

Operazioni straordinarie: la scissione

a cura di Angelo Busani e Federico Urbani

Un itinerario della giurisprudenza sviluppatasi nei quindici anni successivi all'entrata in vigore della riforma del diritto societario in materia di operazioni straordinarie di scissione

Introduzione

La riforma organica della disciplina delle società di capitali e delle società cooperative (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) ha apportato numerose novità in materia di operazioni straordinarie di scissione.

Come chiarito dalla stessa Relazione alla riforma, "anche per quel che riguarda le scissioni, è stato necessario contemperare le indicazioni contenute nella legge delega con l'esigenza di rispettare i vincoli di derivazione comunitaria (e, in particolare, quelli imposti dalla direttiva 82/891/CEE del 17.12.1982, cui - nel nostro Paese - è stata data attuazione in forza del D.Lgs. 16 novembre 1991, n. 22). Si è così provveduto - come già in tema di fusione - a sfruttare taluni margini consentiti dalla direttiva e non 'sfruttati' dal D.Lgs. n. 22/1991). Il che è stato fatto, da un lato, facendo ampio ricorso alla tecnica del rinvio alle nuove norme in tema di fusione e, da l'altro lato, a previsioni specifiche [...]. Da un punto di vista terminologico si è ritenuto opportuno in tema di scissione caratterizzare i suoi riflessi sui beni in termini di 'assegnazione' e non di 'trasferimento'. Ciò anche la fine di chiarire, come riconosciuto da giurisprudenza consolidata, che nell'ipotesi di scissione medesima non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni (ad esempio relative alla situazione edilizia degli immobili)".

Le norme di cui agli artt. 2506 ss. c.c. (che hanno sostituito, con significative modifiche, i previgenti artt. 2504 *septies* ss. c.c.) sono state oggetto di svariati arresti giurisprudenziali, di merito e di legittimità, sfociando talvolta in marcati contrasti interpretativi in ambiti dalla rilevante portata sia teorica, sia pratica (basti pensare, come si vedrà meglio nel prosieguo, alle soluzioni fatte proprie dalla giurisprudenza in materia di responsabilità solidale per debiti delle altre società partecipanti all'operazione, o anche di esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria e fallimentare, ai sensi degli artt. 2901 c.c. e 64, 67 l.fall.).

Data la rilevanza teorica dell'istituto e la frequenza delle operazioni in parola - come noto finalizzate non solo all'assegnazione dell'intero patrimonio o alla sua frammentazione fra più entità, ma anche alla realizzazione di concentrazioni fra imprese, come rimarcato dal **Consiglio Nazionale del Notariato, nel Quesito di Impresa n. 132-2006/I** - è parso utile ripercorrere i più importanti precedenti giurisprudenziali intervenuti nei quindici anni successivi alla riforma del diritto societario, richiamando altresì, ove opportuno, gli orientamenti notarili rilevanti in relazioni agli istituti in esame.

Per un'analisi generale dell'istituto si rinvia, fra i molti, agli scritti di: A. Bertolotti, *Scissione delle società*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2015; A. Serra (diretto da), *Trasformazione, fusione, scissione*, Bologna, 2014; F. Magliulo, *La scissione delle società*, Milano, 2012; R. Dini, *Scissioni*, Torino, 2008; G. Scognamiglio, *Fusione, scissione*, in G.E. Colombo - G.B. Portale, *Trattato delle società per azioni, 7**2*, Torino, 2004. Con riferimento alla disciplina originariamente dettata dal D.Lgs. 16 novembre 1991, n. 22, si veda E. Cusa, *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, Milano, 1992. Per una raccolta completa e annotata degli orientamenti notarili riguardanti le scissioni societarie, si rinvia ad A. Busani, *Massimario delle operazioni societarie*, Milano, 2016.

La natura dell'operazione di scissione

Gli interpreti si sono interrogati - sin dall'introduzione dell'istituto della scissione societaria nel diritto positivo nazionale per mano del D.Lgs. 16 novembre 1991, n. 22, in attuazione della Dir. 82/891/CEE relativa alle scissioni delle società per azioni (cosiddetta Sesta Dir. Societaria) - su quale sia la natura giuridica dell'operazione in esame.

A tale proposito, si sono sviluppate tre teorie: (i) **estintivo-costitutiva**, (ii) **modificativo-evolutiva**, e (iii) **traslativa**.

La prima riconduce la scissione a un evento successorio, avente carattere universale o particolare, a seconda che essa sia totale o parziale (rispettivamente, a seconda che la stessa

comporti l'assegnazione dell'intero patrimonio sociale, con la conseguente estinzione della scissa, o meno). In questo senso si sono espresse, anche prima della riforma, talune pronunce della S.C., ove si è evidenziato che "nella scissione delle società non si verifica il trasferimento da un soggetto ad un altro di singoli beni, e neanche di un complesso organizzato di beni come nel trasferimento di azienda, ma, come rilevato in dottrina, una vera e propria successione a titolo universale tra i soggetti implicati, anche se con frazionamento tra soggetti diversi del patrimonio e dei relativi rapporti" (così **Cass. 27 aprile 2001, n. 6143**, in *Giur. comm.*, 2002, 2, 173 ss., con nota di C. Caruso, e, pur in materia di fusione, **Cass. 19 maggio 2011, n. 11059**, in *Pluris*).

A tale visione si affianca quella di coloro che ritengono che l'operazione integri una mera modificazione del contratto sociale (avente finalità riorganizzativa), come parrebbe suggerire, sotto un profilo letterale, il dato normativo successivo alla riforma, nella misura in cui non fa più riferimento a un "trasferimento", ma a una "assegnazione" patrimoniale (in questo senso si è espressa, oltre alla citata Relazione alla riforma, anche **Cass. 18 maggio 2011, n. 19595**, in *Riv. not.*, 2012, 1, 136 ss.). Soluzione condivisa da ampia parte della dottrina e, in relazione alla fusione, dal massimo consesso della Corte di Cassazione, il quale ha concluso che le fusioni (ma il principio di diritto è applicabile anche alle scissioni) non comportano "l'estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto; risolvendosi (come è già stato rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo" (**Cass., SS.UU., 8 febbraio 2006, n. 2637**, in *Riv. not.*, 2006, 4, 1137 ss., con nota di F. Scalabrini e G.A.M. Trimarchi e in *Giur. comm.*, 2007, 4, 787 ss., con nota di S. Milanese; lo stesso principio è stato ribadito da **Cass. 10 febbraio 2009, n. 3269**, in materia di trasformazione).

Condividendo tale interpretazione, una recentissima pronuncia di merito - **App. Catania 19 settembre 2017**, inedita - ha ribadito che la scissione societaria "in definitiva, realizza una nuova articolazione formale dello stesso ente, nell'ottica della continuità patrimoniale e di impresa, senza che possa, conseguentemente, profilarsi l'estinzione dello stesso o il trasferimento dei suoi cespiti patrimoniali".

In questo senso si è espresso anche il **Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, con Orientamenti n. L.A.22.**, secondo il quale la scissione integra "una vicenda meramente evolutiva e modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo", e **L.A.33.**, ove si ribadisce che la scissione "è dunque un'operazione neutra, meramente evolutiva della società scissa, la quale, sotto un certo profilo, continua ad esistere nella somma delle società risultanti dalla sua scissione".

Da ultimo, soprattutto a seguito della riforma, taluni arresti della giurisprudenza di legittimità hanno manifestato la propria adesione a una terza teoria interpretativa, la quale ritiene che la scissione consista in un vero e proprio trasferimento patrimoniale da parte della scissa a favore della beneficiaria. Tesi ripresa e sostenuta - per quanto in *obiter dictum* - dalle Sezioni Unite della Cassazione in una recente pronuncia, ove si è sostenuto che "la scissione [...] consistente nel trasferimento del patrimonio a una o più società, preesistenti o di nuova costituzione, contro l'assegnazione delle azioni o delle quote di queste ultime ai soci della società scissa, si traduce in una fattispecie traslativa" (così **Cass., SS.UU., 15 novembre 2016, n. 23225**, in *Notariato*, 2017, 2, 159 ss., con nota di F. Magliulo e in questa *Rivista*, 2017, 6, 739 ss., con nota di D. Dalfino; precedentemente si erano già espresse in tal senso **Cass. 17 aprile 2015, n. 7914**, in *Pluris*, seppur sempre in *obiter dictum*, e **Cass. 13 aprile 2012, n. 5874**, in *Pluris*, ove si è sostenuto che la scissione "comporta l'acquisizione da parte della nuova società di valori patrimoniali prima non esistenti nel suo patrimonio, non risultando una siffatta vicenda incompatibile con la configurabilità di una modificazione statutaria").

Tale soluzione poggerebbe, fra l'altro, sul dato normativo letterale emergente dal testo della Dir. 82/891/CEE, ove, agli artt. 2 e 17, si fa espresso riferimento al "trasferimento" totale o parziale del patrimonio della società scissa. La riconduzione dell'operazione di scissione nel novero degli atti traslativi non è naturalmente privo di effetti. Come si avrà modo di vedere nel prosieguo, tale evenienza costituisce un fondamentale presupposto per l'astratta (pur comunque dubbia) applicabilità delle azioni revocatorie ordinarie e fallimentari di cui agli artt. 2901 c.c. e 64, 67 l.fall. all'istituto in esame. Infatti, ove si trattasse di una mera modificazione statutaria - pur peculiare, in quanto fondata non solo su una deliberazione dell'assemblea dei soci, bensì su un complesso *iter* pre-assembleare ed esecutivo dettagliatamente disciplinato dagli artt. 2506 ss. c.c. - mancherebbe un fondamentale presupposto di applicabilità delle norme richiamate: la presenza di un atto dispositivo avente effetto traslativo di un bene di proprietà del debitore.

