

Massima n. 18

Società di capitali – società consortili a responsabilità limitata e per azioni costituite ai sensi dell'art. 2615-ter c.c. - voto capitario - inammissibilità

E' principio caratterizzante le società di capitali quello secondo cui il diritto di voto è proporzionale alla partecipazione. Tale principio non è tangibile neppure nelle società consortili costituite ai sensi dell'art. 2615-ter c.c., poiché il requisito della mutualità che le accomuna alle società cooperative, per le quali vige l'opposto principio del voto capitario, non può assumere nelle prime il medesimo significato che esso ha nelle seconde, dove democrazia e solidarismo entrano nel programma causale del contratto. Nelle società consortili il programma causale del contratto resta pur sempre quello tipico delle società di capitali del conseguimento da parte di soggetti imprenditori di un aumento del profitto con la riduzione dei costi di produzione o con l'aumento del prezzo di vendita dei prodotti o dei servizi; pertanto l'applicazione del principio del voto capitario porterebbe allo snaturamento del tipo s.r.l. o s.p.a., alla cui adozione è diretta la volontà dei contraenti, ed alla creazione di un ibrido contrattuale non ammissibile alla luce della norma imperativa contenuta nell'art. 2249 c.c..

Motivazione

Attraverso lo specifico problema del voto capitario la massima tende anche a riaffermare il ruolo del tipo societario nel nostro ordinamento, ruolo che si tenta di scalfire utilizzando i grimaldelli del diritto internazionale privato e comunitario ed all'interno dell'ordinamento delle società consortili. Data la complessità di quest'ultimo argomento, si è dimostrato utile costruire, affrontando specifici argomenti, una griglia di protezione del ruolo del tipo societario; tale procedere della dottrina per specifici argomenti senza azzardare ricostruzioni unitarie di un nuovo tipo "società consortile" è in sé il chiaro indice che un nuovo tipo non esiste e che l'obiettivo è invece quello di tracciare la linea di resistenza del tipo adottabile ai sensi dell'art. 2615-ter c.c. alle esigenze legate all'assunzione come oggetto sociale degli scopi consortili di cui all'art. 2602 c.c..

Procedendo per gradi occorre in primo luogo ribadire, sia pure sinteticamente per le ovvie ragioni dettate dalla natura e dalla sede della disamina, i termini in cui il tipo societario è presente nelle norme vigenti, quindi in secondo luogo dar conto dell'incidenza che in via generale può assumere la norma contenuta nell'art. 2615-ter c.c. su tale assetto normativo, in terzo luogo affrontare lo specifico punto del voto capitario quale

elemento estraneo alle società di capitali e quindi anche a quelle con oggetto consortile ed infine per completezza chiarire alla luce degli artt. 2332 (s.p.a.), 2454 (s.a.p.a.) e 2463 (s.r.l.) c.c. quali siano le sorti delle clausole che tale voto capitarario inseriscano nel funzionamento di una società poi regolarmente iscritta nel Registro delle Imprese, in considerazione della diversa operatività del ruolo del tipo societario anteriormente o posteriormente a tale iscrizione, ossia al di fuori o dentro il perimetro dei richiamati artt. 2332, 2454 e 2463 c.c..

La riforma del diritto societario, pur registrando inequivocabilmente una evoluzione critica dell'assetto tradizionale dei tipi societari, recepisce sicuramente il "tipo" nella tassonomia delle forme giuridiche. Il riferimento al "tipo" è presente in numerose delle nuove norme inserite nel c.c., ma quale principio è consacrato nell'art. 2249 c.c. che, rubricato "Tipi di società", stabilisce che "Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale *devono* costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo", ossia società in nome collettivo, società in accomandita semplice, società per azioni, società in accomandita per azioni o società a responsabilità limitata (non ci soffermiamo sulla società semplice non utilizzabile per il consorzio e sulle cooperative per la marginalità delle questioni nell'economia del discorso complessivo). E' opportuno ricordare da subito la formulazione letterale del primo comma dell'art. 2615-ter c.c., rubricato "Società consortili" e che questa fattispecie prevede: "Le società previste nei capi III e seguenti del titolo V possono assumere come oggetto sociale gli scopi indicati nell'art. 2602 c.c.". Il legislatore è felicemente preciso, chiaro e puntuale, dice in termini incontrovertibili che le medesime società (rectius i privati con l'adozione di uno dei tipi legali consentiti all'autonomia privata) previste dall'art. 2249 c.c. come tipi sociali da adottare obbligatoriamente per l'esercizio di un'attività commerciale possono avere quale oggetto sociale l'istituzione di un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese. Una tale corrispondenza e precisione letterale non può quindi lasciare dubbi sul punto che i tipi di società sono sempre e soltanto quelli previsti dall'art. 2249 c.c. e che l'unico elemento di novità aggiunto dall'art. 2615-ter c.c. è la possibilità che si assuma quale oggetto sociale di quelle società lo scopo tipico del contratto di consorzio. Tutt'al più, volendo accedere alla nozione di modello, non utilizzata dal Legislatore della Riforma, ma ampiamente presente nella Legge Delega, potremmo dire che l'oggetto consortile determina un particolare modello nell'ambito del tipo adottato e che proprio in funzione del modello è da valutare la resistenza del tipo

all'introduzione di clausole dettate dall'autonomia privata in funzione della particolarità dell'oggetto.

