

Voto

Il voto di astensione è davvero un voto negativo?

di Angelo Busani

Si intende confutare la tesi dominante secondo la quale il voto di astensione volontaria sarebbe da considerare come un voto negativo e si intende proporre una lettura delle norme di cui all'art. 2368, comma 2, c.c., e all'art. 2369, commi 3-7, c.c., nel senso che quando esse riferiscono il calcolo del *quorum* deliberativo al capitale sociale (caso per caso: una data quota del capitale della società oppure una data quota del capitale presente in assemblea), tale riferimento debba essere inteso, anche in caso di voto di astensione volontaria, alla differenza che si ottiene sottraendo la quota di partecipazione al capitale sociale di titolarità del socio che volontariamente si astiene dall'aliquota di capitale prescritta dalla legge come *quorum* deliberativo.

La tesi dominante: il voto di astensione come voto negativo

Dopo (1) la riforma del diritto societario del 2003 è divenuta dominante (2) la tesi in base alla quale il voto del socio (3) che, senza essere obbligato ad astenersi, esprima volontariamente in assemblea la propria "astensione", è da considerare come un voto

"non favorevole" e, quindi, in sostanza, come un voto parificato, nel suo pratico effetto, al voto contrario. La legge non parla espressamente del modo di considerare il voto di astensione volontaria. Tuttavia, la valutazione del voto di astensione volontaria in termini di voto "non favorevole" e, quindi, come voto contrario, la si argomenta:

(1) Anteriormente alla riforma del 2003 prevaleva l'idea che la quota del socio esprimente il voto di astensione dovesse essere sottratta dal *quorum* deliberativo, cosicché il voto di astensione non fosse equiparabile a un voto negativo, con la conseguenza di favorire l'adozione delle deliberazioni assembleari. In dottrina, cfr. Rossi, *L'astensione dal voto nell'assemblea di società per azioni (Panorami di giurisprudenza)*, in *Giur. comm.*, 1987, I, 543, e, con riferimento all'assemblea ordinaria, Sacchi, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a. - Profili procedurali*, in Colombo - Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1994, 3*, 284, secondo il quale la quota del socio volontariamente astenuto doveva essere escluso dalla base di calcolo del *quorum* deliberativo dell'assemblea ordinaria, mentre doveva essere inclusa nella base di calcolo del *quorum* deliberativo dell'assemblea straordinaria, in quanto, in quest'ultimo caso, la legge imponeva di calcolare i *quorum* deliberativi in relazione al capitale sociale.

In giurisprudenza, cfr. Trib. Livorno 1° febbraio 1957, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, 986; Trib. Milano 26 febbraio 1973, in *Dir. fall.*, 1974, II, 151; Trib. Milano 8 febbraio 1988, in questa *Rivista*, 1988, 707; Trib. Milano 11 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 305.

In senso contrario, Serra, *L'assemblea: il procedimento*, in Colombo - Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1994, 3*, 135.

(2) Cfr. Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, 2, Torino, 2012, 322, nt. 18; Coppola, *Commento all'art. 2368*, in Sandulli - Santoro (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Torino, 2003, 293, nt. 10; Galgano, *Il nuovo diritto societario. Trattato di diritto commerciale*,

Padova, 2003, 214; Laurini, *Commento all'art. 2368 c.c.*, in Picciau (a cura di), *Assemblea*, in Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, 97; Magliulo - Tassinari, *Il funzionamento dell'assemblea di s.p.a. nel sistema tradizionale*, Milano, 2008, 195; Montagnani, *Commento agli artt. 2368-2369*, in Nicolini - Stagno D'Alcontres (a cura di), *Le società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, 489; Oliviero, *L'autonomia statutaria nella nuova disciplina della società per azioni*, in *Riv. not.*, 2003, 866; Petrazzini, *Commento agli articoli 2368-2369 c.c.*, in Cottino - Bonfante - Cagnasso - Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Commentario*, Bologna, 2, 2004, 531; Serra, *Il procedimento assembleare*, in Abbadessa - Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, 2, Torino, 2006, 64.

In senso contrario cfr. Busi, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in Picozza - Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, 2008, Padova, 846; Fauceglia - Schiano di Pepe, *Commento all'art. 2368 c.c.*, in Fauceglia - Schiano di Pepe (diretto da), *Codice commentato delle società per azioni*, Torino, 2007, II, 405; Santosuoso, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD. Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 108; Sarale, *Il nuovo volto dell'assemblea sociale*, in Ambrosini (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 53.