Anche la giurisprudenza di merito risulta divisa sul punto (sostengono esplicitamente la tesi modificativa: **Trib. Bologna 1° aprile 2016**, secondo il quale "la scissione non rappresenta un negozio traslativo, ma configura invece un'operazione societaria a formazione progressiva volta ad ottenere una nuova articolazione dell'ente. Si tratta, quindi, di un evento modificativo degli statuti delle società partecipanti alla scissione, che determina la riorganizzazione delle

strutture societarie senza operare l'estinzione dell'ente, o un effettivo trasferimento di cespiti patrimoniali, che vengono solo allocati in maniera differente all'interno delle diverse strutture sociali"; **Trib. Roma 7 novembre 2016**; **Trib. Napoli 25 luglio 2016** e **Trib. Forlì 11 febbraio 2016**, pur precisando che la scissione consiste in una modificazione della struttura societaria produttiva anche di effetti *latu sensu* traslativi o successori; **Trib. Venezia 5 febbraio 2016**; **Trib. Catania 9 maggio 2012**; **Trib. Roma 19 ottobre 2015**, citate nel prosieguo; hanno ritenuto, invece, di aderire alla tesi traslativa: **App. Torino 26 luglio 2016**, ove si è sostenuto che "non è dato prospettare una mera vicenda modificativa (come nell'ipotesi della fusione per incorporazione) ricorrendo una vera e propria 'dissoluzione' giuridica controbilanciata da un fenomeno successorio"; **Trib. Pescara 4 maggio 2017**; **Trib. Milano 24 maggio 2010**, citate nel prosieguo).

Per quanto nessuna fra le tre tesi goda di un esplicito supporto normativo - infatti i dati letterali emergenti dai testi delle disposizioni nazionali ed europee non paiono assumere valore dirimente ai fini del raggiungimento di una soluzione alla problematica discussa - la tesi modificativo-evolutiva sembra aderire maggiormente alla struttura e alle finalità riorganizzative della scissione, per quanto dall'esecuzione della stessa derivino effetti latamente traslativi, tipizzati tuttavia dal legislatore quali effetti di "assegnazione" e non di "trasferimento".

La scissione "negativa"

L'art. 2506, comma 1, c.c. prevede, con formulazione assai generale, che "con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci". Nulla è previsto dal diritto positivo in relazione alla possibile assegnazione di una maggior porzione di passività rispetto alle attività, fattispecie nota come "scissione negativa". Nel silenzio del legislatore, gli interpreti hanno assunto diverse opinioni al riguardo: da una, rigorosa e tranchant, che non ammette tale ipotesi in alcun caso, a una permissiva, che viene generalmente limitata alle scissioni negative "contabili" e non a quelle "reali". Secondo i sostenitori di quest'ultimo orientamento, risulterebbe ammissibile l'assegnazione di una porzione patrimoniale avente saldo contabile negativo, solo nella misura in cui essa sia dotata di un valore economico-reale latente positivo (per quanto contabilmente inespresso sino al momento della realizzazione dell'operazione di scissione). Nel caso in cui, infatti, anche l'assegnazione patrimoniale reale fosse negativa, non potrebbe sussistere alcun rapporto di cambio in favore dei soci della scissa, evenienza dalla quale discenderebbe l'impossibilità di assegnare a questi ultimi partecipazioni nella beneficiaria, elemento caratterizzante e, salvo rare eccezioni, necessario ai fini della corretta esecuzione dell'operazione di scissione.

Pur dopo più di venti anni dall'introduzione dell'istituto della scissione nell'ordinamento nazionale e a dieci anni dalla riforma del diritto delle società, la Corte di Cassazione è stata investita della questione e ha condivisibilmente rilevato la non conformità al dettato normativo di cui agli artt. 2506 ss. c.c. della "scissione reale negativa" in favore di una beneficiaria di nuova costituzione (che verrebbe a esistenza dotata di un patrimonio netto negativo), per le ragioni sopra menzionate (**Cass. 20 novembre 2013, n. 26043**, in questa *Rivista*, 2014, 6, 661 ss., con nota di C. Di Bitonto, in *Giur. it.*, 2014, 6, 1415 ss., con nota di M. Cavanna, in *Notariato*, 2014, 3, 268 ss., con nota di F. Magliulo e *Dir. fall. soc. comm.*, 2014, 3-4, 282 ss., con nota di T. Marena).

Giova evidenziare che tale conclusione è stata supportata anche dal **Consiglio Notarile di Milano, con Massima n. 72**, dal **Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, con Orientamento n. L.E.1** (in cui si chiarisce che "una scissione o una fusione 'realmente negativa', anche laddove non sia necessario determinare un rapporto di cambio, risulterebbe priva di utilità per la società beneficiaria/incorporante e produrrebbe comunque un'alterazione del valore economico delle partecipazioni preesistenti, in ciò contrastando con la causa stessa di tali operazioni"), dal **Consiglio Notarile di Roma, con Massima n. 1** e dal **Consiglio Nazionale del Notariato, con Quesiti di Impresa n. 85-2010/I e 54-2012/I**.

D'altronde, come è stato autorevolmente rilevato, nell'ambito della disciplina vigente (o in quella europea) "non esiste alcuna norma del diritto societario che impone all'imprenditore, quando effettua una scissione, di attribuire alla società scorporata, ovvero alla nuova società appositamente costituita, un'eguale proporzione di attività e passività; al contrario, nella necessaria libertà che deve caratterizzare tutte le scelte imprenditoriali, la società può scegliere con ampia discrezione cosa scorporare" (**Cass. 4 marzo 2013, n. 10201**, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 3, 613 ss., con nota di S. Cavallini). Pertanto, la giurisprudenza di legittimità pare aver escluso, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria, la realizzabilità di una scissione il cui progetto preveda la prevalenza dei cespiti di valore negativo rispetto a quelli positivi - non tanto da un punto di vista contabile, quanto piuttosto reale (meglio, economico) - nel caso di società beneficiaria di nuova costituzione, che non potrebbe legittimamente essere costituita con patrimonio netto negativo.

Neutralità economica dell'operazione e scissione "inversa"

È stato inoltre evidenziato che, ove venisse realizzata un'inammissibile scissione reale negativa, "dopo il decorso, senza opposizione da parte dei creditori, del termine di sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di scissione e dopo l'iscrizione dell'ultimo atto della scissione nel registro delle imprese (artt. 2506 *quater* c.c., comma 1; art. 2503 c.c., richiamato dall'art. 2506 *ter* c.c.), l'invalidità della scissione non può essere pronunciata" (**Cass. 20 novembre 2013, n. 26043**, cit.). Sicché, la realizzazione di una non ammissibile scissione di elementi patrimoniali prevalentemente negativi - non solo da un punto di vista contabile, ma anche economico - potrebbe ben superare la prova di resistenza della propria invalidità a seguito dello spirare del termine decadenziale previsto dall'ordinamento per far valere qualsivoglia vizio riguardante la realizzazione dell'operazione, con l'evidente fine di stabilizzazione degli effetti giuridici della stessa e di tutela dell'affidamento dei terzi che abbiano assunto rapporti con le società coinvolte.

Un principio cardine dell'istituto in esame è costituito dalla necessaria conservazione dei valori patrimoniali delle partecipazioni detenute da tutti i componenti della compagine sociale. Ciò sia nel caso di scissione proporzionale, sia in quello di non proporzionalità o addirittura "asimmetria" nella distribuzione delle azioni o quote della beneficiaria. Come noto, è generalmente definita scissione non proporzionale l'operazione a seguito della quale tutti i soci della scissa partecipano al capitale sociale della beneficiaria, pur secondo proporzioni reciproche differenti rispetto a quelle di origine; integra, invece, una scissione "asimmetrica" ai sensi dell'art. 2506, comma 2, c.c. l'operazione che prevede l'assegnazione a favore di taluni soci di azioni o quote della sola entità scissa, cosicché essi, rinunciando alla partecipazione al capitale della beneficiaria, acquisiscono un maggior peso in quello della prima entità. In ogni caso, come accennato, ciascun socio ha il diritto alla conservazione del valore patrimoniale della partecipazione originariamente detenuta, mediante attribuzione di partecipazioni, proporzionali o meno, nel capitale della beneficiaria oppure tramite incremento di quella originariamente detenuta nella scissa.

A questo proposito, **Trib. Milano 12 marzo 2014**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, ha confermato tale limite, sostenendo che "nella scissione non proporzionale, la 'non proporzionalità' non può alterare quello che è un principio fondamentale dell'intero procedimento di scissione, ovvero la neutralità, sotto il profilo economico, dello scambio di partecipazioni in capo ai soci della scissa; a seguito della cessione non proporzionale, i soci della scissa riceveranno partecipazioni nelle beneficiarie in misura diversa tra di loro ma tutti dovranno avere partecipazioni che sono complessivamente equivalenti dal punto di vista economico". Con ciò il giudice ambrosiano ha voluto confermare la tesi della finalità riorganizzativa della scissione, a seguito della quale ben potrebbero mutare le posizioni dei soci all'interno delle differenti delle compagini sociali coinvolte - si pensi al caso di scissione asimmetrica a seguito della quale i due soci della scissa vengano a detenere partecipazioni, rispettivamente, nella sola scissa e nella sola beneficiaria, separando le proprie sorti imprenditoriali -, ma non per questo risulterebbero ammissibili trasferimenti patrimoniali non neutrali, dunque vantaggiosi esclusivamente per taluni componenti dell'originaria compagine sociale.