La scelta del tipo da parte dell'autonomia privata determina la scelta della disciplina applicabile all'ente societario selezionato. Il sistema contenuto nel nostro ordinamento è sistema prescrittivo e non descrittivo, il tipo societario ha cioè la funzione normativa "di individuare le regole applicabili a tutti i fenomeni in esso ricompresi", sia pure in maniera compressa rispetto al passato, poiché il tipo società di capitali attualmente non rappresenta più la disciplina indifferenziata da applicarsi a tutte le fattispecie in esso rientranti. La tassatività dei tipi societari e dei relativi impianti prescrittivi è regola assolutamente compatibile con l'art. 41 della Costituzione; la dottrina in proposito ha evidenziato come l'iniziativa economica debba svolgersi in linea con l'utilità sociale e che a tal fine il principio di tassatività dei tipi societari corrisponde ad un obiettivo di ordine pubblico in quanto sottrae alla disponibilità delle parti strutture a rilievo reale quali le società garantendone la facile riconoscibilità nel traffico giuridico¹.

Ribadito che sussiste nel nostro ordinamento anche dopo la Riforma il principio della tassatività del tipo sociale ed evidenziato che è rilevabile in maniera elementare come tale principio non sia assolutamente posto in discussione dall'art. 2615-ter del c.c., al fine di valutare la legittimità di una clausola che preveda il voto capitaro in una s.p.a. od in una s.r.l. consortile occorre chiedersi se la qualificazione causale del contratto alteri o meno la disciplina organizzativa del tipo che è stato adottato. L'orientamento dominante in dottrina² ed in giurisprudenza³ è per il prevalere della disciplina del tipo di società che è stato adottato. La giurisprudenza, pronunciandosi in materia di s.r.l. consortile, ha ammesso però la derogabilità delle norme che disciplinano il tipo adottato in considerazione della causa consortile, purchè non si stravolgano i principi inderogabili che regolano il tipo di società di capitali prescelto.

E' principio tipicamente capitalistico quello secondo il quale il voto di ogni singolo socio vale in misura proporzionale alla sua partecipazione.

¹ V. per tutto quanto fin qui detto G. Zanarone, *Il ruolo del tipo societario dopo la Riforma*, in *Il Nuovo diritto delle società* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2006, 57 ss.

² Spolidoro, *Le società consortili*, 146; Borgioli, *Consorzi e società consortili*, 159; Cottino, *Diritto Commerciale*, 273; Paolucci, *Trattato Rescigno*, XVIII, 435 ss.

³ App. Venezia 11 dicembre 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, 27; App. Milano 25 giugno 1996, in *Vita Not.*, 1997, 1338; Trib. Napoli 9 febbraio 1993, in *Riv. Not.*, 1993, 458; Trib. Udine 9 febbraio 1993, in *Le Società*, 1993, 971.

E' tale principio anche inderogabile? Esso trova espressione in materia di società per azioni nell'art. 2351 c.c. ed in materia di società a responsabilità limitata negli artt. 2468 e 2479 c.c.. Per l'art. 2351 ad ogni azione corrisponde un voto e tale regola è modificabile statutariamente solo entro stretti limiti, non è infatti normativamente ammesso il voto plurimo e la deroga in riduzione è ammessa nelle sole società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio mediante l'apposizione di limiti massimi al numero di voti che possono essere espressi da uno stesso soggetto o mediante la disposizione di scaglionamenti⁴. Sul voto capitarario nelle s.p.a. si sono pronunciati espressamente in senso contrario Angelillis-Vitali⁵ ed a favore Santoro⁶. L'art. 2468 c.c. pone il principio generale in materia di s.r.l. in base al quale i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta, con la sola eccezione di quanto previsto al terzo comma del medesimo art. 2468. Immediata applicazione di questo principio generale, che proprio perché conosce la sola eccezione normativa del terzo comma è ritenuto generalmente inderogabile, è la norma relativa ai criteri di calcolo dei voti contenuta nel quinto comma dell'art. 2479 c.c. secondo la quale il voto di ogni socio vale in misura proporzionale alla sua partecipazione, e ciò indipendentemente dal modo di formazione assembleare o non assembleare della volontà sociale. Dalla lettura combinata di queste disposizioni, da ritenersi inderogabili, risulta non applicabile alla società a responsabilità limitata (sia essa o meno consortile) il criterio del voto per teste⁷. All'ammissibilità del diritto di voto per teste non può giungersi nel caso della s.r.l. neppure attraverso il disposto dell'art. 2468 c.c., comma III, poiché per l'opinione preferibile⁸, la deroga alla proporzionalità fra partecipazione e diritti sociali, in conformità con i principi ispiratori della riforma, non può assolutamente riguardare il diritto di voto che deve in-

⁴ Campobasso, *Riforma societaria*, 52 ss.; Abriani, *Nuovo dir. Società*, Cottino, Artt. 2351, 326 e ss.