(3) Per brevità espressiva si fa riferimento al voto "del socio", ma senza dimenticare che il voto in assemblea può competere anche a chi non abbia la qualità di socio.

a) dalla normativa di cui all'art. 2368, comma 2 (4), c. c. (in tema di *quorum* decisionale occorrente per l'assemblea straordinaria di S.p.a. di prima convocazione);

b) dalla normativa di cui all'art. 2369, commi 3-7 (5), c.c. (in tema di *quorum* decisionale occorrente per l'assemblea straordinaria di S.p.a. di seconda e ulteriore convocazione);

poiché in tali norme si stabilisce che il *quorum* deliberativo è inderogabilmente correlato al voto favorevole di una data quota di capitale sociale (caso per caso: una data quota del capitale della società oppure una data quota del capitale presente in assemblea), evidentemente, se non ci sono tanti voti favorevoli quanti occorrono a raggiungere detta soglia di capitale sociale, la deliberazione non è adottata e, pertanto, il voto di astensione volontaria ha il medesimo effetto di un voto contrario (ad esempio, dato in 100 il capitale sociale, data in 60 la quota di capitale presente in assemblea e data in 40 la quota del socio volontariamente astenuto, il *quorum* di "almeno i due terzi del capitale rappresentata in assemblea" - di cui all'art. 2369, comma 5, c.c. - non si raggiunge anche se a favore votano tutti i soci presenti diversi da quello volontariamente astenutosi - titolari di una quota pari al 20 per cento del capitale sociale - in quanto, appunto, non si consegue la soglia del 40 per cento); c) dalla normativa di cui all'art. 2368, comma 3, secondo periodo, c.c., ove è disposto che le azioni del socio gravato dall'obbligo di astensione per conflitto di interessi "non sono computate ai fini del calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta per l'approvazione della deliberazione" (in altre parole, ad esempio, dato in 100 il capitale sociale e data in 40 la quota del socio in conflitto d'interessi, il *quorum* del 50,01 per cento del capitale - di cui all'art. 2368, comma 2, c.c. - si raggiunge se vi è il voto favorevole di tanti soci che rappresentino una quota del 30,01

per cento del capitale sociale); ebbene, questa norma (che abbassa il *quorum* deliberativo in misura correlata all'entità della quota di capitale di titolarità del socio in conflitto d'interessi, il quale, essendo presente, concorre pur sempre a formare il *quorum* costitutivo, ove esso sia prescritto) viene intesa come un'eccezione al (ritenuto) principio generale (inespresso nella legge) in base al quale la quota di capitale di titolarità del socio volontariamente astenuto concorre in ogni caso a formare il *quorum* costitutivo ma rileva come voto non favorevole (e, quindi, come voto negativo) con riguardo al *quorum* deliberativo;

d) dalla normativa di cui all'art. 2377, comma 2, c.c., e dall'art. 2437, comma 1, c.c., ove si parificano i soci astenuti ai soci (assenti e) dissenzienti in quanto alla legittimazione a impugnare le deliberazioni invalide e a esercitare il diritto di recesso; in sintesi, la predetta parificazione del votante volontariamente astenuto al dissenziente sarebbe un argomento che comproverebbe la equiparabilità del voto di astensione volontaria al voto negativo, in quanto, se l'astensione fosse un "lasciar decidere agli altri", sarebbe strano che poi il votante volontariamente astenuto potesse recedere o impugnare nel caso in cui risultasse approvata la proposta di deliberazione sulla quale egli ha espresso il suo voto di astensione (questa argomentazione appare, invero, suggestiva, ma, in realtà, non è affatto determinante, in quanto ben potrebbe il legislatore (6) aver voluto concedere il recesso e l'impugnazione indistintamente a tutti coloro che non si siano espressamente dichiarati "a favore").

In sostanza, dal predetto panorama normativo si desumerebbe un principio generale in base al quale:

- sia quando il *quorum* deliberativo venga correlato dalla legge al capitale sociale della società;
- sia quando il *quorum* deliberativo venga correlato dalla legge al capitale sociale presente in assemblea;

(4) Ai sensi dell'art. 2368, comma 2, c.c., l'assemblea straordinaria delibera in seconda convocazione con il voto favorevole di più della metà del capitale sociale, se lo statuto non richiede una maggioranza più elevata. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita quando è rappresentata almeno la metà del capitale sociale o la maggiore percentuale prevista dallo statuto e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea.

(5) Ai sensi dell'art. 2369 c.c., in seconda (e ulteriore) convocazione l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea (comma 3). Lo statuto può richiedere maggioranze più elevate (comma 4). Nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto sociale, la

trasformazione della società, lo scioglimento anticipato, la proroga della società, la revoca dello stato di liquidazione, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione delle azioni di cui all'art. 2351, comma 2, c.c. (comma 5). Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'assemblea straordinaria è costituita, nelle convocazioni successive alla seconda, quando è rappresentato almeno un quinto del capitale sociale, salvo che lo statuto richieda una quota di capitale più elevata, e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea (comma 7).