In applicazione di tale principio generale dell'istituto, altra giurisprudenza di merito ha concluso per l'invalidità della delibera assembleare di scissione ove questa preveda che un'entità assegni "una parte del suo patrimonio [...] a favore di [una o più società] da essa interamente controllate senza attribuzione di quote della stessa ai propri soci [ponendosi cioè in contrasto rispetto] alla lettera e allo spirito degli art. 2506 e sgg. c.c., la cui ratio, come si è visto, è quella di garantire ai soci della scissa la piena conservazione del valore effettivo della loro partecipazione" (**Trib. Torino 29 settembre 2014**, in *Giur. it.*, 2015, 3, 671 ss., con nota di A. Bertolotti). Difatti, la realizzazione di una simile operazione di scissione "inversa" avrebbe quale effetto la sottrazione dei cespiti patrimoniali attivi e passivi ricompresi nella porzione patrimoniale assegnata alla beneficiaria-controllata, con evidente pregiudizio per la posizione patrimoniale dei soci, sottoponendoli al "controllo" della scissa.

La neutralità dell'operazione è stata ricondotta, in tal modo, non solo a un principio di rigorosa proporzionalità fra situazione patrimoniale *ex ante* ed *ex post*, ma anche a uno di invarianza della stessa, di talché la scissione non potrebbe comportare neppure uno "spostamento" di valore dalla scissa in favore di altre società sottoposte al suo controllo, per quanto parte del medesimo gruppo di imprese.

La beneficiaria società di persone unipersonale

In relazione alla natura e struttura della società beneficiaria, gli interpreti si sono domandati se i soci della scissa possano prevedere che l'assegnazione patrimoniale sia realizzata in favore di una società di persone unipersonale. Come noto, infatti, a differenza di quanto disposto in materia di società di capitali (con esclusione delle società in accomandita per azioni, per le quali è irrinunciabile la contemporanea presenza di soci accomandanti e accomandatari), le società di persone non possono avere (fisiologicamente) un unico socio. Non a caso l'art. 2272,

La scissione non proporzionale e il diritto di vendita di cui all'art. 2506 bis, comma 4, c.c.

Rapporti con il diritto di prelazione

comma 1, n. 4), c.c. prevede che la società incorra in una causa di scioglimento nel caso in cui venga a mancare la pluralità dei soci e quest'ultima non sia ricostituita entro sei mesi. Com'è evidente, appare assai dubbia la legittimità di una scissione (totale o parziale) che individui quale beneficiaria una società di persone, di nuova costituzione, con socio unico. La soluzione non è tuttavia scontata.

Ove si facesse propria la teoria secondo la quale l'operazione di scissione non comporta altro che una mera evoluzione-modificazione dell'ente originario, potrebbe valorizzarsi la peculiarità del momento costitutivo dell'ente beneficiario, che non verrebbe a esistere in ragione di un ordinario procedimento costitutivo societario. In questo senso si potrebbe concludere - con tesi assai permissiva e fondata sulla ricordata, dibattuta, teoria modificativa - per la possibile individuazione, quale beneficiaria, di una società di persone unipersonale, alla quale sarà richiesto di ricostituire la pluralità dei soci entro il termine semestrale previsto dall'art. 2272, comma 1, n. 4), c.c.; ciò poiché la società, pur sorta formalmente con il deposito dell'atto di scissione presso il Registro delle Imprese, non potrebbe definirsi "di nuova costituzione", in quanto ideale prosecuzione di un ente già esistente. In questo senso si è espresso il **Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, con Orientamento n. L.A.22.**

La giurisprudenza di merito ha tuttavia affrontato la questione in esame giungendo a una soluzione negativa. A questo proposito, **Trib. Mantova, Giudice del Registro, 4 gennaio 2012**, in questa *Rivista*, 2012, 8-9, 881 ss., con nota di G. Maniglio, ha sostenuto l'inderogabilità delle norme civilistiche che prevedono l'obbligo di pluralità di soci nelle società di persone, nonché, conseguentemente, la necessaria applicazione delle medesime anche in sede di costituzione nell'ambito di una più ampia operazione di scissione. Ciò in quanto la presenza di un socio unico sarebbe, nel campo delle società di persone, un accadimento patologico, come desumibile dal dettato dell'art. 2272, comma 1, n. 4), c.c., che fa conseguire alla mancata ricostituzione di tale situazione la grave "sanzione" dello scioglimento dell'ente. Non sembra, peraltro, che la semplice adozione della teoria modificativa possa portare *necessitate* alla diversa e più permissiva soluzione sopra esposta: la necessaria applicazione delle disposizioni codicistiche previste in materia di costituzione dell'ente non troverebbe difatti un invalicabile limite nella diversa "nascita" di quest'ultimo, infatti tali disposizioni mirano a definire i requisiti obiettivi minimi ai fini della venuta a esistenza della società, a prescindere dalla sua eventuale origine evolutivo-modificativa rispetto a un diverso ente (già esistente).

Naturalmente, non dovrà porsi alcun problema nel caso in cui la beneficiaria sia una società per azioni o a responsabilità limitata, giacché gli artt. 2328 e 2463 c.c. prevedono, come noto, la possibile presenza di un socio unico, non solo *durante societate*, ma anche in sede costitutiva.

Come si è detto, la scissione può essere proporzionale, non proporzionale o asimmetrica. Tale ampia libertà è bilanciata da alcuni controlimiti: per la scissione asimmetrica, il consenso unanime dei soci; per quella non proporzionale, "il diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato [nel progetto di scissione] alla stregua dei criteri previsti per il recesso, [con indicazione nello stesso progetto di] coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto", ai sensi dell'art. 2506 bis, comma 4, c.c. (cosiddetto diritto di *sell-out*)

A questo proposito, **Trib. Roma 20 aprile 2015**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, ha chiarito che, da un lato, deve farsi riferimento alla normativa in materia di recesso propria del tipo di società della cui scissione trattasi (artt. 2437 ss. c.c. per le società per azioni e art. 2473 c.c. per le società a responsabilità limitata) e, dall'altro, il rinvio alle previsioni sul recesso devono intendersi integrali. Sulla scorta di tale interpretazione, la pronuncia richiamata ha sostenuto, condivisibilmente, che il socio titolare del diritto di vendita di cui all'art. 2506 bis, comma 4, c.c. sia legittimato a contestare la valutazione effettuata dall'organo amministrativo nei modi e nei termini di legge, richiedendo anzitutto una nuova valutazione da parte di un esperto indipendente e, se del caso, contestando la stessa in sede giudiziale. Soluzione indubbiamente ragionevole e aderente al dettato normativo - che effettua un rinvio generale alla disciplina sul recesso - volta a garantire piena tutela alla posizione dei soci che non abbiano concorso alla deliberazione di scissione non proporzionale del patrimonio sociale.

Come si è detto, le operazioni di scissione possono avere svariate caratteristiche strutturali - totale o parziale; proporzionale, non proporzionale o addirittura asimmetrica; positiva o negativa - alle quali corrispondono, in concreto, differenti finalità esecutive. Una di esse è senza dubbio la riorganizzazione degli assetti proprietari delle società coinvolte: si pensi ai mutamenti della compagine della scissa nel caso di scissione asimmetrica oppure a quelli derivanti dall'ingresso dei soci della scissa nel capitale di una beneficiaria pre-esistente con diversa compagine sociale.

Le operazioni aventi a oggetto l'assegnazione di aziende o rami d'azienda

A questo riguardo, occorre domandarsi se le vicende (interne) relative alla compagine sociale possano rientrare nel campo di applicazione delle clausole di prelazione statutaria, ossia di quelle pattuizioni sociali che prevedono un diritto di essere preferito nell'acquisto rispetto ai terzi esterni alla società, a pari condizioni e secondo regole prestabilite.

Nel caso in cui la clausola di prelazione contenga espressamente fra le vicende incidenti sugli assetti proprietari anche le operazioni straordinarie di scissione, *nulla quaestio*. Ove, al contrario, lo statuto taccia sul punto, pare corretto applicare il consolidato orientamento interpretativo in base al quale tali pattuizioni - costituendo un limite al trasferimento delle partecipazioni sociali e un conseguente onere in capo ai soci potenziali cedenti - devono essere interpretate restrittivamente. A ciò si aggiunga, nel caso in cui si ritenga che la scissione integri un evento meramente modificativo dell'ente, che la stessa non costituirebbe un evento propriamente "traslativo", sfuggendo all'applicazione del meccanismo della prelazione. In tal senso si è espressa una certa giurisprudenza di merito (**Trib. Voghera 25 giugno 2008**, in *www.personaedanno.it*), la quale, dando per assunta la natura modificativa dell'operazione, ha concluso che "l'assegnazione di una quota del patrimonio sociale [...] non sembra riconducibile, ad un primo sommario esame, all'ipotesi di 'trasferimento della partecipazione sociale, o di parte di essa, per atto tra vivi', contemplata dalla clausola statutaria di prelazione invocata".

