

Le incertezze del precedente dibattito erano legate alla formulazione dell'art. 2357-ter, comma 2, cod. civ., all'epoca vigente, risultante dal recepimento con il d.lgs. 10 febbraio 1986, n. 30, della seconda direttiva comunitaria in materia societaria (n. 77/91/CEE del Consiglio in data 13 dicembre 1976), il quale poneva la regola secondo cui le azioni proprie della società, il cui diritto di voto è sospeso, devono essere computate «*nel capitale*» ai fini del calcolo delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea; *ratio* della sospensione del diritto di voto essendo quella di impedire agli amministratori di influire, mediante dette azioni, sulla formazione delle maggioranze.

Al riguardo, questa Corte aveva ritenuto che per «*capitale*» dovesse intendersi il capitale sociale, onde non si potessero qualificare le azioni proprie come azioni rappresentate o presenti in assemblea, perché la società, nonostante detenga proprie azioni, non può essere socia di se stessa, né componente di un proprio organo interno (con riguardo alla precedente disposizione, cfr. Cass. 16 ottobre 2013, nn. 23541 e 23540, secondo cui, in caso di assemblea ordinaria in prima convocazione, la maggioranza assoluta per deliberare va calcolata sul solo ammontare delle azioni rappresentate dai soci partecipanti all'assemblea, senza tener conto delle azioni proprie di cui sia titolare la società).

6.2. - In forza del d.lgs. 29 novembre 2010, n. 224, emanato in attuazione della delega di cui alla legge 25 febbraio 2008, n. 34, la soluzione di diritto positivo è diversa per le società chiuse e per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio: nelle prime, le azioni proprie sono in ogni caso *incluse nel computo*, a norma dell'art. 2357-ter, comma 2, cod. civ., mentre nelle seconde le azioni proprie sono incluse nel computo del *quorum* costitutivo ed

escluse dal *quorum* deliberativo (art. 2368, comma 3, cod. civ.), in tal modo permettendo più agevolmente il raggiungimento della maggioranza per approvare la proposta assembleare.

Con il fine della certezza del diritto, proprio attesi i precedenti dubbi, il d.lgs. n. 224 del 2010 – oltre ad individuare un autonomo criterio per le società che ricorrono al mercato del capitale di rischio – con riguardo alle società azionarie chiuse ha modificato la formula: mantenendo la sospensione del diritto di voto, ma aggiungendo che «*le azioni proprie sono tuttavia computate ai fini del calcolo delle maggioranze e delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea*».

È stata espunta l'espressione «*nel capitale*», che aveva creato le passate divergenze, ed inserito l'espresso riferimento alle «*maggioranze*».

Dunque, "computo", quale operazione volta ad individuare il denominatore delle partecipazioni sociali rilevanti a tal fine; "calcolo", come conteggio del numero dei presenti (nel *quorum* costitutivo) o dei voti favorevoli all'approvazione della deliberazione (nel *quorum* deliberativo), allorché raggiungano la quantità di azioni necessaria a ritenere l'assemblea regolarmente costituita o la proposta approvata.

Il denominatore è, di regola, pari al 100% del capitale sociale.

Ma, in talune evenienze, esso si riduce per legge. Come quando, in relazione al controllo di regolare costituzione della riunione, esistano azioni *prive del diritto di voto* in assemblea ordinaria (art. 2368, comma 1, cod. civ.); o con riguardo ad *azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto, ove esista una speciale disposizione di legge* in tal senso (art. 2368, comma 3, cod. civ., nel suo esordio): le une e le altre non sono, allora, computate ai fini del *quorum* costitutivo e quel denominatore si riduce a meno del 100%

del capitale sociale (dove, poi, la legge preveda l'esclusione dal denominatore di talune azioni con riguardo alla regolare costituzione dell'assemblea, ne deriva giocoforza l'esclusione anche dal *quorum* deliberativo, pur se la norma non lo dica espressamente: cfr. art. 2368, comma 1, cod. civ.).

In relazione al controllo sull'avvenuta approvazione della deliberazione, si dispone che le azioni per le quali *non può essere esercitato* il diritto di voto e quelle degli *astenuiti* in conflitto d'interessi non sono computate nel denominatore necessario al calcolo dell'avvenuta approvazione della deliberazione (cfr. art. 2368, comma 3, cod. civ., seconda parte).

Orbene, come espone la relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 224 del 2010, richiamata anche dalla sentenza impugnata, nelle società c.d. chiuse la nuova disposizione tiene conto dell'assenza di limiti all'acquisto delle proprie azioni, le quali - a fronte dell'esborso gravante sull'intera compagine sociale - *«sono sempre computate ai fini del calcolo anche quando la legge non assume il capitale sociale a denominatore per il calcolo dei quorum assembleari»* (così la *Relazione*).

