

COMMISSIONE STUDI D'IMPRESA

Studio n. 5630/I

Gaetano Petrelli

IL VOTO SEGRETO NELL'ASSEMBLEA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI E COOPERATIVE

Approvato dalla Commissione studi d'impresa il 31 marzo 2005

SOMMARIO: 1. PREMessa. - 2. IL VOTO SEGRETO NELL'ASSEMBLEA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI. - 3. IL VOTO SEGRETO NELL'ASSEMBLEA DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE. PRINCIPI GENERALI. - 4. SEGUE: LE COOPERATIVE QUOTATE NEI MERCATI REGOLAMENTATI. - 5. SEGUE: LE DELIBERAZIONI PER LA NOMINA ALLE CARICHE SOCIALI E PER LA RELATIVA REVOCA E SOSTITUZIONE. - 6. SEGUE: LE DELIBERAZIONI DELLE ASSEMBLEE SEPARATE E QUELLE DELL'ASSEMBLEA GENERALE. - 7. SEGUE: LE DELIBERAZIONI AVENTI AD OGGETTO L'AMMISSIONE DI NUOVI SOCI COOPERATORI. - 8. SEGUE: LE DELIBERAZIONI AVENTI AD OGGETTO L'ESCLUSIONE DI SOCI COOPERATORI. - 9. CONCLUSIONI.

1. Premessa.

Nel corso degli anni, la problematica dell'ammissibilità del voto segreto negli organi collegiali degli enti associativi è stata prevalentemente affrontata, da dottrina e giurisprudenza, in modo unitario per le diverse tipologie di enti. In conseguenza di tale approccio, la conclusione non poteva che essere di segno unitario: ed infatti la stragrande maggioranza delle sentenze e degli autori che su tale problema si sono pronunciati anteriormente alla riforma societaria del 2003 hanno concluso per l'ammissibilità¹, o al contrario per l'inammissibilità² di tale modalità di votazione,

* Pubblicato in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano 2005, 2, p.1260.

¹ Per l'ammissibilità del voto segreto in assemblea, cfr. POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 694; SALVATORE, *Voto segreto e banche di credito cooperativo*, in *Contratto e impr.*, 2001, p. 821; DE ANGELIS, *L'intervento del socio nelle assemblee delle società cooperative*, in *Società*, 2000, p. 815 ss.; FRE'-SBISA', *Della società per azioni*, I, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1997, p. 648; SIMONETTO, *Spunti interpretativi nella disciplina delle banche popolari. Il voto segreto nelle delibere assembleari delle cooperative con speciale riguardo alle banche popolari*, in *Le società cooperative negli anni novanta. Problemi e prospettive*, Milano 1993, p. 168; LUMBAU, *In tema di esercizio del diritto di voto*, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 825; LIBONATI, *Riflessioni critiche sui*

sulla base di argomentazioni che non tenevano conto del tipo sociale in relazione al quale, volta per volta, la questione veniva esaminata.

Scopo del presente studio è, pertanto, verificare in quale misura siano ipotizzabili soluzioni differenziate a seconda dei diversi modelli organizzativi e dei differenti

sindacati di voto, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 526 ss.; COSTANZA, *Delibere assembleari di spa a scrutinio segreto*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 11; FERRI, *Le società*, Torino 1987, p. 601; MASCHIO, *Il punto sulla questione della deliberazione assembleare di società di capitali (e di cooperative) a voto segreto in genere e per la nomina alle cariche sociali in specie*, in *Riv. soc.*, 1972, p. 979; ASQUINI, *In tema di voto segreto e altre questioni*, in *Giur. merito*, 1970, I, p. 500; GIULIANI, *Convocazione di assemblea fuori sede. Nomina del segretario. "Subdeleghe" e votazione segreta*, in *Riv. not.*, 1970, p. 497; SCORDINO, *La società cooperativa*, Napoli 1970, p. 262.

In giurisprudenza, nel medesimo senso, App. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 683; Cass. 21 novembre 1996 n. 10279, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3651, ed in *Società*, 1997, p. 775; Cass. 15 febbraio 1994 n. 1487, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2554; App. Trieste 27 gennaio 1992, in *Riv. not.*, 1992, p. 216; App. Trieste 15 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 495; Trib. Vallo della Lucania 4 novembre 1992, in *Riv. not.*, 1994, p. 148; Trib. Vallo della Lucania 6 novembre 1992, in *Società*, 1993, p. 360; App. Catania 5 aprile 1990, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1123; App. Milano 18 ottobre 1968, in *Giur. it.*, 1969, I, 2, c. 816, ed in *Riv. not.*, 1968, p. 1114

² Per l'inammissibilità del voto segreto, cfr. BONFANTE, *Delle società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna 2004, p. 2566 (per il quale residua un margine di dubbio in relazione alle delibere di nomina alle cariche sociali); GENNARI, *E' valida la deliberazione assembleare che introduce la modalità dello scrutinio segreto?*, in *Società*, 2003, p. 869; FIMMANO', *I sistemi di voto tra autonomia statutaria ed "autodeterminazione" assembleare*, in *Società*, 2002, p. 699 ss.; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino 2002, p. 40 ss.; PALLOTTA, *Illegittimità (senza eccezioni) del voto segreto*, in *Società*, 2001, p. 217; PALUMMO, *Scrutinio segreto ed astensione del socio nell'assemblea*, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 1433; PROVERBIO-GIANGROSSI, *Sostituzione di delibera invalida e voto a scrutinio segreto*, in *Società*, 2001, p. 709 ss.; BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1999, p. 582; COTTINO, *Le società - diritto commerciale*, I, 2, Padova 1999, p. 361 ss.; LEONE, *Invalità della clausola statutaria sul voto segreto in assemblea*, in *Società*, 1997, p. 428; BALZANO, *Nomina degli amministratori di società cooperativa con voto segreto*, in *Società*, 1997, p. 775; FIMMANO', *Voto occulto e dissenso palese*, in *Riv. not.*, 1994, p. 151; NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 868; TASSINARI, *Il voto segreto nelle assemblee di società*, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 497; SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3*, Torino 1994, p. 181 ss.; SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea delle società per azioni - Profili procedurali*, *ibidem*, p. 298 ss.; SGUOTTI, *Considerazioni in tema di voto segreto nelle società di capitali*, in *Nuova giur. civ.*, 1992, II, p. 417; BONAVERA, *Funzionamento dell'assemblea nelle cooperative*, in *Società*, 1988, p. 946; CITROLO, *Sulla votazione a scrutinio segreto nelle assemblee delle società per azioni*, in *Vita not.*, 1980, p. 1024; MISEROCCHI, *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Milano 1969, p. 139 ss.; SENA, *Il voto nell'assemblea della società per azioni*, Milano 1961, p. 423; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1956, p. 21.

In giurisprudenza, per l'illegittimità del voto segreto, Trib. Ferrara 25 luglio 2002, in *Società*, 2003, p. 869; Trib. Catania 18 gennaio 2001, in *Società*, 2001, p. 704, ed in *Vita not.*, 2001, p. 869; Trib. Bologna 11 gennaio 2000, in *Società*, 2001, p. 217; App. Milano 11 agosto 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1906; Trib. Vibo Valentia 23 agosto 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3652, ed in *Società*, 1997, p. 428; Trib. Udine 5 agosto 1996, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 1143; Trib. Udine 15 febbraio 1994, in *Società*, 1994, p. 1073; Trib. Udine 4 maggio 1993, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, p. 425; Trib. Udine 28 dicembre 1993, in *Società*, 1994, p. 522; Trib. Udine 3 dicembre 1992, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 496; Trib. Udine 14 marzo 1992, in *Società*, 1992, p. 1382; Trib. Udine 3 ottobre 1991, in *Vita not.*, 1992, p. 1248, ed in *Riv. not.*, 1992, p. 216; Trib. Verona 10 maggio 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 758; Trib. Milano 11 settembre 1989, in *Società*, 1989, p. 1290; Trib. Milano 21 giugno 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 12; Trib. Genova 22 ottobre 1987, in *Società*, 1988, p. 506; Trib. Trieste 26 settembre 1984, in *Società*, 1985, p. 60; Trib. Vicenza 19 giugno 1984, in *Società*, 1985, p. 193; Trib. Ascoli Piceno 17 maggio 1983, in *Società*, 1984, p. 46; Trib. Ascoli Piceno 17 dicembre 1975, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 828; Trib. Milano 10 marzo 1970, in *Riv. not.*, 1970, p. 497; App. Firenze 14 gennaio 1965, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1965, II, p. 83.

schemi causali. In particolare, l'analisi sarà concentrata sulla disciplina delle società capitalistiche nonché, in contrapposizione ad essa, sulle particolarità del tipo cooperativo rispetto allo schema di riferimento costituito dalla disciplina delle società per azioni (anche la regolamentazione della società a responsabilità limitata si presenta gravemente lacunosa nella materia *de qua*, e necessita a sua volta di essere integrata con le disposizioni dettate per le società azionarie ³).

In entrambi i casi, il problema della validità si pone sia in relazione alle *clausole statutarie* che eventualmente prevedano il voto segreto, sia riguardo alle *deliberazioni assembleari* che, pur in assenza di una specifica clausola dello statuto, adottino tale modalità di votazione a seguito di scelta operata dal presidente dell'assemblea, ovvero dall'assemblea medesima ⁴.

2. Il voto segreto nell'assemblea delle società di capitali.

Mentre anteriormente alla riforma del diritto societario dottrina e giurisprudenza erano divise in ordine all'ammissibilità della modalità segreta di votazione nelle assemblee delle società di capitali, successivamente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 6/2003 gli autori si sono schierati compattamente per la sua illegittimità, e ciò in ragione del contrasto dell'eventuale previsione statutaria, e della deliberazione assembleare adottata a scrutinio segreto, con la previsione del novellato art. 2375, comma 1, c.c., dettato in tema di *società per azioni*, a norma del quale *il verbale di assemblea deve "consentire, anche per allegato, l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti"* ⁵. Orientamento che, relativamente alle società per azioni,

³ Sul problema delle lacune nella società a responsabilità limitata, a seguito della riforma del diritto societario, e sui limiti all'utilizzo dell'analogia ai fini dell'integrazione da uno all'altro tipo societario, cfr. tra gli altri BARALIS, *La nuova società a responsabilità limitata: "hic manebimus optime"*. *Spunti di riflessione sul problema delle lacune di disciplina*, in *Riv. not.*, 2004, p. 1099; RESCIGNO, *Osservazioni sulla riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *La riforma del diritto societario*, Milano 2003, p. 246; ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 82 ss.; RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, cit., p. 683 ss.; MAGLIULO-TASSINARI, *Evoluzione storica e tipo normativo*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, Ipsoa, Milano 2003, p. 16 ss.

⁴ E' discusso se, in assenza di clausola statutaria che disciplini le modalità di votazione, la scelta delle stesse compete all'assemblea, ovvero al presidente: cfr. sulla questione FIMMANO', *I sistemi di voto tra autonomia statutaria ed "autodeterminazione" assembleare*, in *Società*, 2002, p. 699 ss. (ed ivi ulteriori riferimenti).

Per l'invalidità della deliberazione assembleare adottata a scrutinio segreto, sia pure in osservanza di una clausola statutaria che preveda tale modalità di votazione, BARALIS-FERRERO, *L'invalidità delle decisioni (collegiali e non), con particolare riguardo alla società a responsabilità limitata*, cit., p. 305.

⁵ Per il rilievo decisivo della nuova previsione dell'art. 2375 c.c., al fine di escludere la legittimità del voto segreto, cfr. BARALIS-FERRERO, *L'invalidità delle decisioni (collegiali e non), con particolare riguardo alla società a responsabilità limitata*, cit., p. 304, e nota 167; MONTAGNANI, *Commento*

appare assolutamente condivisibile: non sarebbe possibile l'identificazione del contenuto del voto o dell'astensione in presenza di una votazione segreta. La medesima soluzione deve ritenersi valida anche per le *società a responsabilità limitata*: nonostante, riguardo ad esse, si sia dubitato in dottrina circa l'applicabilità dei requisiti di analiticità del verbale prescritti dall'art. 2375 c.c.⁶, sembra doversi condividere il rilievo che "le semplificazioni attuate nella s.r.l. non devono andare a scapito dell'interesse generale alla corretta rilevazione delle vicende assembleari e alla adeguata informazione sulle stesse"⁷.

Non sembra, peraltro, inutile analizzare le motivazioni che - anteriormente alla modifica dell'art. 2375 c.c. - venivano addotte a favore e contro la legittimità del voto segreto, al fine di verificarne l'attualità e la portata.

Si faceva leva, innanzitutto, sulla previsione dell'art. 2377 c.c., che limitava, e limita, ai soci che non hanno concorso all'adozione della deliberazione (assenti, dissenzienti e, a seguito della riforma, astenuti), la *legittimazione all'impugnazione della deliberazione* stessa: si rilevava, infatti, che non sarebbe stato possibile

all'art. 2368, in Società di capitali, commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, p. 490; RESCIO, L'assemblea e le decisioni dei soci, in Il nuovo ordinamento delle società, Milano 2003, p. 112; GENNARI, E' valida la deliberazione assembleare che introduce la modalità dello scrutinio segreto?, cit., p. 871.