(6) Da notare, per quanto occorra, che nell'art. 2377, comma 2, c.c., è prevista l'impugnazione da parte dei "soci assenti, dissenzienti o astenuti [...]" mentre nell'art. 2437, comma 1, c.c., è riconosciuto il diritto di recesso ai soci che "[...] non hanno concorso" all'approvazione di una data deliberazione: quindi, mentre nella prima norma il voto di astensione è espressamente menzionato, nella seconda norma è sussunto nel perimetro di tutti coloro che non hanno votato "a favore".

il voto di astensione volontaria si dovrebbe considerare (come concorrente alla formazione del *quorum* costitutivo dell'assemblea e) come voto che, non potendo essere considerato come voto favorevole (e, in quanto tale, non utile alla formazione del *quorum* deliberativo richiesto), deve essere considerato come parificato al voto negativo.

Il voto di astensione come *tertium genus* rispetto al voto favorevole e al voto contrario

In contrasto con la predetta tesi dominante, si intende provare, qui di seguito, a dimostrare che:

a) quando il *quorum* deliberativo sia correlato al capitale presente in assemblea, la quota di partecipazione del socio volontariamente astenuto non dovrebbe essere presa in considerazione e si dovrebbero solamente confrontare i voti positivi e quelli negativi (ad esempio, dato in 100 il capitale sociale, data in 70 la quota di capitale presente in assemblea e data in 40 la quota del socio volontariamente astenuto, il *quorum* della maggioranza del capitale presente in assemblea si raggiungerebbe se si avesse il voto favorevole di tanti soci che fossero complessivamente titolari di una quota pari al 15,01 per cento del capitale sociale);

b) quando il *quorum* deliberativo sia correlato al capitale sociale della società, l'espressione del voto di astensione volontaria comporterebbe che il valore del capitale sociale, sul quale si calcola il *quorum* deliberativo, dovrebbe essere diminuito di una quota pari a quella di titolarità del socio che si astiene volontariamente (ad esempio, dato in 100 il capitale sociale e data in 40 la quota del socio volontariamente astenuto, il *quorum* del 50,01 per cento del capitale si raggiungerebbe se si avesse il voto favorevole di tanti soci che rappresentassero una quota del 30,01 per cento del capitale sociale).

Il motivo che induce a considerare il voto di astensione volontaria come un *tertium genus* (7) rispetto al voto favorevole e al voto contrario risiede nell'idea che appare essere una conseguenza eccessiva quella di "spingere" il voto di astensione volontaria nel perimetro del voto contrario: invero, chi si astiene volontariamente non intende "dire no", ma intende rimettersi alla volontà maggioritaria degli altri soggetti che partecipano alla votazione (8). In effetti, la legge non costringe a votare solo "a favore" o "contro"; dato che è consentito astenersi volontariamente, appare migliore l'idea di conferire una propria autonoma dignità al voto di astensione volontaria (rispetto al voto favorevole e al voto contrario) piuttosto che appiattirlo nell'ambito dei voti negativi: invero, nel caso del gruppo di dodici turisti a Parigi che stabiliscono di trovarsi nella hall dell'albergo per decidere cosa andare a visitare, se dieci di essi convergono al punto di ritrovo e, quando si tratta di scegliere la meta, succede che sei turisti si astengono, tre turisti propongono di visitare un museo e un turista di recarsi alla Tour Eiffel, quei dieci turisti non tornano di certo nella rispettiva camera d'albergo, ma senz'altro si recano al museo. Che l'idea di considerare il voto di astensione volontaria come un "non-voto" (anziché come un voto negativo) non sia del tutto peregrina, lo dimostra anche la normativa applicabile alla Società europea (SE): nel Reg. CE n. 2157/2001 (9) del Consiglio dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della SE, dopo essersi sancito che "[l]e deliberazioni dell'assemblea generale richiedono la maggioranza dei voti validamente espressi, a meno che il presente regolamento o, in mancanza, la legislazione applicabile alle società per azioni nello Stato membro della sede sociale della SE richiedano una maggioranza più elevata" (art. 57), si precisa che "[i] voti espressi non comprendono quelli connessi con le azioni per le quali l'azionista non ha partecipato al voto o si è astenuto o ha votato scheda bianca o nulla" (art. 58).

(7) Per quanto occorra, un'autonoma considerazione del voto di astensione rispetto al voto favorevole o contrario si nota anche nella norma di cui all'art. 2375 c.c. il quale, nella materia della verbalizzazione delle deliberazioni assembleari, impone "l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti".

