall'art. 31, lett. a, Legge n. 88/2009, su cui pone di per sé la questione di legittimità costituzionale in termini di assoluta evidenza.