⁶ Per l'applicabilità della disciplina dell'art. 2375 c.c. anche alle società a responsabilità limitata, BARALIS-FERRERO, *L'invalidità delle decisioni (collegiali e non), con particolare riguardo alla società a responsabilità limitata*, in supplemento a *Studi e materiali*, 2004, I, p. 275; MARCIANO, *I processi decisionali dei soci e le modifiche statutarie nella s.r.l. (tecniche di verbalizzazione)*, in *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di Bortoluzzi, Torino 2004, p. 84; SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano 2003, p. 228, nota 66. La soluzione dell'applicazione analogica può essere sostenuta, nella misura in cui si ritenga che le regole relative alla formazione del verbale non siano regole di forma solenne, quanto piuttosto regole procedurali di natura non eccezionale.

Contra, RAINELLI, *Commento all'art. 2479-bis*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna 2004, p. 1927; MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, Ipsoa, Milano 2003, p. 300 ss. (secondo il quale gli elementi indicati nell'art. 2375 c.c. possono risultare - nel caso del verbale di assemblea di s.r.l. - anche da un documento esterno al quale il verbale faccia rinvio); MALTONI, *Il verbale di assemblea*, in *Notariato*, 2003, p. 602 ss. (il quale, pur negando l'applicazione analogica dell'art. 2375 c.c., giunge - sulla base di considerazioni sistematiche - alla conclusione della necessità di indicazione nel verbale dei soci favorevoli, astenuti e dissenzienti); ROSAPEPE, *Commento all'art. 2479-bis*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2003, p. 172.

In senso dubitativo, MASSA FELSANI, *Le decisioni dei soci*, in *La nuova s.r.l. - Prime letture e proposte interpretative*, Milano 2004, p. 320.

⁷ RESCIO, *Il sovrano in esilio: riflessioni e problemi in tema di assemblea e decisioni dei soci*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, cit., p. 388, e nota 107 (il quale quindi conclude nel senso che nella s.r.l. valgono le stesse regole dettate per la verbalizzazione dell'assemblea nella S.p.A., posto che "nessuna parte dell'art. 2375 risulta determinata dalle caratteristiche tipologiche della S.p.a: la norma *de qua*, infatti, non fa che innestare nel corpo del vecchio testo dell'art. 2375 ciò che già prima della riforma, secondo la migliore dottrina e giurisprudenza (le quali mai hanno distinto, sotto questo profilo, tra S.p.a. e S.r.l., ma semmai tra S.p.a. quotata e tutte le altre società di capitali), costituiva contenuto tipico di ogni verbale assembleare").

identificare i soggetti legittimati all'impugnazione in presenza di voto segreto ⁸. L'obiezione frequentemente avanzata, secondo la quale il socio intenzionato ad impugnare avrebbe potuto far constare dal verbale il proprio dissenso (art. 2375, comma 1, c.c.) ⁹, non era in realtà probante: come è stato giustamente rilevato, l'art. 2377 c.c. si riferisce al dissenso nella votazione, cosa ben diversa dal dissenso fatto constare a verbale successivamente al completamento delle procedure di voto (nessuno potrebbe impedire al socio che ha votato a favore di manifestare successivamente il dissenso, con finalità magari ricattatorie od opportunistiche) ¹⁰. Senza considerare che il socio potrebbe scoprire solo successivamente alla chiusura dei lavori assembleari il vizio della deliberazione, ed in tal caso la mancata esternazione del dissenso gli precluderebbe la facoltà di impugnazione ¹¹.

Altra norma rilevante era l'art. 2373 c.c., che dichiara annullabile la deliberazione adottata con il voto determinante del *socio in conflitto di interessi*, quando la stessa sia idonea ad arrecare danno alla società: infatti, anche in questo caso, la prova di resistenza sarebbe impossibile in assenza della prova del contenuto del voto del socio in

⁸ PALLOTTA, *Illegittimità (senza eccezioni) del voto segreto*, cit., p. 222; PALUMMO, *Scrutinio segreto ed astensione del socio nell'assemblea*, cit., p. 1435; NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 871 ss.; FIMMANO', *Voto occulto e dissenso palese*, cit., p. 151 ss.; LUMBAU, *In tema di esercizio del diritto di voto*, cit., p. 836; CITROLO, *Sulla votazione a scrutinio segreto nelle assemblee delle società per azioni*, cit., p. 1026 ss.; Trib. Ferrara 25 luglio 2002, in *Società*, 2003, p. 871; Trib. Bologna 11 gennaio 2000, in *Società*, 2001, p. 218; Trib. Udine 3 ottobre 1991, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 495; Trib. Milano 11 settembre 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 840; Trib. Milano 21 giugno 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 12.

Non sembra incidere sulla questione in esame la circostanza che il nuovo art. 2377 c.c. limita la facoltà di impugnazione, richiedendo - salva diversa disposizione statutaria - che la stessa venga proposta da tanti soci che rappresentino il cinque per cento (o l'uno per mille, in caso di società "aperte") del capitale sociale.

⁹ POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 707; COSTANZA, *Delibere assembleari di spa a scrutinio segreto*, cit., c. 11; Trib. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 690; Cass. 21 novembre 1996 n. 10279, in *Società*, 1997, p. 776; Trib. Vallo della Lucania 4 novembre 1992, in *Riv. not.*, 1994, p. 148.

¹⁰ PALLOTTA, *Illegittimità (senza eccezioni) del voto segreto*, cit., p. 222 ss.; PALUMMO, *Scrutinio segreto ed astensione del socio nell'assemblea*, cit., p. 1435; LEONE, *Invalidità della clausola statutaria sul voto segreto in assemblea*, in *Società*, 1997, p. 431; NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 871 ss.; FIMMANO', *Voto occulto e dissenso palese*, cit., p. 151 ss.; TASSINARI, *Il voto segreto nelle assemblee di società*, cit., p. 501; Trib. Ferrara 25 luglio 2002, in *Società*, 2003, p. 871; Trib. Bologna 11 gennaio 2000, in *Società*, 2001, p. 218 e 220; Trib. Vibo Valentia 23 agosto 1996, in *Società*, 1997, p. 429.

¹¹ PALLOTTA, *Illegittimità (senza eccezioni) del voto segreto*, cit., p. 222; NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 871; FIMMANO', *Voto occulto e dissenso palese*, cit., p. 151 ss.; TASSINARI, *Il voto segreto nelle assemblee di società*, cit., p. 501; LUMBAU, *In tema di esercizio del diritto di voto*, cit., p. 836.

conflitto ¹². Dalla norma si traeva, poi, un principio di ordine più generale, evidenziandosi come *qualsiasi vizio di validità afferente il singolo voto* (dipendente, ad esempio, da vizi della volontà) può inficiare la validità della deliberazione subordinatamente alla prova di resistenza, possibile solo se si adotta il voto palese ¹³.

Anche la disciplina della *rappresentanza nell'assemblea* (art. 2372 c.c.) veniva adottata come argomento al fine di negare l'ammissibilità della votazione segreta: in presenza, infatti, di precise istruzioni del delegante in ordine al voto da esprimersi da parte del delegato, lo scrutinio segreto renderebbe impossibile verificare la conformità del voto alla delega, e quindi la sua efficacia ¹⁴.

Notevole importanza assumeva, nelle ricostruzioni sul punto, la necessità di assicurare il *diritto di recesso* ai soci che non hanno concorso all'adozione della deliberazione, ai sensi dell'art. 2437 c.c.: anche a questo fine, evidentemente, assume un'importanza determinante la possibilità di verificare in che direzione è stato espresso il voto del socio; con l'aggravante della nullità - espressamente sancita dall'art. 2437, ultimo comma, c.c. - di ogni patto o clausola statutaria che renda più gravoso l'esercizio del diritto di recesso ¹⁵.

Si facevano infine rilevare le difficoltà a conciliare la segretezza del voto con la spettanza - normale nelle società capitalistiche - di una *pluralità di voti a ciascun socio*: l'attribuzione a quest'ultimo di un'unica scheda, rappresentante il numero di voti allo

¹² PALLOTTA, *Illegittimità (senza eccezioni) del voto segreto*, cit., p. 223 ss.; PALUMMO, *Scrutinio segreto ed astensione del socio nell'assemblea*, cit., p. 1437 ss.; FIMMANO', *Voto occulto e dissenso palese*, cit., p. 152 ss.; LUMBAU, *In tema di esercizio del diritto di voto*, cit., p. 837 ss.; CITROLO, *Sulla votazione a scrutinio segreto nelle assemblee delle società per azioni*, cit., p. 1025; Trib. Bologna 11 gennaio 2000, in *Società*, 2001, p. 218; Trib. Vibo Valentia 23 agosto 1996, in *Società*, 1997, p. 429; Trib. Udine 3 ottobre 1991, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 495; Trib. Milano 11 settembre 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 840; Trib. Milano 21 giugno 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 12.

La riforma del diritto societario ha definitivamente chiarito che al socio in conflitto di interessi non è precluso l'esercizio del diritto di voto, salva l'eventuale invalidità della delibera assunta con il suo voto determinante; perdono quindi qualsiasi validità le considerazioni che, anteriormente alla riforma, venivano effettuate circa la possibilità per il presidente dell'assemblea di escludere *ab initio* la partecipazione al voto del socio in conflitto (a parte il fatto che il presidente avrebbe potuto non rilevare il conflitto al momento del voto): PALLOTTA, *Illegittimità (senza eccezioni) del voto segreto*, cit., p. 224; NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 877 ss.; COSTANZA, *Delibere assembleari di spa a scrutinio segreto*, cit., c. 11.

¹³ NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 875 ss.; FIMMANO', *Voto occulto e dissenso palese*, cit., p. 153; LUMBAU, *In tema di esercizio del diritto di voto*, cit., p. 838.

¹⁴ FIMMANO', *Voto occulto e dissenso palese*, cit., p. 153; Trib. Ferrara 25 luglio 2002, in *Società*, 2003, p. 870.

¹⁵ NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 872; PALUMMO, *Scrutinio segreto ed astensione del socio nell'assemblea*, cit., p. 1435; LUMBAU, *In tema di esercizio del diritto di voto*, cit., p. 837; Trib. Ferrara 25 luglio 2002, in *Società*, 2003, p. 870 ss.; Trib. Bologna 11 gennaio 2000, in *Società*, 2001, p. 218.

stesso spettanti, contraddirebbe evidentemente l'esigenza di segretezza; mentre la distribuzione di una scheda per ciascun voto, a parte le difficoltà ed i costi a ciò connessi ¹⁶, renderebbe di fatto possibile il voto divergente, la cui ammissibilità è tuttora controversa in dottrina ¹⁷.

Vi erano, insomma, già prima della riforma, una serie di *principi inderogabili del diritto societario* che ostavano all'ammissione della legittimità del voto segreto, la cui legittimazione non poteva certamente derivare dal presunto principio di libertà delle forme ¹⁸.

La conclusione negativa, come sopra raggiunta, è valida anche per le *deliberazioni di nomina alle cariche sociali*, per le quali peraltro l'art. 2368 prevede la possibilità che lo statuto stabilisca "norme particolari": la prevalente dottrina ha tuttavia evidenziato come a tale disposizione - ad onta dell'apparente ampiezza della formula legislativa - debba attribuirsi un significato circoscritto alla possibilità di fissare i *quorum* in deroga a quelli legali, o di prevedere particolari modalità di votazione (come, ad esempio, il voto di lista), che comunque devono essere compatibili con i principi inderogabili emergenti da altre disposizioni di legge ¹⁹. E' vero che per tali particolari deliberazioni non sussiste il diritto di recesso dei soci, ma le altre obiezioni mantengono interamente il loro valore, ivi compresa quella che fa leva sulla possibilità di conflitto di interessi, la

¹⁶ TASSINARI, *Il voto segreto nelle assemblee di società*, cit., p. 498 ("essendo il numero dei voti spettanti al socio proporzionale al numero delle azioni o all'entità della quota posseduta, l'adozione dello scrutinio segreto richiede, per poter funzionare, un correttivo che, soprattutto laddove vi sia un forte divario tra l'entità della partecipazione dei diversi soci, risulta alquanto oneroso, trattandosi di stabilire il massimo comune denominatore tra le singole partecipazioni e di stampare un numero di schede anonime pari al rapporto tra ammontare del capitale sociale e quest'ultimo valore da distribuirsi successivamente tra i soci tenendo conto dell'entità della partecipazione di ciascuno"). Cfr. anche Trib. Milano 10 marzo 1970, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 434.

¹⁷ Cfr. BALZANO, *Nomina degli amministratori di società cooperativa con voto segreto*, cit., p. 777 ss.; FIMMANO', *Voto occulto e dissenso palese*, cit., p. 153 ss.; LUMBAU, *In tema di esercizio del diritto di voto*, cit., p. 837; CITROLO, *Sulla votazione a scrutinio segreto nelle assemblee delle società per azioni*, cit., p. 1025.

Per l'ammissibilità del voto divergente, cfr. JAEGGER, *Il voto divergente nella società per azioni*, Milano 1976. Per l'inammissibilità, GATTI, *La rappresentanza del socio nell'assemblea*, Milano 1975, p. 82 ss.

¹⁸ Per il ricorso al principio di libertà di forma, cfr. MASCHIO, *Il punto sulla questione della deliberazione assembleare di società di capitali (e di cooperative) a voto segreto in genere e per la nomina alle cariche sociali in specie*, cit., p. 982; ASQUINI, *In tema di voto segreto e altre questioni*, in *Giur. merito*, 1970, I, p. 500; App. Trieste 15 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 496. In senso critico, NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 870; TASSINARI, *Il voto segreto nelle assemblee di società*, cit., p. 501.