(8) Secondo Serra, *L'assemblea: il procedimento*, in Colombo-Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1994, 3*, 135, "L'argomentazione per cui le azioni degli astenuti non vanno computate nel *quorum* deliberativo perché, altrimenti, si finirebbe per dare all'astensione il valore di un voto contrario, sembra contraddetta dalla stessa lettera della legge che richiede, per l'approvazione della deliberazione, la maggioranza assoluta ovvero il conseguimento del *quorum* prefissato dalla legge. D'altro canto, anche a concedere che l'astensione non è tecnicamente

un voto contrario, è certo che la relativa dichiarazione non è espressione di consenso, sicché non può essere consentito che il risultato positivo dell'approvazione - nel silenzio della legge - possa essere raggiunto nonostante l'atteggiamento agnostico assunto da taluni soci". A questa argomentazione può facilmente ribattersi che l'astensione non è un'espressione di consenso, ma è l'espressione di un "passo indietro" dell'astenuto rispetto al volere dei soci favorevoli e dei soci contrari: il socio astenuto esprime bensì, un "consenso" e, cioè, consente che a decidere siano gli altri soci e a tale decisione il socio astenuto si adegua.

(9) Reg. CE n. 2157/2001 del Consiglio dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società europea (SE), pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* n. L 294/1 del 10 novembre 2001.

La crisi della tesi dominante al cospetto del *quorum* deliberativo nell'assemblea ordinaria della S.p.a. e dell'assemblea della S.r.l.

Ai sensi dell'art. 2368, comma 1, c.c., l'assemblea ordinaria della S.p.a., in prima convocazione, "*delibera a maggioranza assoluta*" (10) (si intende, con il voto favorevole del 50,01 per cento del capitale presente) (11) dovendo essere presente "*almeno la metà del capitale sociale*" (12).

Ai sensi dell'art. 2369, comma 3, c.c., nell'assemblea ordinaria della S.p.a. in seconda convocazione (oppure nell'"*unica convocazione*" (13) delle assemblee delle società, diverse dalle cooperative, che "*fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*" (14): art. 2369, comma 1, secondo periodo, c.c.), si delibera "*qualunque sia la parte di capitale rappresentata*", fermo restando che lo statuto "*può richiedere maggioranze più elevate, tranne che per l'approvazione del bilancio e per la nomina e la revoca delle cariche sociali*" (art. 2369, comma 4, c.c.).

Ebbene, dato in 100 il capitale sociale, data in 70 la quota di capitale presente in assemblea e data in 40 la quota del socio volontariamente astenuto:

a) secondo la tesi dominante (che considera il voto di astensione volontaria come un voto contrario):

- nell'assemblea della S.p.a. in prima convocazione (15) non si assume alcuna delibera, perché manca il voto favorevole del 35,01 per cento del capitale sociale;

- in seconda convocazione l'assemblea della S.p.a. (16) non si può svolgere, in quanto ne manca il presupposto, vale a dire (art. 2369, comma 1, primo

periodo, c.c.) il fatto che nell'assemblea di prima convocazione "*non [fosse] complessivamente rappresentata la parte di capitale richiesta dall'articolo*" 2368 c.c., e, cioè, "*almeno la metà del capitale sociale*" (nell'esempio sopra utilizzato, infatti, la parte di capitale presente in assemblea è pari al 70 per cento, percentuale ampiamente superiore a quella richiesta, come *quorum* costitutivo, dall'art. 2368, comma 1, c.c.); b) secondo la "*teoria del tertium genus*" (che considera il voto di astensione né come un voto favorevole né come un voto contrario):

- nell'assemblea della S.p.a. in prima convocazione risulterebbe approvata la proposta di deliberazione che ottenesse il voto favorevole del 15,01 per cento del capitale sociale;

- se l'assemblea di S.p.a. (qualora l'assemblea non si sia potuta tenere in prima convocazione in quanto - art. 2369, comma 1, primo periodo, c.c. - "*non [fosse] complessivamente rappresentata la parte di capitale richiesta dall'articolo*" 2368 c.c., vale a dire "*almeno la metà del capitale sociale*") si svolge in seconda convocazione, risulterebbe approvata la proposta di deliberazione che ottenga il voto favorevole del 10,01 per cento del capitale sociale qualora - in ipotesi - siano presenti tanti soci che rappresentino il 60 per cento del capitale sociale e vi sia un voto di astensione volontaria pari al 40 per cento del capitale sociale.

In sostanza, se non si segue la "*teoria del tertium genus*", la tesi dominante provoca un grave corto circuito con riguardo al voto da esprimersi nell'assemblea ordinaria di S.p.a. (ove una deliberazione deve essere necessariamente assunta quando si tratta di approvare il bilancio e di nominare i componenti

(10) L'art. 2368, comma 1, c.c., peraltro, fa "*salvo [il caso] che lo statuto richieda una maggioranza più elevata*" e, inoltre, dispone che "[p]er la nomina alle cariche sociali lo statuto può stabilire norme particolari".