Di differente avviso, invece, **Trib. Milano 24 maggio 2010**, in *Pluris*, che ha ritenuto di "non poter ravvisare alcuna incompatibilità logica tra fenomeni di fusione [o scissione] e riconoscimento legale di diritti di prelazione", ritenendo che il legislatore della riforma abbia confermato la riconducibilità dell'operazione alle vicende traslative, con argomenti ricavabili dalle norme di cui agli artt. 2357 *bis* e 2359 *quater* c.c., che in materia di "acquisti" di azioni fanno riferimento alla scissione, e 2112, comma 5, c.c., che estende alle fusioni e alle scissioni la disciplina giuslavoristica dei "trasferimenti d'azienda".

Il complesso di cespiti patrimoniali assegnati dalla scissa alla beneficiaria costituisce spesso un'azienda (o un ramo d'azienda, nella misura in cui sia dotato di una propria autonomia funzionale), ai sensi dell'art. 2555 c.c.

Accade tuttavia spesso che il progetto di scissione non indichi in modo analitico tutti i rapporti giuridici (attivi e passivi) ricompresi nell'azienda o nel ramo oggetto di assegnazione. A questo riguardo, secondo una certa giurisprudenza - **Cass. 24 aprile 2003, n. 6526**, in questa *Rivista*, 2003, 10, 1360 ss., con nota di E. Mauro, *Giur. it.*, 2004, 5, 1014 ss., con nota di S. Luoni (che ha, invero, confermato un orientamento di legittimità e di merito già sostenuto prima della riforma) - tale omissione non pregiudicherebbe l'assegnazione dei cespiti obiettivamente riconducibili all'azienda o al ramo oggetto di scissione, in quanto "il mero fatto che [tali cespiti non siano] oggetto di un'esatta descrizione nella situazione patrimoniale allegata non pregiudica la possibilità, anche per un osservatore esterno come un terzo creditore, di accertare il [loro] trasferimento [...], che risulti da altre parti del progetto" (soluzione cui ha aderito **Trib. Milano 10 ottobre 2014**, in *Giur. it.*, 2015, 5, 1172 ss., con nota di S. Luoni).

Peraltro, secondo **Trib. Roma, Giudice del Registro, 24 aprile 2015**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, in *Riv. not.*, 2015, 3, 657 ss., A. Ruotolo - D. Boggiali, non risulta iscrivibile presso il Registro delle Imprese il trasferimento di una partecipazione sociale in esecuzione di un'operazione di scissione, ove l'inclusione di tale partecipazione nella porzione patrimoniale assegnata alla beneficiaria risulti dal progetto di scissione, ma non dalla delibera assembleare, né dal conseguente atto di scissione (infatti "nell'atto di scissione devono essere indicati gli elementi patrimoniali trasferiti con la scissione in maniera aderente rispetto a quanto previsto nel progetto di scissione poi approvato dalla delibera della società interessata").

Da un diverso, seppur correlato, punto di vista, **Trib. Roma 4 aprile 2017**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, ha confermato che i cespiti patrimoniali assegnati alla beneficiaria ricomprendono, salvo diversa pattuizione, anche le "sopravvenienze attive", ossia "tutte quelle utilità patrimoniali che trovino la loro causa ed origine in situazioni già esistenti alla data di efficacia della scissione". Pertanto la beneficiaria sarà l'unica legittimata attiva nell'eventuale azione volta a ottenere il riconoscimento di detta sopravvenienza, impedendo eventuali domande giudiziali da parte della scissa.

La relazione di stima

Con riferimento alle scissioni aventi a oggetto l'assegnazione di aziende o rami d'azienda, occorre domandarsi se la documentazione necessaria ai fini del perfezionamento dell'operazione debba essere affiancata dalla relazione giurata di stima di cui all'art. 2343 c.c., al fine di attestare il valore dei beni in natura e dei crediti oggetto di scissione, analogamente a quanto previsto in materia di conferimenti.

A questo riguardo, occorre preliminarmente rilevare che l'art. 2506 *ter*, comma 2, c.c. (come modificato dalla L. 30 ottobre 2014, n. 161) prevede che "quando la scissione si realizza mediante aumento di capitale con conferimento di beni in natura o di crediti, la relazione

dell'organo amministrativo menziona, ove prevista, l'elaborazione della relazione di cui all'articolo 2343 e il registro delle imprese presso il quale tale relazione è depositata".

Pertanto, a seguito della citata novella, appare chiaro che si renderà necessaria la redazione di una relazione di stima sui cespiti patrimoniali oggetto di scissione (costituiti da beni in natura o da crediti) esclusivamente ove la beneficiaria sia un'entità il cui tipo societario richieda, come regola generale, la redazione di tale relazione in sede di costituzione o di aumento del capitale sociale. Ciò non sarà invece necessario con riferimento ai tipi societari che non richiedono, nella loro regolazione codicistica tipica, la presenza di un simile documento (si pensi, ad esempio, al caso di una beneficiaria costituita in forma di società di persone). Tale soluzione è stata recentemente espressa dal **Consiglio Notarile di Roma, con Massima n. 3**, ove si precisa altresì che "ove la relazione dell'organo amministrativo sia rinunciata dai soci o non sia necessaria data la struttura della scissione, rimane obbligatoria la redazione della relazione di cui all'art. 2343 c.c. nei casi in cui la norma sia applicabile" e che "nonostante la norma faccia riferimento espresso alla perizia ex art. 2343 c.c., è lecito estendere la sua portata ai casi in cui si utilizzino la relazione prevista dall'art. 2343-ter, comma 2, lett b) c.c. o quella prevista dall'art. 2465 c.c."

A questo proposito, occorre riportare per completezza quanto sostenuto da un'ormai superata giurisprudenza - avente a oggetto la previgente formulazione dell'art. 2506 ter, comma 2, c.c., ove non si faceva riferimento alla relazione giurata di stima - che aveva dichiarato che "la relazione di stima predisposta da esperti nominati dal presidente del Tribunale, prevista dall'art. 2343 c.c. per l'ipotesi di conferimento di beni in natura in una società di capitali, non può ritenersi necessaria nel caso, qui ricorrente, di trasferimento di beni che trova causa in un atto di scissione parziale in favore di società di persone: la ratio della suddetta previsione di legge (verificare l'effettiva esistenza della garanzia del capitale sociale indicato nelle società di capitali destinatarie di conferimenti di beni in natura) non viene evidentemente in gioco quando non di conferimento bensì di trasferimento di beni si tratti" (così **Cass. 17 aprile 2015, n. 7914**, cit.).

Il divieto di concorrenza

Inoltre, della disciplina propria del trasferimento d'azienda o di un suo ramo, **Trib. Catania 15 giugno 2007**, in *Giur. comm.*, 2009, 3, 548 ss., con nota di V. Vinciguerra, ha ritenuto applicabile anche la norma di cui all'art. 2557 c.c., in ragione della quale "chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per oggetto, ubicazione od altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta".

Ciò, in particolare, in quanto anche in caso di scissione sussisterebbe un "pericolo concorrenziale analogo a quello conseguente alla cessione di azienda vera e propria", tenendo altresì conto del fatto che la norma in esame non avrebbe carattere eccezionale, infatti "le disposizioni dell'art. 2557 c.c. concernenti il divieto di concorrenza in caso di trasferimento di azienda, trovano applicazione non soltanto con riguardo alle ipotesi di alienazione di questa, intesa in senso tecnico, ma anche a tutte quelle altre ove si avveri la sostituzione di un imprenditore all'altro nell'esercizio dell'impresa".

Diritti dei lavoratori

Da ultimo, con riferimento alla disciplina codicistica dettata in materia di mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, **Trib. Trieste 20 novembre 2014**, in *DeJure*, ha confermato un risalente precedente di legittimità, condiviso dalla dottrina maggioritaria, secondo il quale alle operazioni di scissione è applicabile la norma di cui all'art. 2112 c.c. Ciò è stato peraltro confermato dalla riforma, che, modificando la disposizione citata, ha previsto che "si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione [ovvero anche scissione], comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda".

Prescrizione del diritto al conguaglio

Nella prassi, la documentazione prevista *ex lege* ai fini del corretto perfezionamento del procedimento di scissione - fatti salvi i particolari casi di esenzione o di deroga dalla redazione dei medesimi per volontà unanime dei soci - è spesso affiancata da ulteriori accordi fra le entità e i soci coinvolti. In particolare, tali accordi possono prevedere, fra l'altro, specifiche dichiarazioni e garanzie riguardanti i cespiti patrimoniali oggetto di scissione, nonché puntuali meccanismi di conguaglio monetario; ciò, ad esempio, nel caso in cui fra la data di redazione della documentazione utile ai fini della deliberazione assembleare (progetto di scissione, situazione patrimoniale, indicazione del valore effettivo del patrimonio netto assegnato alla beneficiaria, rapporto di cambio, ecc.) e la data di efficacia dell'atto di scissione intercorra un

lasso di tempo relativamente dilatato, decorso il quale taluni dei valori indicati nei documenti menzionati e nella delibera di scissione potrebbero non risultare più attuali. Per questa ragione gli operatori riconoscono spesso la necessità di definire specifici sistemi di conguaglio mirati a ricondurre a equilibrio economico gli effetti dell'operazione.