¹⁹ NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 883; FIMMANO', *Voto occulto e dissenso palese*, cit., p. 154 ss.; Trib. Ferrara 25 luglio 2002, in *Società*, 2003, p. 871; Trib. Milano 11 settembre 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 840.

Viceversa, per la rilevanza dell'art. 2368 c.c. al fine di ammettere il voto segreto, Trib. Vallo della Lucania 4 novembre 1992, in *Riv. not.*, 1994, p. 148.

cui configurabilità non è affatto esclusa nelle deliberazioni di nomina alle cariche sociali ²⁰, nonostante il contrario avviso di parte della dottrina e della giurisprudenza ²¹.

Infine, anche per le *deliberazioni del consiglio di amministrazione* si ritiene che lo scrutinio segreto non possa essere adottato: depone in tal senso - in aggiunta a tutte le precisazioni sopra esposte e che mantengono la loro validità anche in relazione all'organo amministrativo - anche la disciplina della responsabilità degli amministratori, ed in particolare la previsione dell'art. 2392, comma 3, c.c., che esclude la responsabilità del consigliere che abbia fatto annotare il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio ²².

3. Il voto segreto nell'assemblea delle società cooperative. Principi generali.

Come evidenziato in premessa, la maggior parte degli autori e delle sentenze che hanno trattato il problema della legittimità del voto segreto in relazione alle società cooperative lo hanno fatto utilizzando i medesimi argomenti impiegati, o impiegabili, in relazione alle società capitalistiche ²³; ed anche laddove si è segnalata una peculiarità delle prime rispetto alle seconde, non si è andati oltre la considerazione di alcune specifiche norme codicistiche (quelle sulle assemblee separate, sul voto capitaro, sulla rappresentanza assembleare, sulla derogabilità dei *quorum* assembleari ²⁴), del tutto inidonee, se isolatamente considerate, a fondare una differente conclusione sul punto. Circostanza tanto più singolare, ove si rifletta sul fatto che *la previsione del voto*

²⁰ BALZANO, *Nomina degli amministratori di società cooperativa con voto segreto*, cit., p. 779; Trib. Ferrara 25 luglio 2002, in *Società*, 2003, p. 870 (ed ivi citazioni di ulteriore giurisprudenza).

²¹ Nel senso che non sarebbe configurabile un conflitto di interessi nelle deliberazioni di nomina alle cariche sociali, POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 708; App. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 686 ss.; Cass. 21 novembre 1996 n. 10279, in *Società*, 1997, p. 776.

²² AIMI, *Le delibere del consiglio di amministrazione*, Milano 2000, p. 130 ss.; LEONE, *Invalidità della clausola statutaria sul voto segreto in assemblea*, in *Società*, 1997, p. 431; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1956, p. 394 ss.; Trib. Vibo Valentia 23 agosto 1996, in *Società*, 1997, p. 429; Trib. Udine 28 dicembre 1993, in *Società*, 1994, p. 522; Trib. Ascoli Piceno 17 marzo 1987, in *Società*, 1987, p. 957.

²³ Significativa l'affermazione di BALZANO, *Nomina degli amministratori di società cooperativa con voto segreto*, cit., p. 780, secondo la quale "ove anche si volesse ritenere ammissibile il voto segreto, le ragioni utilizzabili a sostegno della scelta dovrebbero essere quelle generali adottate per le società di capitali, perché le norme speciali relative alle cooperative non riguardano il voto segreto". Nella medesima direzione, NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 880 ("il legislatore ha previsto per la cooperativa solo determinate, limitate deroghe alla regolamentazione delle società di capitali, che per il resto continua a costituire il quadro normativo di riferimento").

²⁴ BALZANO, *Nomina degli amministratori di società cooperativa con voto segreto*, cit., p. 779; FIMMANO, *Voto occulto e dissenso palese*, cit., p. 155; Trib. Bologna 11 gennaio 2000, in *Società*, 2001, p. 219.

segreto è diffusa soprattutto negli statuti delle società cooperative, ed è con riferimento a queste ultime che si rinviene la pressoché totalità delle sentenze pronunciate sulla questione.

Occorre, quindi, una specifica analisi dedicata alle società cooperative, che - mediante un'indagine sistematica diretta ad enucleare i peculiari principi che caratterizzano questo tipo sociale - verifichi se ed in che misura le conclusioni raggiunte in relazione alle società di capitali si prestino ad essere estese alle cooperative medesime.

A questo proposito, può subito farsi una prima considerazione: per le società cooperative, come del resto per le società di capitali, *non esiste una regolamentazione legale generalizzata delle modalità di voto in assemblea*²⁵; per cui si pone l'esigenza di verificare se tale materia sia rimessa all'*autonomia privata* (espressamente valorizzata dalla legge delega per la riforma del diritto societario²⁶), o se sussistano invece norme o principi inderogabili che comportino limitazioni sul punto.

Seconda considerazione: l'esistenza di una lacuna in materia va verificata avendo riguardo non solo alla disciplina del Titolo VI del libro quinto del codice civile, ma anche al *complesso della normativa in tema di cooperazione*, rappresentata anche dalle *leggi speciali* (settoriali, o di applicazione generale), nonché dagli *usi normativi* in materia (in particolare dagli usi *secundum legem*, aventi la medesima forza normativa della legge; tra le norme mutualistiche, espressamente richiamate dall'art. 9, comma 1, lett. a), del d. lgs. n. 220/2002, rientrano anche - secondo attenta dottrina - i principi elaborati in seno all'Alleanza cooperativa internazionale²⁷). Occorre quindi verificare se il funzionamento dell'assemblea trovi, in tali fonti, una regolamentazione suscettibile di essere applicata alla totalità delle cooperative; considerando anche che

²⁵ Per tale esatto rilievo, POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 704; MASCHIO, *Il punto sulla questione della deliberazione assembleare di società di capitali (e di cooperative) a voto segreto in genere e per la nomina alle cariche sociali in specie*, cit., p. 982.

²⁶ Per la valorizzazione del principio di autonomia privata, ai fini della questione in esame, anche sulla base del coinvolgimento dell'esclusivo interesse dei soci, cfr. SALVATORE, *Voto segreto e banche di credito cooperativo*, cit., p. 821 ss.

²⁷ In tal senso, CUSA, *I ristorni nelle società cooperative*, Milano 2000, p. 8 ss., spec. p. 14 ss. In senso adesivo, PETRELLI, *Le cooperative nella riforma del diritto societario. Analisi di alcuni aspetti controversi*, Studio n. 5306/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 2.

talvolta le previsioni delle leggi settoriali hanno una *vis expansiva*, tale da consentire l'enucleazione dalle stesse di principi validi per tutto l'universo cooperativo ²⁸.

Terza considerazione: le norme dettate in tema di società per azioni, o di società a responsabilità limitata, non sono automaticamente applicabili alle società cooperative, non essendo a tal fine sufficiente l'esistenza di una lacuna nella regolamentazione ad esse dedicata: occorre anche, a norma dell'art. 2519 c.c., che le norme dettate per i tipi capitalistici siano *compatibili con le norme ed i principi della cooperazione*. Ai quali ultimi deve quindi assegnarsi *rango poziore*, nella gerarchia dei valori tutelati dall'ordinamento. Ove si riscontri, rispetto alle deliberazioni assembleari delle cooperative, la necessità di adeguamento ad uno di tali principi, la prevalenza di esso *potrebbe comportare l'inapplicabilità - in casi particolari - della previsione dell'art. 2375 c.c., nella parte in cui richiede la necessaria indicazione nel verbale dei soci favorevoli, astenuti e dissenzienti*. Ciò non deve apparire eccessivo, solo che si consideri che *proprio nella materia della partecipazione dei soci alle decisioni sociali si riscontra, probabilmente, il più elevato grado di incompatibilità con la disciplina delle società per azioni* ²⁹.

E', quindi, alla ricostruzione dei principi in materia di cooperazione che occorre a questo punto dedicare l'attenzione. E, trattandosi dell'assemblea dei soci, il primo di tali principi che viene in considerazione è quello di *democrazia cooperativa* ³⁰. Si tratta di un principio generale di importanza tale da poter essere ritenuto il DNA della

²⁸ Per tale opzione metodologica, cfr. MASCHIO, *Il punto sulla questione della deliberazione assembleare di società di capitali (e di cooperative) a voto segreto in genere e per la nomina alle cariche sociali in specie*, cit., p. 991, nota 11 (ove la giusta osservazione che i richiami alla disciplina delle società per azioni "non vanno intesi in modo pedissequo ma vanno adattati non solo con le norme espresse, bensì anche con i principi generali propri delle norme sulle cooperative"). Sulla questione in generale, cfr. *Cooperative e legislazione speciale*, studio n. 5379/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 2.

²⁹ BONAVERA, *Funzionamento dell'assemblea nelle cooperative*, in *Società*, 1988, p. 942, evidenzia che "la specificità della cooperativa e l'esigenza di assicurare in seno ad essa una reale democrazia devono, dunque, essere tenute presenti anche dagli interpreti e, in particolar modo, dai giudici chiamati a verificare in concreto l'applicabilità alle cooperative delle norme dettate per l'assemblea con riferimento alle società per azioni".

Può anche sottolinearsi, con le parole di un illustre autore, la circostanza che la cooperativa è una "società che, a dispetto delle norme sulle società per azioni, buttatele addosso dal nostro codice, ha l'anima - e molte residue norme - delle società di persone, anzi, è per certi versi (*nel voto*, per esempio) la più personale delle società" (PELLIZZI, *La ricorrente nostalgia della porta aperta*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 323).

³⁰ Sul quale v. in particolare CERRAI, *Il principio di democrazia nella gestione dell'impresa cooperativa: prospettive desumibili dall'esperienza tedesca per la riforma legislativa italiana*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 42 ss. Cfr. anche, tra gli altri, BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 560 ss. (che definisce la democrazia come "una sorta di marchio di commercio della cooperazione in tutto il mondo"); PAOLUCCI, *Le società cooperative*, Milano 1999, p. 23 ss.; BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna 1997, p. 124 ss.

cooperazione; tanto che - nell'ambito delle interminabili discussioni tendenti alla definizione dello scopo mutualistico delle cooperative - nessuno ne ha mai messo in dubbio la validità e la portata³¹. Il principio di democrazia - affermato a chiare lettere nella "dichiarazione di identità cooperativa" elaborata in seno all'Alleanza cooperativa internazionale³² - emerge chiaramente dalle disposizioni codicistiche, ed in particolare da quelle che assegnano ad ogni socio un solo voto³³. La valenza del principio emerge prepotentemente nella dialettica dei rapporti tra assemblea ed amministratori. Si è avuto modo, in altra occasione, di evidenziare l'emersione, anche nella recente legislazione, di un ruolo pregnante dell'assemblea della cooperativa non solo nelle materie che ne costituiscono tradizionalmente l'ambito di competenza, ma anche nella gestione sociale; il tutto in linea di continuità con la tradizione cooperativa, che vede nel socio "l'imprenditore di se stesso", e nella partecipazione attiva alle decisioni sociali un'esigenza irrinunciabile. Tanto che l'art. 4 del d. lgs. n. 220/2002 assegna alle revisioni cooperative, ad opera dell'autorità di vigilanza, il compito di "fornire agli organi di direzione e di amministrazione degli enti suggerimenti e consigli per *migliorare la gestione ed il livello di democrazia interna, al fine di promuovere la reale partecipazione dei soci alla vita sociale*"; oltre che accertare "l'effettività della base sociale" e "*la partecipazione dei soci alla vita sociale*". Di tale esigenza si è fatto interprete anche il legislatore della riforma societaria, già con la legge delega n. 366/2001, che all'art. 5 pone tra i criteri direttivi della delega quello di "*favorire la partecipazione dei soci cooperatori alle deliberazioni assembleari* (art. 5, comma 1, lett. d), e comma 2, lett. c), della suddetta legge); e successivamente con il d. lgs. n. 6/2003, che ha ampliato la possibilità di utilizzo del voto a distanza (art. 2538, ultimo

³¹ Sulla cooperazione come "modo essenzialmente democratico di produrre", cfr. SIMONETTO, *La cooperativa e lo scopo mutualistico*, in *Riv. soc.*, 1971, p. 279 ss.

Per l'affermazione che nella cooperativa "l'attiva partecipazione personale dei soci - imprenditori di se stessi - è connaturata alla causa mutualistica ed alla struttura democratica di governo, valorizzata dal voto capitolario", App. Roma 11 ottobre 2002, in *Società*, 2003, p. 592.

³² Nella "Dichiarazione di identità cooperativa", approvata dal XXXI Congresso dell'Alleanza Cooperativa internazionale, tenutosi a Manchester nei giorni 20-22 settembre 1995, riportata in BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna 1997, p. 30, si legge che la "cooperativa è un'associazione autonoma di individui che si uniscono volontariamente per soddisfare i propri bisogni economici, sociali e culturali e le proprie aspirazioni attraverso la creazione di una società di proprietà comune e *democraticamente controllata*"; che "le cooperative sono basate sui valori dell'autosufficienza (il fare da sé), dell'autoresponsabilità, della *democrazia*, dell'eguaglianza, dell'equità e solidarietà"; che "le cooperative sono *organizzazioni democratiche, controllate dai propri soci che partecipano attivamente nello stabilire le politiche e nell'assumere le relative decisioni*"; che "i soci contribuiscono equamente al capitale delle proprie cooperative e lo *controllano democraticamente*"; che "le cooperative sono tenute ad assicurare sempre il *controllo democratico da parte dei soci*".