(11) Cfr. De Luca, *Commento agli artt. 2368-2369*, in Abbadesse - Portale (diretto da), *Le società per azioni*, 1, Milano, 2016, 919, secondo cui "*la maggioranza assoluta richiesta per l'approvazione di una delibera dell'assemblea ordinaria in prima convocazione è raggiunta quando il numero dei voti favorevoli risulta superiore a quello dei voti contrari, delle astensioni (eccezion fatta per chi ha dichiarato il conflitto di interessi) e ai voti che spettano alle azioni proprie e alle azioni possedute dalla controllata*".

(12) Identica "*scena*" si presenta nell'assemblea della S.r.l., che, ai sensi dell'art. 2479-bis, comma 3, c.c., "*è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera [di regola] a maggioranza assoluta*", essendo, invece, necessario "*il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale*" "*nei casi previsti dai numeri 4) e 5) del secondo comma dell'articolo 2479*", vale a dire nelle deliberazioni che importano modificazione dello statuto sociale.

(13) Nell'ambito delle società, diverse dalle cooperative, che "*fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*": art. 2369,

comma 1, secondo periodo, c.c., l'unicità di convocazione è la regola, la quale, peraltro, può essere disattivata mediante apposita clausola statutaria (art. 2369, comma 1, secondo periodo).

(14) Ai sensi dell'art. 2325-bis c.c., "*sono società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio le società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante*". La nozione di società "*emittenti azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante*" è poi definita nell'art. 2-bis, comma 1, Reg. Consob n. 11971/1999 (Regolamento di attuazione del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti, adottato dalla Consob con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999).

(15) E, pure, nell'assemblea della S.r.l. diversa da quella che approva le modificazioni statutarie. D'ora innanzi, quando nel testo si parla dell'assemblea ordinaria di S.p.a., il riferimento si intende fatto anche all'assemblea della S.r.l. diversa da quella che approva le modificazioni statutarie.

(16) E, pure, l'assemblea della S.r.l. che approva le modificazioni statutarie. D'ora innanzi, quando nel testo si parla dell'assemblea straordinaria di S.p.a., il riferimento si intende fatto anche all'assemblea della S.r.l. che approva le modificazioni statutarie.

degli organi sociali: art. 2369, comma 4, c.c., pena la paralisi della società): se ne accorge il Consiglio notarile di Milano che, nell'evidente intento di "salvare" la tesi dominante, in quanto espressione di un (ritenuto) principio generale, afferma (17) la legittimità della clausola statutaria la quale disponga che, nell'assemblea ordinaria (18) di S.p.a. (sia in prima che in seconda convocazione), il voto di astensione volontaria sia considerato alla stessa stregua del voto di astensione obbligatoria, nel senso che il *quorum* deliberativo si dovrebbe calcolare (per effetto di detta clausola) sul capitale presente in assemblea diminuito della quota di titolarità del socio che esprime il voto di astensione (sia essa obbligatoria o volontaria) (19).

La legittimità di detta clausola sarebbe desumibile dalla considerazione che la legge, per l'assemblea ordinaria di seconda convocazione, non impone alcun *quorum* (né costitutivo né deliberativo) e che, per l'assemblea ordinaria di prima convocazione, il *quorum* deliberativo rappresentato dalla maggioranza assoluta del capitale presente in assemblea (il quale deve essere pari almeno alla metà del capitale sociale, altrimenti l'assemblea non si costituisce) "non equivale a porre un *quorum* deliberativo consistente nel raggiungimento di una soglia di consenso direttamente parametrata sul capitale sociale" e "allora il significato attribuito dallo statuto all'astensione - in termini di neutrale accettazione della posizione che risulterà prevalente nel confronto tra voti favorevoli e contrari - sembra del tutto rispettoso delle linee inderogabili del procedimento assembleare" (20)

(l'argomentazione appare essere fallace, in quanto il *quorum* deliberativo si calcola sul capitale presente in assemblea anche in talune assemblee straordinarie di prima convocazione (21) e nelle assemblee straordinarie di seconda (22) o unica convocazione (23): di talché, la clausola patrocinata nella Massima n. 133 si renderebbe ammissibile anche per le predette assemblee straordinarie).

La Massima n. 133 (evidentemente dando per scontata l'applicabilità, anche in questo caso, della tesi secondo cui il voto di astensione volontaria sarebbe da considerare come un voto negativo) non si occupa in modo espresso del tema dell'interpretazione del voto di astensione nell'assemblea ordinaria della S.p.a. in mancanza di una clausola statutaria che ne consenta la non considerazione nel calcolo del *quorum* deliberativo. Ma, come appena visto, se si reputa l'astensione volontaria come voto negativo (ove manchi la clausola che sterilizza il voto di astensione volontaria), l'assemblea ordinaria della S.p.a. rischia di non deliberare nulla, con un risultato che non appare in linea con la volontà del legislatore di facilitare al massimo l'adozione delle deliberazioni di approvazione del bilancio e di nomina dei componenti delle cariche sociali.