⁵ In *Comm. Rif. Soc. Marchetti*, art. 2351, 447 ss

⁶ In *Riforma soc. Sandulli Santoro*, art. 2351, 151 ss.

⁷ Busi, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, 941 ss.; con formula sia pure dubitativa nello stesso senso N. Abriani, *Diritto delle società, Manuale breve*, 299; Borgioli, *Consorzi e società consortili*, in *Trattato Cicu – Messineo*, Milano, 1985, 183; Mosco, *I consorzi tra imprenditori*, Milano, 1988, 311; Spolidoro, *Le società consortili*, Milano, 1984, 154; Salafia, *I consorzi tra imprenditori*, Milano, 1988, 311; favorevoli al criterio per teste Marasà, *Consorzi e società consortili*, Torino, 1990, 124; Cottino, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova 1976, 61.

⁸ Maltoni, *La partecipazione sociale*, in Caccavale, Magliulo, Maltoni, Tassinari, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 170.

vece rimanere assicurato ad ogni socio in maniera assolutamente proporzionale alla sua partecipazione.

Con riferimento alle società consortili di capitali si ribadisce inoltre quanto esposto nella massima: il requisito della mutualità che le accomuna alle società cooperative, per le quali vige l'opposto principio del voto capitarario, non può assumere nelle società consortili il medesimo significato che esso ha nelle cooperative, dove democrazia e solidarismo entrano nel programma causale del contratto. Nelle società consortili il programma causale del contratto resta pur sempre quello tipico delle società di capitali del conseguimento da parte di soggetti imprenditori di un aumento del profitto con la riduzione dei costi di produzione o con l'aumento del prezzo di vendita dei prodotti o dei servizi; pertanto l'applicazione del principio del voto capitarario, fondamentale ed inderogabile nelle società di capitali, porterebbe allo snaturamento del tipo s.r.l. o s.p.a., alla cui adozione è diretta la volontà dei contraenti, ed alla creazione di un ibrido contrattuale non ammissibile alla luce della norma imperativa contenuta nell'art. 2249 c.c..

L'unica possibilità di incidere sul principio per cui il diritto di voto è proporzionale alla partecipazione, parificando il peso dei soci in sede decisionale, è lo strumento della deroga alla proporzionalità fra valore della partecipazione e valore del relativo conferimento, da attuarsi però ovviamente solo in sede di conferimento o di aumento del capitale⁹. E' quindi assolutamente esclusa per le società consortili l'applicazione diretta del principio del voto capitarario contenuta nel II comma dell'art. 2538 c.c..

Veniamo infine agli effetti degli artt. 2332, 2454 e 2463 c.c. sull'inserimento di una clausola che preveda il voto per teste nello statuto di una società di capitali la cui disciplina non l'ammette e che sia poi regolarmente iscritta nel Registro delle Imprese. In forza di tali norme si può oggi dire dopo la Riforma che fattispecie per l'applicazione della disciplina della s.p.a., della s.a.p.a e della s.r.l. sia la semplice iscrizione nel Registro delle Imprese di un atto costitutivo con il nomen iuris s.p.a., s.a.p.a o s.r.l.; si è con ciò sancito nell'ambito operativo delle indicate norme il principio della inessenzialità del tipo al fine di integrare la fattispecie societaria; ovviamente il mostro giuridico iscritto nel Registro delle Imprese sarà regolato nei traffici giuridici dalla normativa propria per legge del nomen iuris prescelto dalle parti non potendosi consentire che

⁹ Così Maltoni, *La partecipazione sociale*, 170; Revigliano, *sub art. 2468*, in Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 1807.

“una società sfuggita al vaglio del controllo preventivo di legalità, possa essere regolata da un regime convenzionale contrario alla legge”¹⁰. qualora si ritenga la previsione del voto per teste di tale momento da creare un ibrido contrattuale è evidente che quanto detto investirà in pieno l’ente societario indebitamente iscritto, se invece si propendesse per valutare l’accaduto come inserimento di una clausola atipica invalida “la soluzione da più parti prospettata sotto il regime del nuovo art. 2332 è quella della nullità della singola clausola difforme dal tipo, con sostituzione automatica della medesima ad opera della configurazione legale di quest’ultimo”. Quindi nel nostro caso funzionamento dei meccanismi decisionali della società sulla base della proporzionalità fra diritto di voto e partecipazione; il meccanismo sarebbe sostanzialmente quello di cui all’art. 1419, comma 2, c.c., in forza del quale la nullità delle singole clausole non comporta la nullità dell’intero contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative¹¹.

¹⁰ G. Zanarone, *Il ruolo del tipo societario dopo la Riforma*, in *Il Nuovo diritto delle società* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2006, 63 ss.

¹¹ G. Zanarone, *Il ruolo del tipo societario dopo la Riforma*, cit., 74 ss.