³³ Sulla rilevanza del voto capitolario ai fini del principio di democrazia cooperativa, BONFANTE, *Commento all'art. 2538*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2561; ID., *Delle imprese cooperative*, cit., p. 560 ss.; PAOLUCCI, *Le società cooperative*, cit., p. 24; SIMONETTO, *La cooperativa e lo scopo mutualistico*, cit., p. 268 ss.

comma, c.c.), della rappresentanza in assemblea (art. 2539 c.c.), delle assemblee separate (art. 2540 c.c.).

Ora, se è vero, come è vero, che nelle cooperative la compattezza e l'armonia all'interno della base sociale hanno un'importanza determinante ai fini dell'attuazione dello scopo mutualistico, e che a tal fine la riservatezza del voto espresso ha, in determinati casi, un ruolo decisivo ³⁴, non si può non riconoscere all'utilizzo di tale modalità di voto - in conseguenza di apposita clausola statutaria o per decisione dell'assemblea - quella *meritevolezza* che l'art. 1322 c.c. richiede al fine di legittimare l'intervento dell'autonomia privata, sia pure *limitatamente ai casi in cui il voto segreto è strumentale alla tutela di valori ed interessi poziori*. Di più: nel contrasto tra i principi ed i valori espressi dalle norme in tema di società di capitali - segnatamente, dagli artt. 2372, 2373, 2375, 2377 c.c. - ed il principio di democrazia cooperativa, come sopra illustrato, non può che essere quest'ultimo ad avere la prevalenza, anche perché gli *inconvenienti* rappresentati in relazione alle suddette norme sono *meramente eventuali*, mentre la clausola di voto segreto salvaguarda "la libertà di determinazione nel momento del voto in relazione all'andamento *fisiologico* della deliberazione" ³⁵, piuttosto che in relazione all'ipotetico interesse all'impugnativa della delibera. D'altronde, a ben vedere, non è necessario che quei principi e quelle norme siano interamente sacrificati sull'altare dei principi cooperativi.

Si consideri, in particolare, l'esigenza di *disclosure* relativa al voto manifestato, ai fini dell'impugnazione delle deliberazioni assembleari: nulla impedisce che lo statuto, nel prevedere l'utilizzo dello scrutinio segreto, attribuisca nel contempo al socio dissenziente o astenuto la facoltà di esprimere il proprio voto in modo palese (di rinunciare, cioè, alla riservatezza), preconstituendosi così la prova circa il presupposto della propria legittimazione ad impugnare. Non sembra, a differenza di quanto ritiene

³⁴ Non si può, invece, condividere l'affermazione che "se la segretezza è da ritenersi inaccettabile nelle società per azioni, *anonime* per definizione, ciò vale a maggior ragione per le cooperative ove la posizione dei singoli soci e le loro volontà individuali assumono una valenza senz'altro maggiore rispetto a quelle degli azionisti di S.p.A., come dimostrano chiaramente la regola della votazione per teste e la disciplina dell'accesso e dell'esclusione dei soci" (FIMMANO', *Voto occulto e dissenso palese*, cit., p. 155). E' certamente vero che le qualità personali del socio cooperatore hanno rilevanza decisiva nelle cooperative, ai fini dell'attuazione dello scopo mutualistico; ma non è invece vero che abbiano valenza particolare le "volontà individuali", quali espresse in assemblea, rispetto alle quali anzi - in assenza di un indice normativo nel senso indicato - prevale l'esigenza di attuazione del principio di democrazia cooperativa, visto nella sua dimensione "comunitaria" ed oggetto di espressa considerazione ad opera del legislatore.

³⁵ Trib. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 690. Parla di "residuale rilievo pratico" degli inconvenienti in esame, e della "preminenza dell'interesse a garantire la più ampia libertà di voto", POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 709.

certa dottrina, che una tale clausola possa realizzare una disparità di trattamento ³⁶: viceversa, il fatto di rimettere alla volontà del singolo socio la decisione di esprimere riservatamente il voto, o di palesarlo agevolando, così, la possibilità di impugnazione della deliberazione, non sembra sacrificare alcun interesse, poiché ciascun socio, nel rinunciare alla segretezza del voto, sacrifica solo il proprio interesse, e non quello degli altri soci ³⁷.

Tale *escamotage* non può valere, ovviamente, laddove si debba giudicare in ordine alla validità od efficacia del voto altrui. A ben vedere, però, non è che in tali casi il voto segreto renda *impossibile* la prova del voto favorevole, e di conseguenza la prova di resistenza: si tratta, piuttosto, di una *maggiore difficoltà di prova*, che non diviene per ciò solo impossibilità, come dimostra il fatto che il socio potrà volontariamente porre in essere una confessione, e potrà essergli deferito il giuramento (non può essere esclusa, seppure nei fatti improbabile, neanche la prova testimoniale in circostanze particolari) ³⁸. Ecco, quindi, che la clausola che prevede il voto segreto può essere apprezzata come *patto che, indirettamente ed in via riflessa, rende più gravoso l'esercizio della facoltà o potere di impugnazione della deliberazione assembleare*; patto la cui liceità non sembra poter essere messa in discussione, per l'assenza di una norma di tenore analogo all'art. 2437, ultimo comma, c.c. in ordine al profilo dell'impugnazione ³⁹. D'altronde, la clausola in questione non ha come oggetto immediato la modifica dell'onere della prova - modifica che ne rappresenta semmai un *effetto riflesso* ⁴⁰ - e non può essere quindi

³⁶ BALZANO, *Nomina degli amministratori di società cooperativa con voto segreto*, cit., p. 779.

³⁷ In tal senso, DE ANGELIS, *L'intervento del socio nelle assemblee delle società cooperative*, cit., p. 816; LIBONATI, *Riflessioni critiche sui sindacati di voto*, cit., p. 527 ss. (il quale ultimo ritiene, con riferimento al problema del conflitto d'interessi, che laddove quest'ultimo sia manifesto il presidente dell'assemblea possa disporre il voto palese, disapplicando la clausola statutaria che prevede il voto segreto); SALVATORE, *Voto segreto e banche di credito cooperativo*, cit., p. 821 ss. (il quale ritiene che, attraverso opportuni congegni statutari, sia possibile salvaguardare i diritti fondamentali di impugnativa e di recesso, così superando le obiezioni avanzate contro la legittimità del voto segreto). Si è altresì evidenziato che "la clausola tutela realmente i soci che a voto palese voterebbero per "incolpevole timidezza" conformemente alla maggioranza; essi, infatti, per tale solo motivo, perderebbero sicuramente ogni possibilità di impugnazione, che viene invece loro lasciata ed è comunque conservata in favore di coloro che non temono di far constare il loro dissenso" (Trib. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 690).

³⁸ Che la prova del contenuto del voto possa essere fornita altrimenti che con le risultanze del verbale, non appare oggetto di contestazione: cfr. POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 707; App. Catania 5 aprile 1990, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1123.

³⁹ Trib. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 691. *Contra*, per l'illiceità di qualsiasi patto o clausola che renda più gravoso il diritto di impugnazione, BALZANO, *Nomina degli amministratori di società cooperativa con voto segreto*, cit., p. 779; NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 874 ss. (che equipara la clausola di voto segreto ad una rinuncia implicita al diritto di impugnazione).

⁴⁰ Sulla teoria degli effetti riflessi, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, p. 56; VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano 1995, p. 35 ss.

qualificata come patto con il quale "è invertito ovvero è modificato l'onere della prova" del voto; da cui l'inapplicabilità ad essa dell'art. 2698 c.c.⁴¹.

Ciò non significa, peraltro, che la clausola statutaria che prevede il voto segreto sia sempre e comunque meritevole di tutela, e quindi valida: occorre verificare, volta per volta, in relazione alle caratteristiche ed all'oggetto delle singole deliberazioni, se la stessa sia strumentale all'attuazione di principi cooperativi di rango poziore, o se viceversa essa si ponga in rotta di collisione con taluno di tali principi.

Un primo caso paradigmatico è quello delle deliberazioni che danno luogo a *diritto di recesso*. Diritto che assume un'importanza rilevante nella società cooperativa, uno dei cui principi fondanti è quello della *porta aperta*, che deve essere attuato non solo "in entrata", ma anche "in uscita"⁴², mediante l'attribuzione al socio che intende uscire dalla compagine sociale - sia pure nei casi previsti dalla legge e dallo statuto - della possibilità di farlo agevolmente. E' quindi certamente compatibile con la disciplina cooperativistica la previsione dell'art. 2437, ultimo comma, c.c., che commina la nullità dei patti che rendono più gravoso l'esercizio del diritto di recesso⁴³; previsione che determina *l'illegittimità della clausola di voto segreto, nella misura in cui la stessa sia riferita a deliberazioni rispetto alle quali il socio astenuto o dissenziente ha diritto di recesso*.

Un secondo esempio è quello della cooperativa il cui statuto ammetta il *voto plurimo* dei soci operatori persone giuridiche (art. 2538, comma 3, c.c.), o dei soci imprenditori (art. 2538, comma 4, c.c.), o dei soci finanziatori o sovventori (art. 2526

⁴¹ Sull'interpretazione dell'art. 2698 c.c., cfr. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1987, p. 181 ss. (secondo l'Autore, la previsione dell'art. 2698 c.c. si spiega per l'esigenza di evitare l'imposizione del contraente più forte nei confronti del più debole (*op. cit.*, p. 195): pericolo che non ricorre nella fattispecie in esame, in cui, al massimo, si potrebbe ravvisare un aggravamento reciproco, in capo a tutti i soci, oltre che agli amministratori ed al collegio sindacale, dell'onere della prova ai fini dell'impugnazione *ex* art. 2377 c.c.); DE STEFANO, *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, p. 123 ss. (secondo il quale i patti cui fa riferimento l'art. 2698 c.c. sarebbero quelli con i quali le parti scelgono tra più mezzi di prova a loro disposizione); FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, Torino 1959, p. 285 ss. (il quale evidenzia che la c.d. modificazione dell'onere della prova, cui fa cenno l'art. 2698 c.c., è anch'essa un'inversione dell'onere della prova; e che i patti che incidano sui mezzi di prova, riguardando solo indirettamente l'onere della prova, non rientrano nell'ambito di applicazione della disposizione suddetta).

Secondo Pretura Milano 6 febbraio 1989, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Prova civile in genere*, n. 5, "Perché si abbia, ai sensi dell'art. 2698 c.c., inversione convenzionale dell'onere della prova è necessario che sia esplicita o comunque assolutamente chiara la volontà della parte non onerata di rinunciare ai vantaggi che le derivano dalla posizione che essa ha nel processo rispetto al punto controverso".

⁴² Sulla c.d. "porta aperta in uscita", cfr. GROSSO, *I controlli interni nelle società cooperative*, Milano 1990, p. 75 ss.; CAPOBIANCO, *L'esclusione del socio nelle cooperative di abitazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 14.

⁴³ In tal senso, Cass. 28 ottobre 1980 n. 5790, in *Foro it.*, 1981, I, c. 747, ed in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1736.

c.c.; art. 4 della legge n. 59/1992). Si ripropongono, rispetto ad esse, le medesime difficoltà già evidenziate in relazione alle società di capitali, con un'aggravante, data dalla *necessaria unitarietà della partecipazione del socio cooperatore*⁴⁴, pur se eventualmente rappresentata da azioni, e quindi dall'*impossibilità di voto divergente* nell'ambito di essa. Appare evidente che non è possibile distribuire, all'atto della votazione, più schede a ciascun socio con voto plurimo, perché ciò equivarrebbe a consentire il voto divergente; come del resto non è possibile consegnare un'unica scheda con l'indicazione del totale dei voti spettanti (perché ciò equivarrebbe a rendere palese il voto plurimo). La conclusione non può quindi che essere nel senso della *impossibilità, o pratica inattuabilità del voto segreto in quelle cooperative i cui statuti ammettano il voto plurimo*⁴⁵.

Difficoltà pratiche, ma non impossibilità di voto segreto, si riscontrano invece nelle fattispecie in cui è ammesso il *voto per corrispondenza*. E' certo che la previsione dell'art. 2375 c.c. deve essere inderogabilmente applicata per ciò che attiene all'identificazione dei soci aventi diritto al voto (basti pensare alla rilevanza che assume, in ambito cooperativo, la verifica in ordine all'iscrizione nel libro soci da almeno novanta giorni, come pure il diverso peso che hanno i voti dei soci cooperatori rispetto a quelli dei soci finanziatori); non è, in altri termini, in alcun modo eludibile l'esigenza di individuare la provenienza del voto. Individuazione che non è pregiudicata dal sistema del voto per corrispondenza il quale, comunque, può essere organizzato in modo tale da accertare la relativa provenienza senza con ciò svelare il contenuto del voto (si può ipotizzare, ad esempio, che la scheda di voto venga inserita in una busta chiusa anonima, a sua volta contenuta in un'altra busta riportante i dati del socio votante)⁴⁶.