Quindi, è abbastanza plausibile ritenere che, nell'assemblea ordinaria di S.p.a., viga il principio in base al quale (a prescindere dalla presenza di una clausola statutaria che equipari il voto di astensione volontaria a quello di astensione obbligatoria) il voto di astensione volontaria abbia l'effetto di determinare l'abbassamento (in misura pari all'entità della quota

(17) Cfr. Consiglio notarile di Milano, Massima n. 133, *Rilevanza delle astensioni e derogabilità dei quorum assembleari nelle s.p.a.* (artt. 2368, 2369, c.c.), 17 settembre 2013.

(18) Nell'assemblea straordinaria la clausola in questione sarebbe invece illegittima in quanto il "principio per il quale i *quorum* deliberativi legali rappresentano il limite minimo indispensabile di coinvolgimento dei soci nelle deliberazioni assembleari" sarebbe un principio "inderogabile, secondo l'orientamento dominante, in virtù dell'assenza negli artt. 2368 e 2369 di qualsiasi riferimento alla riducibilità dei *quorum*, mentre ne è espressamente concessa l'elevabilità". "In definitiva, a tutela della cd. 'istanza partecipativa', i *quorum* non possono scendere al di sotto della soglia indicata dal legislatore e il punto di equilibrio con la cd. 'istanza efficientistica' è inderogabilmente individuato dal legislatore nei *quorum* deliberativi minimi fissati dalle norme. L'esclusione statutaria delle astensioni dal calcolo dei *quorum* deliberativi avrebbe invece l'effetto di sterilizzarle al di fuori delle ipotesi espressamente regolate dal terzo comma dell'art. 2368 (azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto e azioni di chi si è astenuto per conflitto di interessi), attenuando sensibilmente il valore attribuito dal legislatore al coinvolgimento dei soci nel processo decisionale dell'assemblea attraverso l'imposizione di specifici *quorum* costitutivi e deliberativi" (Consiglio notarile di Milano, Massima n. 133, cit.).

(19) Le medesime considerazioni vengono ripetute nell'ambito della S.r.l.: cfr. Consiglio notarile di Milano, Massima n. 134,

Rilevanza delle astensioni e derogabilità dei quorum assembleari nelle s.r.l. (art. 2479-bis c.c.), 17 settembre 2013.

(20) Consiglio notarile di Milano, Massima n. 133, *Rilevanza delle astensioni e derogabilità dei quorum assembleari nelle s.p.a.* (artt. 2368, 2369, c.c.), 17 settembre 2013.

(21) Ai sensi dell'art. 2368, comma 2, secondo periodo, c.c., "[n]elle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita quando è rappresentata almeno la metà del capitale sociale o la maggiore percentuale prevista dallo statuto e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea".

(22) Ai sensi dell'art. 2369, comma 3, c.c., "[i]n seconda convocazione l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea". Ai sensi dell'art. 2369, comma 7, c.c., "[n]elle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'assemblea straordinaria è costituita, nelle convocazioni successive alla seconda, quando è rappresentato almeno un quinto del capitale sociale, salvo che lo statuto richieda una quota di capitale più elevata, e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea".

(23) Il predetto art. 2369, comma 7, c.c. è norma applicabile anche all'unica convocazione delle assemblee delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ai sensi dell'art. 2369, comma 1, secondo periodo, c.c.

di partecipazione del socio astenuto) della base di calcolo del *quorum* deliberativo. In altre parole, la clausola patrocinata nella Massima n. 133 sarebbe una clausola ricognitiva di un principio già vigente (utile al fine di evitare il sorgere di conflitti interpretativi) e non una clausola che invertirebbe la conclusione cui si giungerebbe in assenza di essa.

Voto di astensione volontaria "a geometria variabile" a seconda del contesto?

Se si giunge alla conclusione che, nell'assemblea ordinaria della S.p.a., vige, sul voto di astensione, un principio (secondo cui il voto di astensione volontaria abbassa il *quorum* deliberativo) diverso da quello ritenuto vigente dall'opinione maggioritaria (secondo cui il voto di astensione volontaria si considera come se fosse un voto negativo), si è sospinti a interrogarsi (per ragioni di coerenza) sull'esattezza della tesi per la quale nell'assemblea straordinaria della S.p.a. il voto di astensione volontaria sarebbe da considerare come se fosse un voto negativo.

In effetti, se è vero che la diversità di contesto (l'assemblea ordinaria della S.p.a., da un lato; l'assemblea straordinaria della S.p.a., d'altro lato) potrebbe anche legittimare una considerazione diversa del voto di astensione volontaria, a seconda, appunto, del momento nel quale esso viene espresso; è pur vero che appare plausibile (se non maggiormente plausibile di ogni altro) un ragionamento in base al quale si debba propendere per una considerazione omogenea del voto di astensione, vale a dire che esso, in qualsiasi contesto (il voto di astensione obbligatoria; il voto di astensione volontaria; l'assemblea ordinaria della S.p.a.; l'assemblea straordinaria della S.p.a.), sia da interpretarsi come un voto con il quale il socio volontariamente astenuto si rimette alla decisione degli altri soci, senza influire su detta decisione come se fosse un voto negativo.