Vi è da domandarsi se tali diritti siano soggetti al termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2949, comma 1, c.c., avente a oggetto "i diritti che derivano dai rapporti sociali, se la società è iscritta nel registro delle imprese". A questo proposito, **Trib. Milano 21 luglio 2016**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, ha ritenuto non applicabile detto termine prescrizione breve, riferito "alle relazioni che si istituiscono fra i soggetti dell'organizzazione sociale in dipendenza diretta del contratto di società, o da situazioni determinate da relazioni sociali", in quanto esso "concerne invece un rapporto di debito-credito tra due soggetti distinti tra loro, nient'affatto legati da un rapporto sociale nel senso ora spiegato, a nulla rilevando, ormai a scissione avvenuta, che i soci dell'una e dell'altra società fossero un tempo componenti della medesima compagine sociale" (il ristretto campo di applicazione della norma in esame è stato oggetto di analisi da parte di **Cass. 14 marzo 2017, n. 6561**, in *Pluris*, ove si fa riferimento ai soli "diritti che derivano da rapporti inerenti all'organizzazione sociale in dipendenza diretta con il contratto sociale, nonché da rapporti relativi alle situazioni propriamente organizzative determinate dal successivo svolgimento della vita sociale").

(Im)modificabilità del progetto di scissione

Al fine di tutelare in modo pieno ed effettivo il diritto di opposizione attribuito dall'ordinamento ai creditori sociali (art. 2503 c.c., meglio descritto nel prosieguo), è generalmente riconosciuto il principio di non modificabilità del progetto di scissione, nella parte in cui dette modifiche incidano sui diritti dei soci e dei terzi, ai sensi dell'art. 2502, comma s, c.c. (come richiamato dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c.), ove si prevede che "la decisione di [scissione] può apportare al progetto di cui all'articolo 2501-ter solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi" (sulle modifiche consentite si veda, in particolare, quanto precisato dal **Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, con Orientamento n. L.D.9.**). Ciò in quanto i soggetti legittimati all'opposizione ripongono pieno affidamento su quanto dichiarato nel progetto, che, se modificato, minerebbe alla radice le eventuali azioni intraprese dai soggetti menzionati a tutela delle proprie posizioni soggettive.

Detto principio è stato oggetto di un'autorevole conferma da parte di **Cass. 24 aprile 2003, n. 6526**, cit. (in tale pronuncia si può infatti leggere quanto segue: "il principio di immodificabilità del progetto di scissione vale nei confronti dei terzi, i quali, potendo opporsi alla scissione che pregiudichi i loro legittimi interessi, devono poter basare le loro valutazioni sul progetto depositato; esso, pertanto, non può essere invocato nei rapporti interni tra la società scissa e quella beneficiaria, che sono regolati dall'atto di scissione").

Tale principio di immodificabilità si riverbera, pur con modalità ed effetti del tutto differenti, anche in materia fiscale. Infatti, **C.T.P. Milano 2 marzo 2012, n. 48**, ha sostenuto che i valori indicati nel progetto di scissione non possano formare oggetto di rettifica, neppure da parte dell'autorità fiscale, "se non per errori considerati del tutto macroscopici".

Gli strumenti previsti dall'ordinamento a tutela dei creditori sociali

Come si è detto, la scissione ha generalmente un fine riorganizzativo, sia esso di assegnazione dell'intero patrimonio sociale a beneficio di un'entità terza, di frammentazione dello stesso fra la scissa e una o più beneficiarie, o anche di concentrazione fra imprese. La realizzazione dell'operazione può tuttavia comportare un grave rischio per i creditori sociali, in quanto l'assegnazione patrimoniale potrebbe essere mirata alla (o comunque avere come effetto la) riduzione della garanzia patrimoniale a beneficio dei creditori ai sensi dell'art. 2740 c.c.

Al fine di ovviare a tale criticità, il legislatore ha previsto due fondamentali rimedi: il primo di natura preventiva, il secondo successiva. Come si dirà, tali rimedi interagiscono in un rapporto di complementarietà, intervenendo, se del caso, in momenti distinti del procedimento di scissione (il primo fra la delibera assembleare e l'atto di scissione, il secondo a seguito dell'intervenuta efficacia dell'atto) e operando con modalità del tutto differenti (il primo è mirato a sospendere l'esecuzione della delibera assembleare, impedendo la stipula dell'atto di scissione, il secondo prevede un regime di tutela patrimoniale consistente nella responsabilità solidale delle società partecipanti alla scissione ed è volto a garantire piena tutela dei creditori in relazione alle obbligazioni non ancora adempite).

L'opposizione dei creditori

Il rimedio preventivo, sopra menzionato, consiste nel diritto di opposizione alla scissione da parte dei creditori sociali che ritengano la stessa possa produrre effetti pregiudizievoli nei loro confronti. L'opposizione, in particolare, mira a ottenere una pronuncia di sospensione degli effetti della delibera assembleare di scissione, che impedisca agli amministratori delle società coinvolte di addivenire al perfezionamento dell'atto di scissione.

Complementarietà del rimedio rispetto alla responsabilità solidale e caratteristiche dell'opposizione

La natura dell'atto di opposizione e il rito applicabile alla domanda di autorizzazione

A questo riguardo, l'art. 2503 c.c. (come richiamato dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c.) prevede che la scissione può essere attuata solo dopo che siano decorsi sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502 *bis* c.c., fermo restando che entro la scadenza di tale termine i creditori hanno il diritto di proporre opposizione all'operazione.

Per completezza, preme ricordare che le società coinvolte sono legittimate a non attendere il decorso del termine sopra menzionato nel caso in cui: (i) consti il consenso dei creditori sociali anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione prevista dall'art. 2501 *ter*, comma 3, c.c.; (ii) i creditori non consenzienti siano stati pagati; (iii) siano state depositate presso una banca somme corrispondenti ai crediti dei terzi che abbiano proposto opposizione o che comunque non risultino essere consenzienti. Inoltre, detto termine non trova applicazione ove la relazione degli esperti indipendenti di cui all'art. 2501 *sexies* (come richiamato dall'art. 2506 *ter*, comma 3, c.c.) sia redatta, per tutte le società partecipanti, dalla medesima società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità ai sensi dell'art. 2501 *sexies*, comma 6, c.c., che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori.

Anzitutto, occorre evidenziare che gli interpreti sostengono, con visione sostanzialmente unanime, che i due rimedi dell'opposizione e della responsabilità solidale operano in un regime di complementarietà. Estremamente chiaro sul punto è un recente arresto di merito - **Trib. Roma 12 giugno 2017**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* - ove il giudice capitolino ha dichiarato quanto segue: "la tutela dei creditori si realizza con il diritto di opposizione degli stessi alla progettata scissione, e con la disposizione che statuisce la responsabilità solidale (ancorché sussidiaria e limitata) delle società risultanti dalla scissione, per i debiti della scissa anteriori alla pubblicazione del progetto di scissione. L'opposizione costituisce strumento destinato ad operare ex ante come mezzo di conservazione della garanzia diretto a paralizzare gli effetti di atti dispositivi del patrimonio del debitore; per converso, il sistema delle responsabilità sussidiarie e solidali ex art. 2506 *quater* c.c. opera ex post ed è diretto a sostituire o integrare l'originaria garanzia, eventualmente lesa" (in senso del tutto analogo: **Trib. Milano 5 agosto 2016**, in questa *Rivista*, 2016, 11, 1304 ss., con nota di A. Stabilini; **Trib. Napoli 19 febbraio 2016**, in *DeJure*; **Trib. Milano 14 maggio 2015**, in *Giur. it.*, 2015, 7, 1650 ss., con nota di A. Bertolotti; **Trib. Milano 19 dicembre 2012**, in *Giur. it.*, 2013, 6, 1327 ss., con nota di S. Luoni).

Infatti, "va osservato che la richiamata responsabilità solidale è stata introdotta dal legislatore quale ulteriore strumento di tutela dei creditori, ma esso non può escludere l'interesse a proporre l'opposizione in esame, trattandosi di tutele differenti" (così **Trib. Napoli 19 febbraio 2016**, cit.).

Data la diversità degli scopi e degli effetti dei due strumenti in esame, non potrebbe in alcun modo sostenersi la loro alternatività, senza neppure considerare che quest'ultima non troverebbe alcun fondamento normativo nelle disposizioni di cui agli artt. 2506 ss. c.c. Come si è detto, infatti, il rimedio dell'opposizione interviene fra la delibera assembleare e l'atto di scissione, mirando a sospendere gli effetti della prima, laddove, invece, la responsabilità solidale assume rilevanza esclusivamente a seguito dell'intervenuta efficacia dell'atto (in sua assenza non si avrebbe alcun effetto giuridico derivante dalla scissione non compiuta, pertanto tale regime di responsabilità non potrebbe trovare applicazione alla radice).

Giova a questo proposito riportare due ulteriori precisazioni proposte da **Trib. Roma 12 giugno 2017**, cit.: da un lato, l'onere della prova ai fini dell'accoglimento della domanda di opposizione è posto in capo al creditore opponente, in ossequio al principio di cui all'art. 2697 c.c.; dall'altro, riprendendo un orientamento di merito risalente a prima della riforma del diritto societario, i creditori legittimati a proporre l'opposizione in parola sono anche i soggetti titolari di un diritto controverso o contestato, restando inteso che il giudizio di opposizione ha natura sommaria, non dovendo verificare con cognizione piena la sussistenza del diritto vantato.

Non vi è tuttavia unanimità di vedute sulla natura dell'atto di opposizione alla scissione. In particolare, è tuttora dubbio se si tratti di un atto avente natura giudiziale oppure stragiudiziale (oppure se abbia una natura particolare che legittimi la proposizione dell'opposizione in entrambe le forme).