⁴⁴ Quello dell'unitarietà della posizione giuridica del socio cooperatore è principio unanimemente accolto, che trae origine dalla coesistenza, in capo a detto socio, del rapporto mutualistico con la società, e che riceve conferma dalla recente riforma societaria, visto che l'art. 2532, comma 1, c.c., vieta il recesso parziale del socio suddetto (l'art. 2525, comma 1, c.c., è stato modificato dall'art. 27 del d. lgs. 28 dicembre 2004 n. 310, chiarendosi che ciascun socio può essere titolare di una sola quota. E' certo configurabile l'eventualità che - ove il capitale sia suddiviso in azioni - la partecipazione sia frazionata, ma ciò vale, in definitiva, solo nel caso dell'alienazione separata delle stesse azioni su autorizzazione degli amministratori, non dubitandosi, anche in tal caso, dell'unitarietà della posizione del socio cooperatore). Cfr. sul punto PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*, Studio n. 5307/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 4, ed *ivi*, nota 40.

⁴⁵ Si pone il problema del voto divergente POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 710, risolvendolo in base al principio del voto capitario (ma senza analizzare l'ipotesi in cui lo statuto di cooperativa preveda il voto plurimo).

⁴⁶ Trib. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 691 (ove si nota che il sistema della doppia busta, in uso nei concorsi pubblici, "non è particolarmente gravoso, dovendo la società unicamente conservare le buste sino alla scadenza del trimestre previsto per l'impugnazione e ben

In altre fattispecie la modalità segreta di voto, pur non contrastando con alcuno dei principi cooperativi, non assume valore strumentale rispetto all'attuazione di uno di essi, ed in tal caso non può esserne ammessa la validità. Si pensi, per fare un esempio, alle deliberazioni che modificano l'atto costitutivo, alla deliberazione di approvazione del bilancio di esercizio, a quelle che approvano i regolamenti mutualistici, o che autorizzano l'assunzione di partecipazioni in società a responsabilità illimitata, o ancora a quelle che autorizzano la partecipazione ad un gruppo cooperativo paritetico: in nessuno di questi casi è riscontrabile un diretto nesso di strumentalità rispetto all'attuazione di un principio o di una norma propri della disciplina cooperativistica, che consenta di giudicare incompatibili le previsioni normative delle società di capitali, da cui si desume l'illegittimità del voto segreto. Detto in altri termini, l'approvazione delle deliberazioni assembleari sopra indicate può certo agevolare in concreto il perseguimento dello scopo mutualistico o l'attuazione di altro principio cooperativo, ma non è a tal fine necessaria la segretezza della votazione. Non vi è, quindi, nei casi appena menzionati un'esigenza di tutela della libertà del voto, maggiore rispetto a quella riscontrabile nelle società capitalistiche; il che rende compatibile con la disciplina cooperativistica, nelle suddette fattispecie, la previsione dell'art. 2375, comma 1, c.c., con conseguente preclusione del voto segreto.

Infine, non sembra che l'adozione del *voto segreto nell'ambito del consiglio di amministrazione* possa, in alcun modo, essere finalizzato all'attuazione di principi peculiari della cooperazione: dall'assenza di particolari ragioni di meritevolezza si desume, anche in questo caso, la conseguenza della sua *generale inammissibilità*.

Da cui una prima conclusione di ordine generale: *la modalità del voto segreto nell'assemblea delle cooperative è legittima solo nella misura in cui la sua adozione si colloca in rapporto di diretta strumentalità, di causalità si potrebbe dire, rispetto all'attuazione dei principi cooperativi; purché la stessa non si ponga in contrasto con principi inderogabili del diritto delle cooperative (quali il diritto di recesso), e lo statuto non contenga deroghe al principio del voto capitario.*

potendosi provvedere in via statutaria o regolamentare, unitamente alla previsione del voto per corrispondenza, a disciplinare anche detta ipotesi"). BALZANO, *Nomina degli amministratori di società cooperativa con voto segreto*, cit., p. 779, afferma invece che la votazione per corrispondenza è "tipicamente, un sistema di votazione palese". Nello stesso senso, NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 880.

Ove non ricorrano, invece, le suddette condizioni, deve ritenersi comunque ammissibile - in alternativa al voto palese - lo *scrutinio "relativamente" segreto*, che si attua mediante predisposizione di schede di voto nominative, da cui risultino quindi sia i nominativi dei soci, sia il numero dei voti a ciascuno di essi spettanti, sia il contenuto del voto espresso, e che siano affidate ad appositi *scrutatori indipendenti*, con il compito di esaminare al momento dell'assemblea, e di conservare successivamente, con il vincolo della riservatezza, le schede suddette per il tempo ritenuto necessario. Tale soluzione - che in altri ordinamenti è consentita o imposta dalla legge - in Italia potrebbe essere introdotta attraverso l'autonomia statutaria, e sarebbe certamente idonea a superare i problemi evidenziati nel presente studio ⁴⁷. Ovviamente, il beneficio della riservatezza sarebbe, in tali ipotesi, solo relativo, in quanto verrebbe affidato alla fiducia nell'esatto adempimento, ad opera degli scrutatori, delle obbligazioni da esse contrattualmente assunte.

4. Segue: le cooperative quotate nei mercati regolamentati.

Le *banche popolari* e le *società cooperative di assicurazione* possono, in presenza di determinati presupposti, essere quotate nei mercati regolamentati ⁴⁸; ciò in dipendenza delle previsioni, contenute nell'art. 30, comma 6, del d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385, e negli artt. 1, comma 5, e 2, della legge 17 febbraio 1992 n. 207, che consentono l'esercizio dei diritti patrimoniali agli acquirenti delle azioni ai quali sia stato rifiutato il gradimento. In tali fattispecie, le modalità di voto sono disciplinate dall'art. 85, e dall'allegato 3E del "Regolamento emittenti", emanato dalla Consob con deliberazione 14 maggio 1999 n. 11971, e modificato *in parte qua* con deliberazione Consob n. 12475 del 6 aprile 2000; normative, queste, riferibili a tutte le società quotate, e quindi anche alle cooperative. Vi si prevede, in particolare, che *nei verbali di assemblea di tutte le società quotate devono essere inseriti "i nominativi dei soggetti che hanno espresso voto contrario, si sono astenuti, o si sono allontanati prima di una*

⁴⁷ POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 714.

⁴⁸ Ai sensi dell'art. 2.2.1, comma 7, e dell'art. 2.A.2.1, comma 8, del Regolamento di Borsa italiana S.p.A., deliberato il 23 settembre 2004 ed approvato con deliberazione Consob n. 14735 del 12 ottobre 2004, le azioni delle banche popolari e delle società cooperative autorizzate all'esercizio dell'assicurazione possono essere ammesse alla quotazione, a condizione che nello statuto sociale sia previsto che le emissioni ordinarie di nuove azioni, deliberate dal consiglio di amministrazione ed effettuate sulla base del prezzo fissato dallo stesso consiglio, siano riservate all'ingresso di nuovi soci e si realizzino con l'assegnazione di una sola azione; e che lo stesso statuto preveda che il periodo minimo di iscrizione richiesto per il riconoscimento del diritto di voto in assemblea non sia superiore a tre mesi.

votazione, ed il relativo numero di azioni possedute" ⁴⁹. Le speciali esigenze di trasparenza e di informazione, proprie delle società quotate, rendono quindi necessaria l'indicazione del contenuto del voto nel verbale, con *preclusione assoluta del voto segreto* ⁵⁰.

5. Segue: le deliberazioni per la nomina alle cariche sociali e per la relativa revoca e sostituzione.

Un caso esemplare è costituito dalle deliberazioni di nomina (e per quelle di revoca e sostituzione) alle cariche sociali. Una pluralità di indici normativi depongono, in questo caso, per la *liceità della clausola statutaria che prevede il voto segreto*.

In primo luogo, la previsione dell'art. 6, comma 6, della legge 5 agosto 1981 n. 416, il quale - con riferimento alle *cooperative giornalistiche* - dispone che "tutte le designazioni di organi collegiali delle cooperative avvengono per voto personale, uguale e segreto". Allo stesso modo, l'art. 28, comma 3, del d.m. 12 febbraio 1959, che approva lo statuto tipo delle *cooperative artigiane di garanzia del credito*, dispone che "le votazioni per le nomine alle cariche sociali hanno luogo a scrutinio segreto". Analoga previsione era contenuta nell'art. 18, comma 2, del d. lgs. 7 maggio 1948 n. 1235, già contenente ordinamento dei *consorzi agrari* (ora abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge 28 ottobre 1999 n. 410), secondo il quale "alle elezioni degli amministratori, dei sindaci e dei probiviri, si procede per scrutinio segreto". In dottrina si rinviene frequentemente l'affermazione che tali norme avrebbero natura eccezionale, e non sarebbero quindi estensibili oltre l'ambito della materia trattata ⁵¹. Ma l'eccezionalità di tali disposizioni è tutta da dimostrare, posto che non vi è identità tra norme speciali e norme eccezionali, ed anche dalla legislazione speciale possono trarsi principi di carattere generale, suscettibili di applicazione al di fuori della *sedes materiae*

⁴⁹ E' inoltre previsto, sempre nell'allegato 3E del Regolamento emittenti, che nei verbali di assemblea di società cooperative quotate deve essere "specificato il numero dei partecipanti in proprio, per delega o in rappresentanza di figli minori, che risultino essere dipendenti della società o di società del gruppo con l'indicazione del numero complessivo delle azioni da questi depositate".

⁵⁰ In tal senso, POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 705 (ove un'analisi delle ragioni che giustificano la disciplina, improntata alla trasparenza, delle società quotate); Trib. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 693.

⁵¹ BALZANO, *Nomina degli amministratori di società cooperativa con voto segreto*, cit., p. 781; NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 884 ss.; Trib. Ferrara 25 luglio 2002, in *Società*, 2003, p. 871; Trib. Bologna 11 gennaio 2000, in *Società*, 2001, p. 220.

nella quale si trovano codificati ⁵². Nel caso in esame, le speciali disposizioni che prevedono il voto segreto rappresentano l'emersione di un'esigenza - quella della libertà di voto in presenza di determinate caratteristiche del tipo sociale e dell'oggetto della deliberazione - che non può essere trascurata. Attenta dottrina ha evidenziato che la soluzione normativa contenuta nelle suddette leggi speciali - obbligo del voto segreto per la nomina alle cariche sociali - si giustifica in considerazione della presenza, nelle suddette cooperative settoriali, di una *pluralità di categorie di soci* (soci giornalisti e soci lavoratori nelle cooperative giornalistiche; soci proprietari e soci coltivatori nei consorzi agrari), circostanza che pone in modo particolarmente forte l'esigenza della segretezza del voto a tutela dell'esigenza di coesione della compagine sociale, ed al fine di evitare il rischio di pressioni della categoria più forte ⁵³. Ma se così è, non può non evidenziarsi l'uguale meritevolezza del voto segreto - pur non obbligatorio per legge - in altre fattispecie, nelle quali pure è riscontrabile una pluralità di categorie di soci cooperatori (cfr. gli artt. 2540, commi 1 e 2, e 2542, comma 4, c.c.) ⁵⁴; per non parlare delle cooperative in cui siano presenti soci finanziatori o sovventori, nelle quali la pluralità di categorie di soci ha rilievo ancor maggiore stante il divario "causale" tra le due tipologie di partecipazione ⁵⁵. In definitiva, *la specialità delle disposizioni legislative che prevedono il voto segreto può essere colta nella imposizione de iure di detta modalità di voto, con preclusione del voto palese nei casi previsti, e non nella legittimità dello scrutinio segreto, che può essere riconosciuta in tutte le cooperative, pur rimettendosi all'autonomia statutaria la previsione o meno di tale forma di voto.*

⁵² Per tali considerazioni, con particolare riferimento alle cooperative settoriali, cfr. PETRELLI, *Cooperative e legislazione speciale*, studio n. 5379/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 2.

⁵³ In tal senso, PALLOTTA, *Illegittimità (senza eccezioni) del voto segreto*, cit., p. 225; Trib. Bologna 11 gennaio 2000, in *Società*, 2001, p. 220 (ove si evidenzia come "la diversità delle posizioni di partenza degli associati costituisca motivo dell'intervento legislativo, volto a garantire nella segretezza del voto, l'espressione di una volontà assembleare che non possa essere ricondotta alle originarie "appartenenze" ma costituisca per i soci stessi momento di espressione libera della propria volontà ... La segretezza del voto introdotta dal legislatore come modalità unica di espressione del voto costituisce, pertanto, un imprescindibile momento di "coesione sociale": nell'anonimato del voto, si disperdono le originarie posizioni di appartenenza"); BALZANO, *Nomina degli amministratori di società cooperativa con voto segreto*, cit., p. 781 (secondo la quale è possibile, nei casi suddetti, "ipotizzare che la diversità delle posizioni occupate nell'azienda da parte dei partecipanti all'assemblea possa favorire pressioni molto più forti di quelle normalmente verificabili all'interno di una società; non sono, tra l'altro, da escludere atteggiamenti ricattatori, facilitati dalla possibilità di sfruttare la diversità delle posizioni lavorative"); SALVATORE, *Voto segreto e banche di credito cooperativo*, cit., p. 821 ss.

⁵⁴ Sui riflessi, in termini di disciplina, della pluralità di categorie di soci cooperatori all'interno della medesima cooperativa, cfr. PETRELLI, *I profili della mutualità nella riforma delle società cooperative*, Studio n. 5308/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 7.