Ora, è vero che la relazione di accompagnamento non ha efficacia cogente, né tantomeno è, essa stessa, fonte del diritto; e, però, quando sia del tutto conforme all'enunciato ed al significato fatto palese dalla consecuzione delle parole usate (art. 12 preleggi), certamente può contribuire alla corretta interpretazione di una norma o di un combinato disposto normativo (la stessa Corte costituzionale sovente vi ricorre, quale ausilio all'interpretazione: cfr., a mo' di esempio, Corte cost. 20 novembre 2017, n. 241; 15 febbraio 2017, n. 36; 14 luglio 2016, n. 174).

Ché poi, ove una norma, o un sistema di norme, si prestino a diverse interpretazioni, tutte plausibili, dovere primario dell'interprete, e specie del giudice, è di perseguire l'interpretazione più corretta e non una qualsiasi di quelle che il testo consente; certo essendo, altresì, che il giudice non crea il diritto, ma opera secondo i criteri ermeneutici noti ed entro i limiti del diritto positivo. Ciò tanto più quando, come nel caso in esame, si tratti non di clausole generali o di concetti indeterminati, che debbano essere resi concreti al fine di segnarne l'operatività, ma di norme costruite mediante gli usuali elementi determinati – nel caso, sia di natura giuridica che del linguaggio comune – della fattispecie.

Così, appunto, l'art. 2357-ter, comma 2, seconda parte, cod. civ.:
«Il diritto di voto è sospeso, ma le azioni proprie sono tuttavia computate ai fini del calcolo delle maggioranze e delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea».

Ai fini deliberativi, dunque, «*maggioranze*» come prevalenza dei voti favorevoli, derivante dal rapporto, o frazione matematica, il cui numeratore è dato dai voti di approvazione della proposta (nel loro valore nominale rappresentativo) e il denominatore dalle azioni presenti (escluse quelle che la legge sottrae dal medesimo ed incluse quelle che la legge impone siano considerate); «*quote richieste*» come evenienza che la legge pretenda, altresì, una percentuale data.

La piana interpretazione della norma conduce quindi al computo, in ogni caso, al denominatore delle azioni proprie.

La ricorrente ricerca un diverso possibile risultato ermeneutico dell'enunciato o, addirittura, della stessa relazione accompagnatoria; tuttavia, il compito dell'interprete, come sopra esposto, non è la semplice ricerca di un appiglio letterale cui ancorare una qualsiasi

interpretazione plausibile, quanto la ricerca dell'interpretazione più «corretta» (e, per la Corte, v. l'art. 65 ord. giud.).

Il dettato normativo vigente è nel senso che, nelle società per azioni che non ricorrono al mercato del capitale di rischio, le azioni proprie debbano essere sempre conteggiate nel calcolo non dei soli *quorum* assembleari costitutivi, ma anche di quelli deliberativi: la nuova disposizione, invero, non lega affatto il calcolo alla diversa circostanza se la base per il medesimo sia il capitale sociale oppure quello rappresentato in assemblea, imponendo di calcolare in ogni caso le azioni proprie.

La *ratio* è di impedire che le azioni proprie modifichino i rispettivi poteri fra i soci, e più in generale che non ne risulti alterata la c.d. funzione organizzativa del capitale sociale.

Ne deriva che le maggioranze necessarie per l'assunzione della deliberazione dell'assemblea ordinaria in seconda convocazione nella società per azioni occorre il voto favorevole di almeno la metà del capitale rappresentato dai soci intervenuti (art. 2369, comma 3, cod. civ.), ivi computate le azioni proprie.

6.3. - Non è dirimente l'obiezione, secondo cui in tal modo potrebbe verificarsi la paralisi assembleare: in quanto, se è vero che l'agilità di funzionamento dell'organismo societario costituisce un principio espresso dal sistema che lo disciplina, esso non giunge ad impedire, ad esempio, che possa costituirsi una società, anche di capitali, a partecipazione paritetica di due soci o di due gruppi di soci: essendo allora, in definitiva, ai medesimi rimessa la scelta se accettare il rischio, in presenza di dissidi insanabili, che venga eventualmente integrata la fattispecie della impossibilità di funzionamento dell'organo assembleare.