In verità, la giurisprudenza di merito è giunta a conclusioni concordi sul punto, avendo ribadito in più occasioni la natura giudiziale dell'opposizione (in questo senso, seppur talvolta in materia di fusione: **Trib. Napoli 19 febbraio 2016**, cit.; **Trib. Milano 14 novembre 2011**, in *Giur. it.*, 2012, 6, 1351 ss.; **App. Genova 4 febbraio 2010**, in questa *Rivista*, 2010, 6, 751 ss., con nota di M. Brunialti; **Trib. Roma 18 dicembre 2008**, in *Foro it.*, 2009, 10, 2861 ss.; **Trib. Brescia, Giudice del Registro, 16 gennaio 2006**, in *Not.*, 2006, 2, 134 ss., con nota di A. Nigro; **Trib. Salerno 17 giugno 2003**, in *Foro it.*, 2004, 3, 933 ss.; si noti però che **Trib.**

Milano 10 marzo 2005 e Trib. Milano 25 febbraio 2005, in *DeJure* hanno ammesso la proponibilità dell'opposizione anche per via stragiudiziale).

In particolare, **Trib. Napoli 19 febbraio 2016**, cit. ha specificato che "il rimedio della opposizione in esame - qualificabile come a contenuto *lato sensu* cautelare avente la funzione di assicurare il permanere della garanzia generica sul patrimonio del debitore prevista dall'art. 2740 c.c. - ha natura contenziosa ed è diretto ad accertare l'insufficienza patrimoniale della società che risulta dalla fusione o scissione quale debitrice in luogo di quella originaria" (dello stesso avviso anche **Trib. Salerno 17 giugno 2003**, cit.).

Di diverso avviso, invece, il notariato, che ha recentemente sostenuto che "l'opposizione dei creditori alla fusione *ex art.* 2503 c.c. (o alla scissione *ex art.* 2506-ter, ultimo comma, c.c. che rinvia all'art. 2503 c.c.) ha natura di dichiarazione negoziale unilaterale recettizia, come tale da esercitarsi in via stragiudiziale (senza che sia necessaria, pertanto, la proposizione della stessa in via giudiziale), con conseguente onere per la società interessata di instaurare il relativo (successivo ed eventuale) giudizio" (**Consiglio Notarile di Roma, Massima n. 4**).

Quanto ai profili più strettamente processuali - concernenti il rito da seguire e, conseguentemente, la forma della domanda - si segnala che **Trib. Roma 18 dicembre 2008**, cit. ha esplicitamente dichiarato che l'opposizione può essere proposta sia nelle forme del processo ordinario di cognizione, sia in quelle del procedimento camerale nei confronti di più parti; al contrario, **Trib. Milano 10 marzo 2005**, cit. ha escluso l'utilizzabilità di tale secondo rito.

Con riguardo, invece, alla possibile richiesta di autorizzazione all'esecuzione della scissione, la giurisprudenza di merito ha sostenuto che essa - in quanto volta a ottenere una pronuncia che dichiari efficace la delibera assembleare di scissione, nonostante la precedente fruttuosa opposizione dei creditori sociali - debba essere proposta con ricorso al giudice dell'opposizione alla scissione, non potendo trovare applicazione il rito camerale di cui agli artt. 737 c.p.c. (**App. Genova 4 febbraio 2010**, cit.). Ciò, in particolare, data la natura "cautelare-anticipatoria - contenziosa" della domanda di autorizzazione di cui all'art. 2503 c.c., evenienza che porterebbe a escludere la rilevanza del rito camerale, tipico della giurisdizione volontaria non contenziosa.

(segue) Sospensione feriale dei termini

Infine, sotto un profilo strettamente operativo, occorre domandarsi se il termine di opposizione di cui all'art. 2503 c.c. sia soggetto al regime di sospensione feriale dei termini previsto dall'art. 1 della L. 7 ottobre 1969, n. 742 (nel periodo intercorrente fra l'1 e il 31 agosto di ogni anno).

Da un lato, **Trib. Brescia, Giudice del Registro, 16 gennaio 2006**, cit. ha fatto propria l'opinione secondo cui, data la natura giudiziale dell'atto di opposizione, la sospensione della decorrenza del termine dovrebbe trovare applicazione all'istituto in esame. Ciò per due ragioni: anzitutto, la mancata sospensione recherebbe un ingiusto pregiudizio al diritto di difesa dei creditori, che non potrebbero beneficiare di maggior termine per far valere le proprie ragioni in sede giudiziale; in secondo luogo, l'opposizione non dovrebbe essere annoverata fra i procedimenti cautelari di cui all'art. 92 ord. giud., cui non si applica, per evidenti ragioni di urgenza, l'art. 1 della L. 7 ottobre 1969, n. 742. (ma quest'ultimo argomento sembrerebbe porsi in contrasto con quanto sostenuto da **App. Genova 4 febbraio 2010**, cit., che ha ricondotto l'opposizione nel novero dei procedimenti aventi funzione cautelare, pur non pronunciandosi espressamente in materia di sospensione dei termini).

Giova segnalare che anche le due **Comunicazioni dei Conservatori dei Registri delle Imprese di Milano e Roma, datate, rispettivamente, 27 novembre 2012 e 24 luglio 2013** si sono espresse nel senso dell'applicabilità della sospensione feriale dei termini.

Dall'altro, **Trib. Milano, Giudice del Registro, 7 novembre 2004, n. 59**, facendo propria la soluzione contraria, ha ordinato al Conservatore del Registro delle Imprese di iscrivere un atto per la cui stipula non si era tenuto conto della sospensione feriale, dichiarando inapplicabile all'opposizione l'art. 1 della L. 7 ottobre 1969, n. 742.

Soluzione sostenuta anche dal **Consiglio Notarile di Roma**, che con la propria **Massima n. 4**, dando per assunta la natura stragiudiziale dell'opposizione alla scissione, ha rilevato che si debba ritenere "valida ed efficace l'attuazione della fusione (o della scissione) che avvenga decorsi sessanta giorni (o trenta giorni nei casi in cui ciò sia concesso dalla legge o, comunque, decorsi i diversi termini abbreviati previsti dalla legislazione speciale) dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502-bis c.c. delle relative deliberazioni/decisioni, senza che il termine in questione sia soggetto alla sospensione feriale di cui alla legge 7 ottobre 1969, n. 742" (soluzione già fatta propria, seppur con motivazioni differenti, dal **Consiglio Notarile di Milano, con Massima n. 62**).

La responsabilità solidale per l'adempimento delle obbligazioni "comuni": caratteristiche e limiti

Una delle norme più dibattute fra gli interpreti in ambito di scissione, che ha portato a numerose pronunce giurisprudenziali, talvolta contrastanti, riguarda la responsabilità delle società partecipanti all'operazione per i debiti originariamente facenti capo alla scissa. Tale regime di responsabilità, come si è accennato, costituisce un fondamentale rimedio *ex post* previsto dall'ordinamento a tutela della posizione dei creditori sociali. La disciplina positiva prevede, infatti, un articolato sistema di responsabilità delle imprese coinvolte, a seconda, da un lato, della totalità o parzialità dell'operazione e, dall'altro, della puntuale desumibilità dal progetto di scissione della destinazione dei cespiti passivi.

In particolare: (a) se la destinazione degli elementi patrimoniali passivi è desumibile in modo certo dal progetto di scissione, ciascuna società risulterà solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto a essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico (art. 2506 *quater*, comma 3, c.c.); (b) nel caso, invece, in cui la destinazione sia incerta, risponderanno le solidalmente le beneficiarie ove si tratti di scissione totale oppure la scissa e le beneficiarie nel caso di scissione parziale, in ogni caso entro il limite del valore effettivo del patrimonio netto (2506 *bis*, comma 3, c.c.). Tali previsioni recepiscono quanto disposto dall'art. 12, par. 3 della Dir. 82/891/CEE, il quale prevede che "nella misura in cui non sia stato soddisfatto un creditore della società alla quale è stato trasferito l'obbligo, conformemente al progetto di scissione, le società beneficiarie sono solidalmente responsabili di questo obbligo. Gli Stati Membri possono limitare questa responsabilità all'attivo netto attribuito ad ogni società diversa da quella cui l'obbligo è stato trasferito".

Il fine della norma è evidentemente quello di garantire l'invarianza della garanzia patrimoniale di cui disponevano i creditori della scissa anche a seguito del perfezionamento dell'operazione, ai sensi dell'art. 2740 c.c., infatti "il debitore non può con un suo atto unilaterale, qual è la scissione rispetto ai creditori, diminuire la garanzia patrimoniale di cui essi godono" (così **Trib. Milano 2 gennaio 2013**, in *Giur. mer.*, 2013, 4, 818 ss., con nota di D. Simeoli; in tal senso anche **Cass. 17 aprile 2015, n. 7914**, cit.).

Natura e operatività della responsabilità

Da un primo punto di vista, occorre rilevare una differenza nel dato normativo a seconda della certa desumibilità o meno della destinazione del debito. Nel caso in cui non vi sia certa destinazione, la società cui l'obbligazione non faccia carico risponderà in via solidale e diretta, ossia senza che venga richiesta alcuna attività preliminare da parte del creditore; diversamente, ove la destinazione sia chiaramente evincibile dal progetto di scissione, detta società risponderà in via solidale e sussidiaria, ossia nella misura in cui la società direttamente debitrice non soddisfi la pretesa creditoria.