⁵⁵ Per l'individuazione di una causa mista nella cooperativa nella quale coesistano il fine mutualistico dei soci cooperatori, ed il fine unicamente lucrativo dei soci finanziatori, GALGANO, *Il finanziamento delle cooperative e i soci sovventori*, in *La nuova disciplina delle società cooperative*, Padova 1992, p. 37.

Per i suindicati motivi è quindi da condividere la conclusione della Suprema Corte, che ha ammesso in via generalizzata la legittimità del voto segreto nelle deliberazioni assembleari per la nomina alle cariche sociali delle cooperative, proprio valorizzando i principi emergenti dalla legislazione speciale⁵⁶. Si aggiunga che la sola presenza di disposizioni legislative come quelle sopra indicate dimostra che *il divieto di voto segreto non è una regola di carattere assoluto, ma piuttosto un'opzione la cui bontà è da verificarsi caso per caso, all'esito di un'analisi attenta alla gerarchia degli interessi coinvolti ed alla necessità del loro bilanciamento*⁵⁷.

Che sia così è dimostrato dal fatto che la previsione normativa del voto segreto per l'elezione alle cariche gestionali o di controllo è estremamente diffusa nel settore degli enti pubblici ed in talune associazioni⁵⁸; enti nei quali possono configurarsi, ovviamente, i medesimi problemi di accertamento della validità dei singoli voti, per conflitto di interessi o per altre cause, e quindi l'esigenza della c.d. prova di resistenza, che costituisce, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, la ragione principale per negare la legittimità del voto segreto.

Certo, non può negarsi che nell'ordinamento delle società di capitali la previsione dell'art. 2375 sia di segno opposto, e riveli il chiaro disfavore del legislatore per il sistema del voto segreto. Ma, ai fini in esame, la realtà cooperativa appare molto più

⁵⁶ POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 709; Cass. 21 novembre 1996 n. 10279, in *Società*, 1997, p. 776.

⁵⁷ POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 705 (che parla di "metodo della comparazione degli interessi in gioco"). Diverse ed articolate sono, d'altra parte, le soluzioni date al problema in diritto comparato: cfr. una rassegna in POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 699 ss., e p. 714, nota 59.

⁵⁸ Senza pretesa di completezza, e limitatamente alla legislazione più recente, possono segnalarsi, tra le numerose previsioni normative che - in relazione ad enti pubblici ed enti privati di interesse pubblico - prevedono l'adozione dello scrutinio segreto per la nomina di organi di amministrazione e di controllo, le seguenti: art. 3 del d.m. 31 maggio 2004; art. 13 del d.m. 19 maggio 2004 n. 275; art. 9 del d.p.c.m. 20 ottobre 2004; art. 14 della legge 23 ottobre 2003 n. 286; art. 19 del d.p.r. 2 agosto 2002 n. 216; art. 7 del d.m. 19 luglio 2002 n. 184; art. 5 del d.m. 2 agosto 2001; art. 42 del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165; art. 3 della delibera del Garante per la protezione dei dati personali del 28 giugno 2000; art. 6 del d.m. 31 marzo 2000; art. 9 della legge 4 giugno 1997 n. 169; art. 19 del d.p.r. 3 febbraio 1997 n. 98; art. 1 della legge costituzionale 24 gennaio 1997 n. 1; artt. 8 e 29 del d.p.r. 1 febbraio 1996 n. 167; art. 37 del d.p.r. 19 maggio 1995 n. 223; art. 1 della legge 23 febbraio 1995 n. 43; art. 4 del d.m. 11 ottobre 1994 n. 615; art. 7 del d.m. 4 ottobre 1994 n. 7; art. 31 del d. lgs. 16 aprile 1994 n. 297; art. 17 della legge 18 gennaio 1994 n. 59; art. 2 del d. lgs. 20 dicembre 1993 n. 533; art. 18 del d.m. 15 giugno 1993; art. 17 del d. lgs. 31 dicembre 1992 n. 545; art. 2 della legge 5 ottobre 1991 n. 333; art. 31 della legge 5 agosto 1991 n. 249; art. 10 della legge 9 novembre 1990 n. 336; art. 9 del d.p.c.m. 6 agosto 1990 n. 282; art. 2 della legge 30 dicembre 1988 n. 561; art. 10 della legge 13 aprile 1988 n. 117; art. 18 del d.p.c.m. 24 settembre 1987 n. 408; art. 46 della legge 24 dicembre 1986 n. 958; art. 3 della legge 6 giugno 1986 n. 251; art. 7 della legge 27 aprile 1982 n. 186; art. 6 del d.p.r. 29 ottobre 1980 n. 1137; art. 1 del d.m. 31 marzo 1980; artt. 6 e 15 del d.p.r. 4 novembre 1979 n. 691; art. 22 della legge 3 aprile 1979 n. 103; art. 15 della legge 11 gennaio 1979 n. 12; art. 18 della legge 11 luglio 1978 n. 382; art. 14 del d.m. 15 gennaio 1977; art. 20 del d.p.r. 31 maggio 1974 n. 416.

vicina a quella degli enti pubblici e delle associazioni, rispetto alle società di capitali, proprio perché maggiormente sentita è, nel nostro caso, l'*esigenza di libertà del voto*.

Per comprendere quanto ciò sia vero, può richiamarsi la frequente osservazione che vede nello *strapotere delle tecnostrutture* uno dei maggiori problemi della *corporate governance* delle società cooperative⁵⁹. Strapotere che è dovuto a più di una causa: certo influiscono, sulla tendenziale inamovibilità degli organi amministrativi delle cooperative, *il frequente disinteresse dei soci e l'assenteismo assembleare*, a loro volta motivati dalla pratica impossibilità di contribuire significativamente alle deliberazioni dell'assemblea con il voto capitaro; ma influisce anche, ed in misura probabilmente determinante, la posizione di "*dipendenza economica*" che i soci cooperatori hanno rispetto alle decisioni degli amministratori, che sono sostanzialmente "arbitri" dell'instaurazione e della gestione dei rapporti mutualistici. Circostanza, questa, che non può non influire, ad esempio, sul comportamento in assemblea del socio lavoratore (il cui sostentamento dipende, in ultima analisi, dalla cooperativa e quindi dalle decisioni degli amministratori), o del socio di cooperativa di credito, o del socio cooperatore di cooperativa di abitazione, per fare solo tre esempi significativi⁶⁰. Ecco, quindi, che una tale situazione di "*dipendenza economica*" si presta agevolmente a trasformarsi in una "*dipendenza psicologica*" all'atto della votazione palese. Da ciò si è desunta la rilevante funzione della clausola che prevede il voto segreto, che consiste "non solo nella tutela dei soci "incolpevolmente timidi", ma anche in quella di meglio garantire una sana e prudente gestione in tale tipo di società, evitando che gli amministratori giungano a dominare l'assemblea ed impediscano un opportuno

⁵⁹ Cfr. soprattutto MARASA', *Regole di corporate governance e banche di credito cooperativo*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 203 ss. (il quale evidenzia come lo strapotere degli amministratori sia determinato da una serie di cause concorrenti: l'accentuata stabilità degli stessi, anche in mancanza di limiti alla rieleggibilità; il controllo della "base elettorale", attraverso gli istituti dell'ammissione, della "accettazione" del recesso, della esclusione, dell'acquisto di azioni proprie); BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 561 ss.; CERRAI, *Il principio di democrazia nella gestione dell'impresa cooperativa: prospettive desumibili dall'esperienza tedesca per la riforma legislativa italiana*, cit., p. 42 ss.; GALGANO, *Il ruolo dell'impresa cooperativa nel quadro delle istituzioni dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, p. 340 ss.; VERRUCOLI, *Per una riforma della società cooperativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 16 ss. (ove la critica alla meccanica applicazione - soprattutto per quanto riguarda il rapporto tra assemblea ed amministratori di cooperative - delle norme sulle società per azioni).

⁶⁰ POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 703 ss.; Trib. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 687 ("non solamente nelle società cooperative di produzione e lavoro, nelle quali la stessa fonte di sostentamento del socio dipende in buona sostanza dalle decisioni degli amministratori rispetto ai quali il socio lavoratore si trova in stato di rilevante soggezione, ma anche nelle cooperative di credito, il cui scopo peculiare è proprio quello di facilitare il credito ai propri soci, che quindi con facilità divengono debitori della banca, si rende necessaria la tutela della piena libertà dell'assemblea nella elezione delle cariche sociali").

ricambio della direzione strategica" ⁶¹. Né si può liquidare la questione ritenendo che si tratti di mere "constatazioni di ordine pratico, relative ai rischi di pressioni esterne" ⁶², e che quindi "dalla generica considerazione degl'interessi in gioco non si possono trarre conclusioni univoche" ⁶³; in quanto si tratta proprio dell'essenza della democrazia cooperativa che rischia di essere conculcata, a fronte, d'altronde, di un dato positivo estremamente chiaro, che subordinando l'applicazione delle disposizioni legislative relative ai "tipi capitalistici" ad una verifica di *compatibilità* con i principi propri della cooperazione (art. 2519 c.c.), "attraverso la prevalenza attribuita alle norme specifiche dettate dal codice e dalla legislazione speciale, in sostanza tende a far prevalere le specifiche istanze delle società cooperative, di cui sono espressione tali norme, rispetto alla disciplina dettata per le società per azioni, il che rende ancor più discutibile l'estensione di principi propri di questi enti alle cooperative" ⁶⁴.

In definitiva, *il voto segreto appare, allo stato della legislazione, l'unico strumento in grado di contribuire al ricambio delle cariche sociali*; esigenza di ricambio che il legislatore della riforma ha valutato in senso positivo, nella misura in cui ha previsto che "gli statuti stabiliscano limiti al cumulo degli incarichi e alla rieleggibilità per gli amministratori" (art. 5, comma 2, lett. *d*), della legge n. 366/2001), ma che purtroppo il legislatore delegato non ha recepito nelle norme codicistiche relative agli amministratori ⁶⁵.

Nelle deliberazioni aventi ad oggetto la nomina alle cariche sociali, o la relativa revoca o sostituzione, ricorre quindi quella ragione di incompatibilità, *ex art. 2519 c.c.*, che impedisce di ritenere inderogabile, nel settore delle cooperative, la previsione dell'art. 2375 c.c.: proprio perché *il voto segreto assume rilevanza determinante in senso causale al fine di consentire l'attuazione del principio di democrazia cooperativa ed il ricambio delle cariche*.

⁶¹ Trib. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 687.

⁶² Così, invece, PALLOTTA, *Illegittimità (senza eccezioni) del voto segreto*, cit., p. 225.

⁶³ NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, cit., p. 883.

⁶⁴ Trib. Bologna 27 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 687.

⁶⁵ La previsione dell'art. 5, comma 2, lett. *d*), della legge n. 366/2001, era stata attuata dal legislatore delegato, con il d. lgs. n. 6/2003, mediante la previsione - peraltro limitata alle cooperative che applicano la società per azioni - della necessaria previsione statutaria di limiti alla rieleggibilità ed al cumulo delle cariche (art. 2542, comma 3, c.c.). Questa disposizione è stata peraltro abrogata dall'art. 29 del d. lgs. 28 dicembre 2004 n. 310.

Del resto, non si può escludere che la notevole diffusione della previsione statutaria del voto segreto negli statuti delle cooperative, unanimemente constatata ⁶⁶, possa assumere una valenza ancor maggiore, legittimando probabilmente l'affermazione dell'esistenza di una vera e propria *consuetudine normativa* - conforme ai principi sopra evidenziati ed avente natura di *norma mutualistica* per gli effetti dell'art. 9, comma 1, lett. a), del d. lgs. n. 220/2002 - che riconosce legittimità al voto segreto nelle cooperative ai fini dell'elezione delle cariche sociali.

Da quanto sopra può, quindi, ricavarsi con sufficiente certezza la conclusione della *legittimità della clausola statutaria che preveda il voto segreto per le delibere in oggetto, con la sola esclusione delle cooperative i cui statuti prevedano il voto plurimo.*

6. Segue: le deliberazioni delle assemblee separate e quelle dell'assemblea generale.

A norma dell'art. 2540 c.c., l'atto costitutivo della società cooperativa può - ed in determinati casi deve - prevedere lo svolgimento di *assemblee separate* ⁶⁷. La funzione dell'istituto è, pacificamente, quella di agevolare la partecipazione dei soci alle decisioni assembleari, e rappresenta quindi uno dei principali strumenti predisposti ai fini dell'attuazione del principio di democrazia cooperativa ⁶⁸. Compito delle assemblee

⁶⁶ FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., p. 42; PALLOTTA, *Illegittimità (senza eccezioni) del voto segreto*, cit., p. 221; SALVATORE, *Voto segreto e banche di credito cooperativo*, cit., p. 821; TASSINARI, *Il voto segreto nelle assemblee di società*, cit., p. 498.

Lo statuto tipo delle banche di credito cooperativo contiene (art. 28, comma 3) una clausola prevedente il voto segreto per la nomina delle cariche sociali, salvo che l'assemblea, su proposta del presidente, deliberi, con la maggioranza dei due terzi dei voti espressi, di procedere con voto palese (POMELLI, *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, cit., p. 704, nota 27). La medesima clausola era contenuta nell'art. 21, comma 2, dello statuto tipo delle casse rurali ed artigiane.