Vero è l'opposto: dato il senso letterale non confutabile del nuovo art. 2357-ter cod. civ., e pure in assenza di limiti attuali all'acquisto di azioni proprie ex art. 2357 cod. civ., potrebbe semmai domandarsi se sia da reputare non consentito l'acquisto da parte della società delle proprie azioni, che, in una situazione concreta data, impedisca stabilmente la formazione di una maggioranza nell'assemblea ordinaria (è questione analoga a quella della legittimità della clausola di unanimità per le deliberazioni assembleari: una volta che essa si reputasse illegittima, ci si chiede se debba essere ritenuta tale anche una clausola che richieda una maggioranza talmente elevata, attesa la proporzione rispettiva dei soci, da impedire stabilmente il formarsi della maggioranza); questione però estranea al *thema decidendum*.

6.4. - Nella memoria, parte ricorrente rileva il contrasto dell'art. 2357-ter, comma 2, cod. civ. con la direttiva 1977/91/CEE, consolidata nella direttiva 2017/1132/UE del 14 giugno 2017, il cui art. 63, comma 1, lett. a) prevede che il diritto di voto delle azioni proprie sia «sospeso». Rileva, altresì, l'incostituzionalità della disposizione, ove intesa nel senso che le azioni proprie siano sempre computate ai fini del calcolo del *quorum* deliberativo, in quanto essa si presenterebbe come irragionevole.

Non ritiene il Collegio che la disposizione in discorso si ponga in contrasto con la normativa comunitaria, né che la scelta del legislatore si presenti come incostituzionale.

Ai sensi dell'articolo menzionato, il diritto di voto è sospeso nelle azioni proprie, onde il precetto eurounitario, che ha di mira la tutela degli azionisti, è rispettato. La regola interna, quindi, osserva il precetto della sospensione del voto; senza considerare che nulla la direttiva prescrive in tema di computo delle azioni proprie, ma con essa appare coerente il precetto interno, nelle diverse evenienze

contribuendo esso a renderle neutrali ai fini del calcolo delle maggioranze.

Né la previsione del loro computo nel calcolo delle maggioranze confligge con le superiori disposizioni.

Premesso che i concetti di maggioranza e minoranza assembleare si determinano al momento della formazione dei *quorum* e non preesistono ad essi, né la singola e particolare conformazione di una data compagine societaria può condizionare un'interpretazione normativa generale, la *ratio* della regola sancita dal legislatore è nel senso di compiere un'opzione quanto più neutrale possibile con riguardo al peso delle azioni proprie a voto sospeso, evitando che la cessione delle medesime alla società, per scelta dell'organo amministrativo espressione del socio di comando (sia pure previa autorizzazione dell'assemblea, dunque ancora di chi sia in grado di esprimere la maggioranza), possa essere decisa per avvantaggiare solo questi e lasciarne inalterato il ruolo di controllo, pur se compiuta con le risorse finanziarie della società nel suo complesso. Non esistendo, nelle società chiuse, il limite al possesso delle azioni proprie – a differenza che nelle società aperte, dove infatti vige la regola opposta – il principio del computo ai fini delle maggioranze deliberative diminuisce il rischio di concentrazione surrettizia del potere di voto in capo alla gruppo di comando.

Se le azioni proprie potessero votare, il voto sarebbe espresso dalla società, quindi dai suoi amministratori, quindi ancora secondo gli intendimenti della maggioranza che li ha nominati. Per questa ragione, il legislatore ha sottratto a queste azioni (temporaneamente, non trattandosi di categoria autonoma) il diritto di votare. Ma esse restano nel capitale sociale, onde valgono ai fini della regolare costituzione dell'assemblea; mentre, quale regola di migliore



approssimazione ad un principio di neutralità astratta, le azioni vengono parimenti computate nel *quorum* deliberativo, al fine di evitare che se ne disponga l'acquisto preordinando il medesimo, appunto mediante l'eventuale regola di scomputo da detto *quorum*, a favorire il socio di controllo. La scelta del legislatore non appare dunque affatto irragionevole.

7. - In conclusione, il ricorso va respinto, con affermazione del seguente principio di diritto: «In forza del d.lgs. 29 novembre 2010, n. 224, che ha modificato l'art. 2357-ter, comma 2, cod. civ., nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio le azioni proprie sono incluse *nel* computo ai fini sia del *quorum* costitutivo, sia del *quorum* deliberativo».

8. - Le spese di lite sono compensate fra le parti, per la novità della questione alla luce della novella.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa per intero fra le parti le spese di legittimità.

Dichiara che, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. n. 115 del 2002, sussistono i presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 19 giugno 2018.

Il Consigliere estensore
(Loredana Nazzicone)

Loredana Nazzicone

Il Funzionario Giudiziario
Dot.ssa Fabrizia BARONE

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

il 02 OTT 2018

Il Funzionario Giudiziario
Dot.ssa Fabrizia Barone



Il Presidente

(Stefano Schirò)

Stefano Schirò