Come ben sintetizzato da **Trib. Torino 21 luglio 2009**, in *Giur. it.*, 2010, 1, 121 ss., "la diversa ratio delle due norme è abbastanza chiara: nell'ipotesi di cui all'art. 2506 *bis* c.c., non essendo possibile stabilire a carico di quale società sia stato posto il debito, viene prevista una responsabilità solidale e diretta di tutte le società coinvolte della scissione (la società scissa e le società beneficiarie) in modo da fornire la massima tutela al creditore; nell'ipotesi di cui all'art. 2506 *quater* c.c., essendo invece possibile stabilire a carico di quale società sia stato posto il debito, viene prevista la responsabilità solidale di tutte le società, ma soltanto in via sussidiaria, e cioè per i debiti non soddisfatti dalla società a cui sono stati posti a carico".

Il fatto che la responsabilità solidale di cui all'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. abbia carattere sussidiario, come emerge chiaramente dal dato letterale della disposizione, ha trovato numerose conferme da parte della giurisprudenza di legittimità e di merito, fra cui pare opportuno segnalare: **Cass. 7 marzo 2016, n. 4455**, in questa *Rivista*, 2016, 7, 800 ss., con nota di F. Urbani, in *Giur. comm.*, 2016, 5, 972 ss., con nota di G. Salatino, in *Giur. it.*, 2016, 5, 1135 ss., con nota di A. Bertolotti; **Cass. 17 aprile 2015, n. 7914**, cit.; **Cass. 22 dicembre 2014, n. 27231**, in *Pluris*; **Cass. 31 maggio 2012, n. 8781**, in *Pluris*; **Cass. 4 giugno 2009, n. 12896**; **Cass. 24 aprile 2003, n. 6526**, cit.; **Cass. 28 novembre 2001, n. 15088**, in questa *Rivista*, 2002, 11, 1377 ss., con nota di F. Fimmanò, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 1, 131 ss., con nota di M. Notari - M. Ventrone, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 11-12, 351 ss., con nota di C. Caruso; **Trib. Milano 14 maggio 2015**, cit.; **Trib. Arezzo 27 febbraio 2015**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Milano 23 luglio 2013**, in questa *Rivista*, 2014, 4, 407 ss., con nota di E. Civerra, in *Giur. comm.*, 2015, 2, 410 ss., con nota di G. Grosso, *Giur. it.*, 2013, 12, 2545 ss., con nota di A. Bertolotti; **Trib. Milano 19 dicembre 2012**, cit.; **Trib. Torino 21 luglio 2009**, cit.; **Trib. Roma 3 agosto 2006**, in *DeJure*.

Beneficium excussionis e beneficium ordinis

Differente e più complessa è la domanda relativa all'effettiva portata del precetto di cui all'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. In particolare, gli interpreti si sono domandati se il vincolo di sussidiarietà sopra richiamato operi come un vero e proprio *beneficium excussionis* a favore del debitore solidale non assegnatario del cespite passivo, oppure se essa consista in un più

debole *beneficium ordinis*, con evidente vantaggio per il terzo creditore, che potrà agire più agevolmente e celermente nei confronti delle altre società partecipanti all'operazione.

La giurisprudenza è giunta nel tempo a soluzioni contrastanti.

Un primo orientamento - invero più rigoroso e condiviso dalla dottrina maggioritaria - ha sostenuto la presenza di un beneficio di preventiva escussione del patrimonio del debitore cui faccia capo l'obbligazione. In base a tale visione, il creditore, prima di agire nei confronti dei condebitori, dovrebbe aggredire in via esecutiva il patrimonio dell'entità cui sia stato assegnato il cespite passivo o in capo alla quale esso sia rimasto (**Cass. 17 aprile 2015, n. 7914**, cit., pur in *obiter dictum*; **Cass. 22 dicembre 2014, n. 27231**, cit.; **Cass. 28 novembre 2001, n. 15088**, cit.; **Trib. Lecce 12 luglio 2016**, in *Pluris*; **Trib. Milano 23 luglio 2013**, cit.; **Trib. Milano 2 gennaio 2013**, cit.; **Trib. Milano 19 dicembre 2012**, cit.; **Trib. Torino 21 luglio 2009**, cit.; **Trib. Roma 3 agosto 2006**, cit.).

Ciò non pregiudica la possibilità per la società non assegnataria di richiedere, in sede cognitiva, l'accertamento dell'entità della propria (possibile) responsabilità anche prima dell'avvenuta escussione dell'assegnataria, come confermato da **Cass. 28 novembre 2001, n. 15088**, cit., che ha difatti precisato che "la previsione del *beneficium escussionis* a favore della società beneficiaria la cui responsabilità sia limitata secondo la previsione dell'art. 2504 *decies* c.c. non fa, però, venire meno il suo interesse ad una dichiarazione, in sede cognitiva, di tale limite della propria responsabilità solidale per il debito della società scissa, e quindi ad un accertamento della situazione che di tale limite è il presupposto e, nel caso positivo, dell'entità di esso".

Di avviso opposto è invece un secondo filone giurisprudenziale, confermato recentemente da **Cass. 7 marzo 2016, n. 4455**, cit., ove si è sostenuto che "è ragionevole escludere che la norma riconosca un beneficio di previa escussione, perché, nei casi in cui è previsto, tale beneficio è sempre riferito al patrimonio (artt. 563, 1944, 2268 e 2304 c.c.) o al debitore da sottoporre a esecuzione forzata (art. 2393 *bis*, e art. 2868 c.c.). Mentre la norma in esame presuppone solo che i crediti da far valere siano rimasti insoddisfatti. Prevede dunque solo un *beneficium ordinis*, che, secondo la giurisprudenza di questa corte, presuppone esclusivamente la costituzione in mora del debitore" (in tal senso anche **Cass. 24 aprile 2003, n. 6526**, cit.). Tale soluzione - fatta propria anche da alcune pronunce di merito (**Trib. Milano 5 agosto 2016**, cit.; **Trib. Milano 23 aprile 2015**, in *Giur. it.*, 2015, 7, 1650 ss., con nota di A. Bertolotti) - mira evidentemente a garantire una più incisiva tutela della posizione degli originari debitori della società scissa, ai quali sarà consentito esigere l'adempimento dell'obbligazione sia da parte dell'entità cui essa faccia capo, sia dalle condebitrici, a fronte della semplice messa in mora del debitore. Le argomentazioni utilizzate dalla Corte di Cassazione, sopra riportate, unitamente al dato letterale della norma di cui all'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. e alla *ratio* della medesima, paiono condurre, correttamente, alla tesi in ragione della quale risulterebbe sufficiente la mera richiesta stragiudiziale di pagamento e la conseguente mora del debitore ai fini dell'attivazione della garanzia solidale e sussidiaria delle società partecipanti alla scissione.

Valore effettivo del patrimonio netto

Come si è detto, la responsabilità solidale delle società partecipanti all'operazione di scissione - nei due casi regolati dagli artt. 2506 *quater*, comma 3, c.c. e 2506 *bis*, comma 3, c.c. - è limitata al "valore effettivo del patrimonio netto" assegnato o rimasto. Tale previsione ha un evidente intento antielusivo. Essa mira, infatti, ad assicurare da un punto di vista sostanziale l'invarianza della consistenza patrimoniale posta a garanzia della posizione obbligatoria dei creditori prima e dopo la scissione, motivo per cui la legge prevede l'obbligo di indicazione di tale valore sin dai primi adempimenti costituenti l'*iter* di realizzazione dell'operazione: il valore in oggetto deve essere infatti indicato, da parte degli amministratori, nella propria relazione ai sensi dell'art. 2501 *quinquies* c.c. (come richiamato dall'art. 2506 *ter*, comma 2, c.c.). La norma risulta però vaga nella propria formulazione, infatti il legislatore non specifica cosa debba intendersi con la locuzione in oggetto. A tale lacuna hanno supplito le interpretazioni dottrinali e, in particolar modo, giurisprudenziali.

La giurisprudenza di merito ha avuto modo di affrontare in più occasioni la questione. Segnatamente, essa ha concluso che il "valore effettivo del patrimonio netto" debba essere calcolato a valori correnti rettificati e non a valori storici o contabili, così da garantire pienezza alla tutela concessa ai creditori, che potranno fare affidamento su una capienza patrimoniale quanto più efficace (**Trib. Milano 14 maggio 2015**, cit.; **Trib. Milano 23 luglio 2013**, cit.; **Trib. Verona 20 novembre 2012**, in *Notariato*, 2013, 2, 157 ss., con nota di V. Sangiovanni). Pertanto la responsabilità solidale "opera nei limiti del valore del patrimonio netto conferito quale effettivamente risultante al momento dell'operazione di scissione e non come dichiarato", dovendosi avere riguardo alla sua consistenza effettiva rettificata e non alle mere risultanze contabili (così **Trib. Roma 12 giugno 2017**, cit.).

Inoltre, onde garantire piena efficacia allo strumento in discussione, pare condivisibile un risalente orientamento - sostenuto da **App. Torino 24 agosto 2000**, in *Foro. it.*, 2001, 2, 696 ss., con nota

La responsabilità solidale per l'adempimento delle obbligazioni tributarie: caratteristiche e limiti

di M. Silvetti - secondo il quale i terzi creditori avrebbero la possibilità di opporsi in via giudiziale alla determinazione del valore effettivo del patrimonio netto, oppure agire giudizialmente perché quest'ultimo sia determinato *ex novo* nel caso in cui l'organo amministrativo fosse stato esonerato dall'obbligo di redazione della relazione illustrativa con decisione unanime dei soci, ai sensi dell'art. 2506 *ter*, comma 4, c.c.