⁶⁷ Sull'istituto delle assemblee separate, cfr. CUSA, *La nuova disciplina delle assemblee separate*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 799; CUSA, *Le assemblee separate nel nuovo diritto cooperativo*, in *Coop. e consorzi*, 2004, p. 505; PELLICIARI, *La rappresentanza delle minoranze all'assemblea generale dei soci delegati*, in *Coop. e consorzi*, 2004, p. 641; TRAPANI-RUOTOLO, *Assemblee separate ex art. 2533 cod. civ.*, in *Studi e materiali*, 6.2, Milano 2001, p. 1243; BONFANTE, *Assemblea speciale nelle cooperative con diverse categorie di soci*, in *Società*, 1991, p. 1475; GIORGIERI, *Delegati delle assemblee separate in assemblea generale e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 41; LANDOLFI, *Assemblee separate e tutela delle minoranze*, in *Dir. e giur.*, 1976, p. 927; GATTI, *La rappresentanza del socio nell'assemblea*, Milano 1975, p. 150 ss.; FAZZUTTI, *Una singolare clausola statutaria in tema di assemblee separate*, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 517; DISTASO, *Il procedimento di formazione della volontà sociale nelle assemblee separate delle società cooperative*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1973, I, p. 60; FERRI, *La formazione della volontà sociale nel sistema delle assemblee separate*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 35; GIANNATTASIO, *Delegati delle minoranze delle assemblee separate all'assemblea generale delle società cooperative*, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 224; CAVAZZUTI, *Le assemblee separate*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 591.

⁶⁸ CUSA, *La nuova disciplina delle assemblee separate*, cit., p. 799; FALCONE, *Commento all'art. 2540*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2003, p. 140; CARBONI, *Le*

separate è quello di procedere alla nomina dei delegati, che parteciperanno all'assemblea generale, con mandato vincolante ovvero con poteri discrezionali ⁶⁹, a seconda delle previsioni statutarie e del tenore della deliberazione che li nomina; risolvendo una questione in passato controversa, il legislatore del 2003 ha chiarito, nel nuovo testo dell'art. 2540, comma 3, c.c., che l'atto costitutivo "assicura in ogni caso la proporzionale rappresentanza delle minoranze espresse dalle assemblee separate". Ci si chiede, allora, *se la nomina dei delegati possa essere deliberata a scrutinio segreto*.

A ben vedere, si tratta di *fattispecie molto simile a quella della nomina alle cariche sociali*, per le quali si è ritenuta prevalere l'esigenza di democrazia cooperativa rispetto alla "trasparenza" delle risultanze del verbale assembleare. Anche la nomina dei delegati infatti assume particolare delicatezza, soprattutto nel caso in cui agli stessi venga conferito un margine di discrezionalità ai fini dell'espressione del voto nell'assemblea generale: basti pensare all'eventualità che i nominativi dei delegati da eleggere siano proposti dal consiglio di amministrazione, e siano quindi espressione del *management* della cooperativa, per comprendere quanto sia importante nella fattispecie in esame la libertà di espressione del voto nell'assemblea separata. Quest'ultima finirebbe per rappresentare una sorta di "comitato elettorale", e la vera decisione assembleare sarebbe presa in assemblea generale dai delegati, a loro volta espressione del gruppo dirigente. Meno pericolosa, ma pur sempre rilevante ai fini dell'attuazione dei principi di democrazia cooperativa, appare la nomina dei delegati nel caso in cui il mandato agli stessi sia vincolante: in tal caso l'assemblea separata delibera sulla "sostanza" delle materie all'ordine del giorno, ma si riconosce comunque uno spazio alla discrezionalità dei delegati, limitatamente alle "sopravvenienze" che possano influire sull'oggetto della deliberazione ⁷⁰.

imprese cooperative e le mutue assicuratrici, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino 1985, p. 484; GIORGIERI, *Delegati delle assemblee separate in assemblea generale e tutela delle minoranze*, cit., p. 49; LANDOLFI, *Assemblee separate e tutela delle minoranze*, cit., p. 930 e 933; FAZZUTTI, *Una singolare clausola statutaria in tema di assemblee separate*, cit., p. 524; DISTASO, *Il procedimento di formazione della volontà sociale nelle assemblee separate delle società cooperative*, cit., p. 68, 79 e 85; CAVAZZUTI, *Le assemblee separate*, cit., p. 598 ss.; Trib. Roma 29 gennaio 1964, in *Foro it.*, 1964, I, c. 858.

⁶⁹ In passato si è molto discusso sulla natura vincolante o meno del mandato conferito ai delegati delle assemblee separate; oggi si ritiene che l'autonomia statutaria possa disporre in entrambe le direzioni, e che in mancanza l'assemblea separata possa deliberare a scelta un mandato più o meno vincolante: cfr. per tutti CUSA, *La nuova disciplina delle assemblee separate*, cit., p. 808 ss.; TATARANO, *L'impresa cooperativa*, Milano 2002, p. 400; BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 590; BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna 1997, p. 274; Cass. 18 novembre 1967 n. 2777, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 45; Trib. Roma 29 gennaio 1964, in *Foro it.*, 1964, I, c. 858 ss.

⁷⁰ BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, cit., p. 717 ss.; LANDOLFI, *Assemblee separate e tutela delle minoranze*, cit., p. 931; CAVAZZUTI, *Le assemblee separate*, cit., p. 608.

La disposizione in commento richiede in ogni caso "la proporzionale rappresentanza delle minoranze". Ciò non costituisce ostacolo all'adozione del voto segreto: anche con l'utilizzo di quest'ultimo si ottiene una deliberazione ⁷¹, dalla quale emergono i voti favorevoli ed i voti contrari alla proposta messa ai voti: in definitiva, lo statuto prevede criteri di rappresentanza delle minoranze (ad esempio, la nomina di un delegato per un certo numero di votanti in una determinata direzione), ai fini dei quali non assume rilievo l'identificazione dei "mandanti" di ciascun delegato (salva l'esigenza di identificare astenuti e dissenzienti ai fini dell'impugnazione *ex art. 2540, comma 5, c.c.*, che non si pone peraltro diversamente rispetto alle analoghe esigenze riscontrate in genere nelle cooperative; esigenze sulle quali devono ritenersi prevalenti i principi di democrazia cooperativa, allorché gli stessi siano coinvolti in base all'oggetto della deliberazione).

Non è neanche di ostacolo la circostanza che all'assemblea generale possano assistere anche i soci che hanno preso parte alle assemblee separate: questi ultimi, infatti, sono ammessi ad intervenire a prescindere dal fatto che abbiano espresso voto favorevole, voto contrario o si siano astenuti nell'assemblea separata.

La rilevanza della libertà di voto nelle assemblee separate era stata tenuta in considerazione, in passato, dal legislatore, che nel *precedente ordinamento dei consorzi agrari* richiedeva l'adozione obbligatoria dello scrutinio segreto nelle suddette assemblee (l'art. 15, comma 3, del d. lgs. 7 maggio 1948 n. 1235, ora abrogato, disponeva per l'appunto che "le assemblee parziali, presiedute dal presidente del consorzio o da un suo delegato, eleggono a scrutinio segreto, col sistema proporzionale, un delegato per ogni venti soci intervenuti, in persona o per delega, all'assemblea; se il numero dei votanti non sia un esatto multiplo di venti, ed il resto superi i dieci, viene eletto un delegato anche per questo resto. Ogni delegato eletto rappresenta venti voti").

In conclusione, deve ritenersi che - con la sola eccezione delle cooperative i cui statuti attribuiscono ad alcuni soci un voto plurimo - sia *legittima la clausola statutaria che preveda il voto segreto per le deliberazioni delle assemblee separate*.

⁷¹ DISTASO, *Il procedimento di formazione della volontà sociale nelle assemblee separate delle società cooperative*, cit., p. 86, evidenzia che "il carattere deliberativo dell'assemblea separata non viene ridotto dall'affermazione della necessità della nomina anche dei delegati di minoranza. La deliberazione presa vincola infatti tutti i soci intervenuti ... essi non potranno tornare sulle loro decisioni e modificarle, cambiare le persone dei delegati, il tipo di mandato loro conferito, il numero di voti di cui ciascuno è portatore nell'assemblea generale in base ai voti espressi nell'assemblea parziale. L'unico effetto della votazione che non si verificherà, in conseguenza della natura e della funzione dell'assemblea separata, è l'assorbimento della volontà della minoranza in quella della maggioranza, come accade nell'assemblea generale").

Quanto all'*assemblea generale*, alla stessa partecipano i delegati eletti dalle assemblee separate, a ciascuno dei quali spetta un numero di voti da calcolarsi in proporzione al numero dei soci che li hanno eletti ⁷². Tale circostanza - e la spettanza, quindi, a ciascun delegato di una pluralità di voti - rende *impraticabile*, come già osservato in linea generale, *lo scrutinio segreto* nella medesima assemblea generale.

7. Segue: le deliberazioni aventi ad oggetto l'ammissione di nuovi soci cooperatori.

Tra i principi fondanti l'identità della società cooperativa sin dal suo sorgere ha un ruolo qualificante il principio della *porta aperta*, valorizzato dalla recente riforma societaria con la nuova disciplina, contenuta nell'art. 2528 del codice civile ⁷³. Tale principio implica il *carattere inderogabile dell'apertura della compagine sociale* (tant'è vero che si ritiene pacificamente che lo statuto non può prevedere un numero massimo di soci, e deve necessariamente indicare i requisiti e le condizioni per l'ammissione in società, non potendo rimetterne la determinazione all'arbitrio degli amministratori ⁷⁴); la sua violazione - e quindi l'eventuale politica di "chiusura" eventualmente adottata dagli amministratori - è considerata di gravità tale da legittimare il commissariamento della cooperativa (art. 2545-*sexiesdecies*, ultimo comma, c.c.). In questo meccanismo, l'assemblea dei soci gioca un duplice ruolo. In sede di approvazione del bilancio

⁷² Trib. Roma 29 gennaio 1964, in *Foro it.*, 1964, I, c. 859. Cfr. però - per l'ammissibilità di una diversa regolamentazione statutaria - CUSA, *La nuova disciplina delle assemblee separate*, cit., p. 802 e 807; Cass. 18 novembre 1967 n. 2777, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 36.

⁷³ Sul principio della porta aperta nelle cooperative, cfr. in particolare IOCCA, *Il principio della porta aperta*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, Padova 2004, p. 327; ARGAZZI, *Procedura di ammissione di nuovi soci e carattere aperto*, in *Coop. e consorzi*, 2005, p. 109; BONFANTE, *Le clausole di ammissione, esclusione e recesso del socio*, in *Società*, 2000, p. 787; PAOLUCCI, *I soci: il principio della porta aperta e i poteri del consiglio di amministrazione*, in *Società*, 2000, p. 785; BONFANTE, *Porta aperta e risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 749; MIOLA, «Porta aperta» e poteri degli amministratori sull'ammissione dell'aspirante socio di cooperativa, in *Dir. e giur.*, 1986, p. 477; GROSSO, *Il principio della porta aperta nelle organizzazioni cooperative*, in *Riv. società*, 1982, p. 45; PELLIZZI, *La ricorrente nostalgia della porta aperta*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 321; BONFANTE, *Cooperativa e porta aperta: un principio invecchiato?*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 392; ROSSI, *Il principio della libertà "di" adesione alla cooperativa nella disciplina del codice civile*, in *Riv. dir. agr.*, 1978, II, p. 189; GRISOLI, *Un diritto del nuovo socio all'ingresso nella cooperativa?*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 293; ROSSI, *Semplicità di forme nell'ammissione di nuovo socio nella cooperativa: le possibili interpretazioni*, in *Dir. e giur.*, 1978, p. 164.

⁷⁴ BONFANTE, *Delle società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Bonfante, Cottino, Cagnasso e Montalenti, Bologna 2004, p. 2384 ss., 2503; GRUMETTO, *La società cooperativa alla luce della riforma*, in *Il nuovo diritto societario*, II, a cura di Galgano e Genghini, Padova 2004, p. 1105; SCHIRO', *Società cooperative e mutue assicuratrici*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, p. 102 ss.; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova 2003, p. 503; BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 377 ss., e p. 477; OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Diritto delle società - Scritti giuridici*, II, Padova 1992, p. 507 ss.; App. Milano 1 giugno 1994, in *Società*, 1994, p. 1067, e p. 1502, con nota di BONAVERA; Trib. Lecce 30 giugno 1988, in *Società*, 1988, p. 1079; Trib. Genova 22 ottobre 1987, in *Società*, 1988, p. 506; Trib. Brindisi 25 marzo 1981, in *Foro pad.*, 1981, I, p. 68.

annuale, è sottoposta al suo esame la relazione degli amministratori, da cui devono risultare "le ragioni delle determinazioni assunte con riguardo all'ammissione dei nuovi soci" (art. 2528, comma 4, c.c.); ma soprattutto, l'aspirante socio la cui domanda sia rigettata può - entro sessanta giorni dalla comunicazione del diniego - chiedere che sull'ammissione si pronunci l'assemblea (art. 2528, comma 3, c.c.). Come convincentemente dimostrato da autorevole dottrina, l'ammissione è operazione di natura gestionale (le dimensioni della compagine sociale influiscono, infatti, sull'efficienza della gestione imprenditoriale); gli amministratori hanno perciò un elevato *margin di discrezionalità*, non dovendo limitarsi alla verifica dell'esistenza dei requisiti soggettivi in capo all'aspirante socio, ma dovendo piuttosto verificare che l'ammissione sia compatibile con l'interesse sociale ⁷⁵. La natura gestionale dell'operazione fa sì che lo statuto possa assegnare carattere vincolante al pronunciato dell'assemblea solo nella misura in cui può ritenersi attribuibile statutariamente all'assemblea di cooperativa una funzione di natura gestoria ⁷⁶; ciò non toglie che il deliberato dell'assemblea espliciti una fondamentale *funzione di controllo* del corretto operato degli amministratori ⁷⁷.