Per svolgere questa indagine, si deve tornare a riflettere sulle argomentazioni (già sopra accennate) che suffragano la tesi dominante (secondo cui il voto di astensione volontaria dovrebbe essere considerato come un voto negativo).

Una di tali argomentazioni è che la norma sul voto di astensione obbligatoria per conflitto d'interessi (l'art. 2368, comma 3, secondo periodo, c.c.) (24), quando dispone che tale voto abbassa il *quorum* deliberativo, sarebbe da leggere come un'eccezione alla regola (secondo cui il voto di astensione sarebbe un voto

negativo), al fine di favorire l'adozione di deliberazioni nell'interesse della società, non "contaminate" dal voto del socio in conflitto d'interessi. In altre parole, la quota del socio in conflitto di interessi non deve impedire agli altri soci di deliberare nell'interesse della società, qualunque sia la base di calcolo che si determina sottraendo dal denominatore della relativa frazione la quota del socio astenuto.

Ma... se quella di cui all'art. 2368, comma 3, secondo periodo, c.c., fosse la regola, invece che l'eccezione? Se, in effetti, il legislatore, per favorire l'interesse della società, avesse voluto esplicitare, per questa specifica fattispecie, un principio generale già esistente (e talmente scontato da essere inespresso), affinché sul punto non vi fossero discussioni? È proprio vero che si deve giungere a qualificare la norma di cui all'art. 2368, comma 3, secondo periodo, c.c., in termini di norma eccezionale, discendendo tale conclusione dall'osservazione secondo cui, nell'ambito dell'assemblea straordinaria, i *quorum* deliberativi sono modellati sul capitale sociale e, quindi, da essi si dovrebbe discendere l'immanenza di un principio generale per il quale il voto di astensione sarebbe da considerare come un voto contrario?

Invero, tanto se l'astensione sia obbligatoria (è tale quando lo esige l'interesse della società, ove il socio sia in conflitto con esso), quanto se l'astensione sia volontaria (è tale quando il socio con ciò intende rimettersi all'altrui voto), il socio che si astiene, a seconda dei casi, non deve o non vuole "pesare" sulla decisione che gli altri soci assumono. Egli, astenendosi (volontariamente od obbligatoriamente), affida la decisione agli altri soci poiché la vuole accettare (o la deve accettare) senza condizionarla. È, insomma, plausibile ritenere che la legge (invece che ostacolare le decisioni dei soci, mediante la considerazione del voto di astensione volontaria come voto negativo) intenda favorire le decisioni dei soci, sia obbligando all'astensione il socio in conflitto di interessi (e togliendo rilievo alla sua quota nel computo del *quorum* deliberativo occorrente) sia permettendo di essere interpretata nel senso che la quota del socio volontariamente astenuto deve essere sottratta alla quota di capitale che funge da denominatore quando si tratta di parametrare il *quorum* deliberativo sul capitale sociale della società.

Se, quindi, così è, allora le norme che impongono di ritenere il *quorum* decisionale conseguito quando si abbia il voto favorevole di una certa aliquota del

(24) Peraltro, non ripetuta nell'ambito della disciplina che il Codice civile dedica alla S.r.l.

capitale della società oppure una certa aliquota del capitale presente in assemblea (l'art. 2368, comma 2, c.c., in tema di *quorum* occorrenti per l'assemblea straordinaria di S.p.a. di prima convocazione; e l'art. 2369, commi 3-7, c.c., in tema di *quorum* occorrenti per l'assemblea straordinaria di S.p.a. in seconda e ulteriore convocazione) paiono dover essere rilette, alla luce della considerazione che:

- a) sembra non sostenibile la tesi secondo cui il voto di astensione volontaria nell'assemblea ordinaria sia considerabile come un voto negativo;
- b) sembra non avere senso considerare il voto di astensione obbligatoria avente un effetto diverso (e cioè quello di non avere peso sull'esito della votazione) dall'effetto che ha il voto di astensione volontaria (e cioè quello di pesare negativamente);
- c) sembra non plausibile la considerazione del voto di astensione volontaria come avente una rilevanza diversa a seconda della sessione (ordinaria o straordinaria) assembleare nel quale viene espresso.