Occorre, infatti, evidenziare che *l'ammissione dei soci è uno degli strumenti a mezzo del quale gli amministratori possono mantenere, o consolidare il proprio potere nella cooperativa*. Si è acutamente evidenziato che nelle società cooperative *gli amministratori hanno il "controllo" della propria base elettorale*, mediante i poteri di ammissione ed esclusione ad essi attribuiti dalla legge ⁷⁸. Ciò avviene, principalmente, mediante ammissione di nuovi soci "graditi" all'*establishment* amministrativo; e di ciò il legislatore ha tenuto conto, nella misura in cui ha escluso che i soci ammessi (ed

⁷⁵ E' pacifico, anche a seguito della riforma societaria, che non sussiste, a carico della cooperativa, un obbligo di ammissione degli aspiranti soci che siano in possesso dei requisiti statuari (e non esiste, quindi, un "diritto all'ammissione"); tanto meno esiste una tutela "reale" del relativo interesse dell'aspirante (e quindi il contratto sociale non può qualificarsi come contratto a favore di terzo): cfr. per tutti BONFANTE, *Delle società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2501 ss.; SCHIRO', *Società cooperative e mutue assicuratrici*, cit., p. 75, e p. 99; TONELLI, *Commento all'art. 2528*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2003, p. 101; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 503 ss. (che ricorda la diversa disciplina prevista da alcune leggi speciali); BASSI, *Le società cooperative*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Buonocore, Torino 2003, p. 249; BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 477 ss.; BONFANTE, *Cooperativa e "porta aperta": un principio invecchiato?*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 398 ss.; OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Diritto delle società - Scritti giuridici*, II, cit., p. 509 ss.; Cass. 14 maggio 1997 n. 4297, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1590; App. Milano 1 giugno 1994, in *Società*, 1994, p. 1067; App. Perugia 6 agosto 1991, in *Arch. civ.*, 1992, II, p. 81; Trib. Milano 14 settembre 1987, in *Società*, 1988, p. 50; Trib. Napoli 22 febbraio 1985, in *Dir. e giur.*, 1986, p. 476.

⁷⁶ BONFANTE, *Delle società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2504; CARRABBA, *Aspetti negoziali mutualistici del tipo societario cooperativo*, in *Riv. not.*, 2003, p. 1077.

⁷⁷ BONFANTE, *Cooperativa e "porta aperta": un principio invecchiato?*, cit., p. 403.

⁷⁸ MARASA', *Regole di corporate governance e banche di credito cooperativo*, cit., p. 204.

iscritti nel libro soci) da meno di novanta giorni possano esercitare il voto in assemblea⁷⁹. Ma può avvenire anche nel caso di *rifiuto di ammissione di nuovi soci* (perché con tale atteggiamento gli amministratori possono mantenere una maggioranza a loro favorevole, che l'ammissione di nuovi soci potrebbe destabilizzare). Ecco, allora, che - nell'ambito della dialettica tra i due organi sociali (assemblea e consiglio di amministrazione) - il *riesame* dei deliberati dell'organo amministrativo, attribuito alla competenza dell'assemblea dal terzo comma dell'art. 2528 c.c., riveste particolare delicatezza, e si rivela *indispensabile all'attuazione dei principi di partecipazione e democrazia cooperativa*. Ricorrono quindi, evidentemente, le medesime ragioni, già illustrate a proposito della nomina alle cariche sociali, che rendono particolarmente *meritevole di tutela la riservatezza del voto* espresso dai soci in sede di delibera di riesame, considerato anche che ove tale deliberazione censurasse l'operato degli amministratori, ciò potrebbe preludere ad un'azione di responsabilità nei loro confronti⁸⁰.

Se così è, non può allora che affermarsi, nei limiti già evidenziati, la *legittimità della clausola statutaria che preveda il voto segreto nelle delibere assembleari di riesame delle decisioni di rigetto delle domande di ammissione*.

8. Segue: le deliberazioni aventi ad oggetto l'esclusione di soci cooperatori.

Le riflessioni sopra effettuate in ordine all'ammissione di nuovi soci non possono essere traslate alla fattispecie della esclusione dei soci cooperatori nelle ipotesi previste dall'art. 2533 c.c. Il secondo comma di tale articolo dispone che l'esclusione deve essere deliberata dagli amministratori, ma l'atto costitutivo può attribuire la relativa competenza all'assemblea. Nel primo caso, non vi sono evidentemente ragioni per legittimare il voto segreto, in quanto non si ravvisa nella deliberazione dell'organo amministrativo alcuna esigenza di segretezza ai fini che interessano. Diverso è il *caso in cui sull'esclusione debbano deliberare i soci riuniti in assemblea*. Può fondatamente porsi, in tale ipotesi, la questione della legittimità del voto segreto, che però si

⁷⁹ E' pacifico che l'esclusione del voto in capo ai soci iscritti da meno di novanta giorni è finalizzata ad impedire che gli amministratori riescano a predisporre, con l'ammissione di nuovi soci, un'assemblea ad essi favorevole: cfr. tra gli altri TATARANO, *L'impresa cooperativa*, cit., p. 385 ss.; BASSI, *Le società cooperative*, Torino 1995, p. 247; BASSI, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 699; BONAVERA, *Funzionamento dell'assemblea nelle cooperative*, cit., p. 945; RACUGNO, *Società cooperativa e rappresentanza nell'assemblea*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 8; VERRUCOLI, *Cooperative (imprese)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 584; Relazione al codice civile, n. 1028.

⁸⁰ Cfr. sulla questione BONFANTE, *Cooperativa e "porta aperta": un principio invecchiato?*, cit., p. 405 ss.

caratterizza in termini diversi rispetto alla fattispecie dell'ammissione dei nuovi soci. Nel caso, infatti, in cui lo statuto abbia attribuito all'assemblea la competenza a deliberare l'esclusione, precludendo così agli amministratori ogni potere in merito, non si ravvisano particolari esigenze di salvaguardia della democrazia cooperativa. Può, invece, ritenersi coinvolto un altro principio fondamentale del diritto delle cooperative, quello della *mutualità*. Infatti l'esclusione, quale strumento di attuazione della "porta aperta in uscita", gioca un ruolo importante ai fini della salvaguardia dell'*affectio societatis*, e cioè della coesione e dell'armonia nell'ambito della compagine sociale, che viene ritenuta dalla dottrina particolarmente importante in ambito cooperativo in considerazione del rilievo dell'*intuitus personae* e dell'obbligo di collaborazione gravante sui soci cooperatori ⁸¹. Se è vero, come appare, che "il principio della mutualità postula comprensione e collaborazione tra i soci", e che la proficua collaborazione tra i soci nella partecipazione all'attività sociale "costituisce l'essenza della mutualità che sta a base della cooperazione", tenuto conto soprattutto delle rilevanti competenze dell'assemblea dei soci nelle cooperative ⁸², sembra evidente che *l'esclusione di un socio da parte degli altri soci*, laddove ne ricorrano i presupposti legali e statutari, debba essere *agevolata al fine di rimuovere gli ostacoli all'attuazione dello scopo mutualistico*. Esigenza, questa, qualificante il tipo sociale in esame rispetto alle strutture societarie di tipo capitalistico, e sufficiente a fondare - anche in questo caso - l'incompatibilità della previsione dell'art. 2375, comma 1, c.c. (se intesa come disposizione inderogabile), con le norme ed i principi della cooperazione. Può

⁸¹ FIORI, *Sulle ipotesi di esclusione del socio di società cooperativa*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 330; CAPOBIANCO, *L'esclusione del socio nelle cooperative di abitazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 7 ss., 22 ss. (che qualifica l'esclusione come "istituto posto a salvaguardia dell'interesse della società, interesse consistente nella necessità di mantenere omogeneo ed efficiente l'organismo sociale"; istituto quindi finalizzato alla necessità "di salvaguardare l'omogeneità del gruppo sociale, di assicurare un intenso e proficuo svolgimento dell'attività sociale e di evitare che l'atteggiamento del socio come persona possa contrastare con il principio della mutualità che postula comprensione e collaborazione tra i soci stessi"); BIANCHI, *L'esclusione del socio dalla cooperativa*, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 129 ss. (che ritiene legittima l'esclusione del socio a fronte di un comportamento che "contrasta col principio della mutualità che postula collaborazione e comprensione tra i soci", ed afferma che l'obbligo di collaborazione "assume per le società cooperative un significato più preciso e pregnante"); GROSSO, *I controlli interni nelle società cooperative*, cit., p. 87 ss.; ID., *Il principio della porta aperta nelle organizzazioni cooperative*, in *Riv. soc.*, 1982, p. 48 (ove si nota che sin dalle origini del movimento cooperativo, le regole organizzative furono finalizzate a garantire "quella armonia interna da cui dipendeva in gran parte il suo sviluppo e successo, poiché l'esperienza aveva dimostrato che essa poteva facilmente trasformarsi in discordia in caso di ammissione di persone indesiderabili, di individui privi di senso di responsabilità o di elementi perturbatori"); D'ANGELO, *L'esclusione dei soci nelle cooperative*, in *Riv. coop.*, 1956, p. 79 (che definisce l'esclusione dalla cooperativa come "mezzo idoneo ad assicurare tra i suoi componenti omogeneità e capacità giuridica e professionale indispensabili perché essi possano partecipare all'attività sociale, ciò che costituisce l'essenza della mutualità che sta a base della cooperazione").

⁸² PETRELLI, *Le cooperative nella riforma del diritto societario. Analisi di alcuni aspetti controversi*, Studio n. 5306/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 7.

ravvisarsi, in altri termini, una *specificità della fattispecie in esame* rispetto, ad esempio, all'esclusione disciplinata dall'art. 2473-bis c.c. in relazione alla società a responsabilità limitata (che, in base ai principi ivi vigenti, deve essere deliberata a scrutinio palese). Senza considerare che, in casi particolari, possono ricorrere esigenze analoghe a quelle che fanno ritenere legittima la votazione segreta per la nomina alle cariche sociali, o per l'ammissione di nuovi soci: si pensi all'ipotesi in cui l'assemblea sia chiamata a deliberare *l'esclusione di un socio amministratore*, fattispecie che può probabilmente equipararsi a quella della revoca dell'amministratore medesimo, per la quale si è visto essere ammesso lo scrutinio segreto.

Esistono d'altronde, nell'ordinamento italiano, precedenti di adozione del voto segreto in relazione alle *deliberazioni che implicino apprezzamenti e valutazioni circa qualità delle persone*: una regola in tal senso era codificata nell'art. 298 del r.d. 4 febbraio 1915 n. 148 (testo unico della legge comunale e provinciale, ora abrogato), ed una diffusa prassi nel medesimo senso, apprezzabile forse come *consuetudine normativa* e quindi *norma mutualistica*, si riscontra proprio nel settore delle società cooperative.

La conclusione non può che essere, quindi, nel senso della *legittimità della previsione del voto segreto relativamente all'assemblea che delibera sull'esclusione dei soci cooperatori*.

9. Conclusioni.

Tirando le somme dell'analisi effettuata, è possibile concludere enunciando le seguenti proposizioni:

- nelle società di capitali, la nuova previsione dell'art. 2375, comma 1, c.c., che impone l'indicazione nel verbale di assemblea dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti, costituisce argomento decisivo al fine di negare la legittimità della clausola statutaria, o della decisione assembleare, che ammetta il voto segreto;

- nelle società cooperative, il voto segreto è da ritenersi legittimo tutte le volte in cui la sua previsione sia strumentale all'attuazione dei principi peculiari della disciplina cooperativa, ed in particolare del principio di partecipazione e democrazia cooperativa; mentre deve considerarsi precluso in assenza di detto rapporto di strumentalità;

- tra le fattispecie in cui il voto segreto è da reputarsi legittimo, possono includersi le deliberazioni di nomina alle cariche sociali, e relativa revoca e sostituzione; le deliberazioni delle assemblee separate; le deliberazioni adottate dall'assemblea in sede di riesame delle decisioni di rigetto delle domande di ammissione di nuovi soci; le deliberazioni assembleari di esclusione dei soci cooperatori;

- il voto segreto è precluso nelle banche popolari e nelle cooperative di assicurazione quotate nei mercati regolamentati; è illegittimo se previsto in relazione alle deliberazioni assembleari che danno luogo a diritto di recesso; è impraticabile nelle cooperative i cui statuti prevedano il voto plurimo; deve considerarsi illegittimo in ogni caso, se riferito alle deliberazioni dell'organo amministrativo;

- anche laddove il voto segreto in senso stretto sia vietato, è tuttavia possibile utilizzare modalità "riservate" di votazione, con l'ausilio di scrutatori indipendenti che rilevino i risultati delle votazioni, e conservino le schede di voto per il tempo ritenuto necessario.