In conclusione, appare non priva di fondamento una lettura delle norme di cui all'art. 2368, comma 2, c.c., e all'art. 2369, commi 3-7, c.c., nel senso che quando esse riferiscono il calcolo del *quorum* deliberativo al capitale sociale (caso per caso: una data quota del capitale della società oppure una data quota del capitale presente in assemblea), tale riferimento debba essere inteso, anche in caso di voto di astensione volontaria, alla differenza che si ottiene sottraendo, dall'aliquota di capitale prescritta dalla legge come *quorum* deliberativo, la quota di partecipazione al capitale sociale di titolarità del socio che volontariamente si astiene.

Se si considera come negativo il voto del socio volontariamente astenutosi, costui, per non essere annoverato tra i votanti negativi, è costretto a votare a favore, con ciò evidentemente "violentandosi" la sua volontà la quale, si ripete ancora una volta, non è né favorevole né contraria alla deliberazione proposta in votazione, ma è semplicemente finalizzata ad aderire all'esito della votazione espressa dagli altri soci, sia esso un esito positivo o negativo. La legge, più

che indurre il socio che intende astenersi a votare a favore, appare meglio interpretata se si legge nel senso che il socio astenuto intende bensì arretrare, ma senza influire sulla decisione, che egli "delega" ai suoi consoci.

Per Consob l'astensione volontaria nell'assemblea di *whitewash* non è un voto negativo

Un forte argomento a sostegno della "teoria del *tertium genus*" pare provenire dalla Comunicazione Consob n. DEM/10078683 del 24 settembre 2010 relativa alla materia delle operazioni tra "parti correlate" (di cui all'art. 2391-bis, comma 1, c.c.) che coinvolgono società le quali facciano ricorso al mercato del capitale di rischio (25), disciplinata dal Reg. Consob n. 17221/2010 (26).

L'art. 11, comma 3, Reg. Consob n. 17221/2010, in merito all'esito del voto espresso nell'assemblea dei soci inerente a una operazione tra parti correlate (27) "*di maggiore rilevanza*" (28) "*approvata [dall'assemblea stessa: è la fattispecie nota con l'espressione *whitewash*] in presenza di un avviso contrario degli amministratori o dei consiglieri indipendenti*" (29), dispone che "*il compimento dell'operazione*" è "*impedito*" "*qualora la maggioranza dei soci non correlati* (30) *votanti esprima voto contrario all'operazione*".

Ebbene, nella predetta Comunicazione Consob si legge che, nell'ambito del voto negativo espresso dai soci non correlati, non si deve comprendere il voto di coloro che si sono volontariamente astenuti, e ciò "al fine di evitare che gli astenuti siano computati a favore o contro la deliberazione". In altri termini, i "soci correlati votanti" sono solo quelli che si esprimono "a favore" o "contro", ma non quelli che si astengono: costoro, appunto, lasciano decidere gli altri e si considerano bensì presenti, ma non votanti. Quindi, dato che nell'assemblea di *whitewash* occorre procedere a due conteggi (il conteggio "ordinario", per accertare se il *quorum* deliberativo sia stato raggiunto; e il conteggio dei voti espressi dai soci non correlati presenti in assemblea, per verificare che il 50,01 per

(25) Come già sopra osservato, le "società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio" sono definite nell'art. 2325-bis c.c. e nell'art. 2-bis, comma 1, Reg. Consob n. 11971/1999.

(26) Regolamento recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate, adottato dalla Consob con delibera del 12 marzo 2010, n. 17221.

(27) Il concetto di "operazioni" tra "parti correlate" viene in essere ogni qualvolta vi sia un "trasferimento di risorse, servizi o obbligazioni, indipendentemente dal fatto che sia stato pattuito un corrispettivo", tra soggetti i quali intercorra taluna delle relazioni di cui all'All. 1, par. 1, Reg. Consob n. 17221/2010.

(28) Le operazioni tra parti correlate "di maggiore rilevanza" sono definite nell'art. 3, lett. b), e nell'art. 4, comma 1, lett. a), Reg. Consob n. 17221/2010 e proceduralizzate nell'art. 8, Reg. Consob n. 17221/2010.

(29) Il concetto di "amministratori indipendenti" è definito nell'art. 1, lett. h), Reg. Consob n. 17221/2010.

(30) I "soci non correlati" sono i soggetti ai quali spetta il diritto di voto diversi dalla controparte di una determinata operazione e dai soggetti correlati sia alla controparte di una determinata operazione sia alla società emittente: art. 3, comma 1, lett. l), Reg. Consob n. 17221/2010.

cento di essi non abbia espresso un voto negativo), sarebbe ben strano che, nel conteggio “ordinario” il voto di astensione fosse considerato come un voto contrario e nel conteggio di *whitewash* fosse considerato un voto né favorevole né contrario: invero, il voto di

astensione volontaria è un voto espresso dal partecipante all'assemblea che, con la sua presenza, intende “pesare” nel *quorum* costitutivo ma intende rimettersi alla decisione (positiva o negativa) adottata dagli altri soci.