Da ultimo, preme richiamare la posizione assunta da **Cass. 7 marzo 2016, n. 4455**, cit., secondo la quale il limite dal valore effettivo del patrimonio netto assegnato o rimasto "definisce la misura del credito azionabile nei confronti delle società non beneficiarie, non la misura della garanzia patrimoniale prestata dal debitore. Sicché ciascuna delle società risultanti dalla scissione può essere chiamata a rispondere solidalmente del passivo consolidato, ma solo la società cui il debito è trasferito o mantenuto ne risponde per intero, mentre le altre società ne rispondono solo nei limiti della quota di loro spettanza su quanto al momento della scissione era effettivamente disponibile per il soddisfacimento dei creditori". Pertanto, alla società scissa sarà imputabile una posizione debitoria dell'ammontare massimo pari al valore effettivo del patrimonio netto rimastole in capo, non una posizione debitoria maggiore (corrispondente all'intero ammontare del credito vantato dal terzo) caratterizzata da una limitazione della responsabilità patrimoniale pari a detto valore. In concreto, ciò implica che - una volta sorta la posizione debitoria a seguito del mancato pagamento e della costituzione in mora della beneficiaria - la posizione patrimoniale della scissa vedrà sorgere un elemento passivo corrispondente (nel massimo) al "valore" in commento, non una superiore a quest'ultimo, pur limitata nell'ammontare della responsabilità. La solidarietà passiva della scissa avrà dunque carattere "diseguale" rispetto a quella dell'assegnataria del debito, ai sensi dell'art. 1293 c.c.

Del tutto differente è, invece, il regime di responsabilità delle società partecipanti alla scissione per l'adempimento delle obbligazioni tributarie. Anzitutto, occorre richiamare la normativa rilevante.

Da un lato, in materia di somme dovute a titolo di imposta, l'art. 173, commi 12 e 13, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (T.U. delle Imposte sui Redditi) prevede che "gli obblighi tributari della società scissa riferibili a periodi di imposta anteriori alla data dalla quale l'operazione ha effetto sono adempiuti in caso di scissione parziale dalla stessa società scissa o trasferiti, in caso di scissione totale, alla società beneficiaria appositamente designata nell'atto di scissione [restando inteso che] le altre società beneficiarie sono responsabili in solido per le imposte, le sanzioni pecuniarie, gli interessi e ogni altro debito e anche nei loro confronti possono essere adottati i provvedimenti cautelari previsti dalla legge". Dall'altro, in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, l'art. 15, comma 2, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, prevede, con simile tenore, che "nei casi di scissione anche parziale di società od enti, ciascuna società od ente è obbligato in solido al pagamento delle somme dovute per violazioni commesse anteriormente alla data dalla quale la scissione produce effetto".

Si può rilevare, dunque, un radicale disallineamento rispetto alla disciplina ordinaria di cui agli artt. 2506 *quater*, comma 3, c.c. e 2506 *bis*, comma 3, c.c., riferibili alle obbligazioni "comuni". In primo luogo, l'obbligazione solidale non ha carattere sussidiario, non essendo menzionato il requisito della non soddisfazione del credito vantato dall'Erario nei confronti dell'entità cui faccia capo la voce debitoria. Inoltre, è del tutto assente qualsivoglia riferimento al limite della responsabilità, sicché le società partecipanti non potranno opporre la soglia del valore effettivo del patrimonio netto assegnato o rimasto, a seconda del caso.

Tali differenze sono state valorizzate e confermate da numerose pronunce di legittimità, che hanno avuto modo di precisare quanto segue: "in tema di scissione (anche parziale, e non solo totale [...]), per i debiti fiscali della società scissa relativi a periodi d'imposta anteriori all'operazione rispondono solidalmente ed illimitatamente tutte le società partecipanti alla scissione [...] differentemente dalla disciplina della responsabilità relativa alle obbligazioni civili, per la quale, invece, gli artt. 2506 *bis*, comma 2 e 2506 *quater*, comma 3, c.c., prevedono precisi limiti" (così **Cass. 16 novembre 2016, n. 23342** e **Cass. 29 novembre 2016, n. 24207**, entrambe in www.dirittobancario.it, con nota di R. Scalia, *Riv. dir. trib.*, supplemento *online*, con nota di B. Denora; in tal senso, fra le molte, **Cass. 11 maggio 2016, n. 9594**, in *Pluris*, **Cass. 24 giugno 2015, n. 13061**, in *Pluris*, **Cass. 24 giugno 2015, n. 13059**, in *Notariato*, 2015, 5, 544 ss., con nota di P. Puri e T. Tassani, nonché **C.T.R. Lazio 31 gennaio 2014, n. 549**, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 9, 382 ss., con nota di F. Dami e in www.ilcaso.it, con nota di A. Crenca).

Disciplina particolare che si applica - secondo quanto statuito da **C.T.R. Lazio 31 gennaio 2014, n. 549**, cit. - anche all'Imposta sul Valore Aggiunto e all'Imposta Regionale sulle Attività Produttive, data l'ampiezza del dato letterale di cui all'art. 173, comma 13, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

A tale riguardo, peraltro, **Cass. 3 novembre 2016, n. 22225**, in *Pluris*, ha confermato che le norme tributarie sopra riportate individuano ipotesi di *leges speciales* rispetto alla, pur più

Concorso fra responsabilità per obbligazioni "comuni" e tributarie

Rimessione alla Corte Costituzionale

recente, disciplina codicistica, ben potendo derogarla trattandosi di fondi del medesimo rango.

La posizione rivestita dall'Erario ha dunque portato a un (troppo) forte sbilanciamento nell'ambito della responsabilità solidale delle società partecipanti alla scissione per debiti assegnati o rimasti in capo ad altre entità. Se da un lato i creditori "comuni" patiscono il limite del valore effettivo del patrimonio netto nelle proprie pretese nei confronti dei condobitori (come anche del vincolo di sussidiarietà, nel caso di certa desumibilità della destinazione del cespite passivo), dall'altro l'obbligazione tributaria risulta essere dotata *ex lege* di una particolare forma di tutela, che libera l'Erario sia dall'eventuale onere delle sussidiarietà, sia dal limite di proponibilità di un'azione nei soli limiti del valore effettivo del patrimonio netto. La conclusione descritta, per quanto apparentemente aderente al dettato letterale delle disposizioni in esame, pare contrastare irrimediabilmente con la *ratio* della disciplina dettata, in via generale, dagli artt. 2506 *quater*, comma 3, c.c. e 2506 *bis*, comma 3, c.c., il cui scopo sembra essere quello di delineare, in generale, le caratteristiche della scissione societaria e i suoi limiti.

La soluzione sostenuta dalla copiosa e autorevole giurisprudenza sopra citata ha peraltro suscitato dubbi sulla compatibilità con il dettato costituzionale, come si vedrà meglio nel prosieguo.

L'analisi di tale regime speciale porta tuttavia a porsi un ulteriore quesito, la cui soluzione pare senza dubbio idonea a incidere marcatamente sulla sorte delle operazioni in parola.

Assunto che le obbligazioni tributarie non sono soggette al rigoroso limite quantitativo di responsabilità coincidente - per le società corresponsabili - con il valore effettivo del patrimonio netto assegnato o rimasto, occorre domandarsi se il pagamento di un debito in favore dell'Erario per un ammontare possibilmente superiore al predetto limite porti a una "saturazione" dello stesso, consentendo alla società di eccepire il raggiungimento di tale soglia al fine di contrastare efficacemente le eventuali successive pretese avanzate da terzi creditori "comuni". In breve: la responsabilità per obbligazioni passive tributarie sfugge del tutto al limite di cui agli artt. 2506 *quater*, comma 3, c.c. e 2506 *bis*, comma 3, c.c. oppure contribuisce al raggiungimento dello stesso? La risposta a tale quesito ha effetti pratici non marginali. Ove si ritenga corretta la prima soluzione, la responsabilità solidale risulterà "divisa": da un lato l'Erario potrà far valere una responsabilità illimitata, dall'altro i restanti creditori potranno far valere in ogni caso la responsabilità solidale delle società partecipanti all'operazione, sino a concorrenza del citato limite. Nel caso in cui, invece, si accolga la seconda soluzione, l'eventuale responsabilità tributaria, se fatta valere prima di quella di diversa natura, eroderà il limite abbattendo le possibilità di soddisfazione dei terzi creditori, con evidente vantaggio per l'entità responsabile.

A questo riguardo assume particolare rilievo una recente pronuncia di merito, la quale ha fatto propria la seconda tesi (estremamente svantaggiosa per la società, ma in grado di garantire maggior tutela per i creditori sociali, anche nel caso in cui l'Erario abbia già agito per il recupero del proprio credito, possibilmente superiore rispetto al valore effettivo del patrimonio netto), enunciato il principio secondo cui "in ipotesi di concorso tra crediti tributari e crediti non tributari, la società beneficiaria della scissione [deve] soddisfare i secondi entro il limite dell'attivo netto trasferito (artt. 2506 *bis*, co. 3, e 2506 *quater*, co. 3, c.c.), senza, tuttavia, che tale limite sia inciso dal pagamento dei debiti tributari, sottoposti al diverso e più favorevole regime di cui all'art. 173, co. 13, terzo periodo, T.U.I.R. (che prevede una responsabilità illimitata, salvo il regresso)" (**Trib. Benevento 22 agosto 2016**, in www.ilcaso.it).

La marcata disparità di trattamento derivante dalla natura dell'obbligazione (meglio, dalla qualità soggettiva del terzo creditore) e l'incoerenza, non solo con la disciplina generale codicistica, ma anche con le diverse norme tributarie applicabili ad altre forme di operazioni straordinarie, ha portato la giustizia tributaria a sollevare questione di legittimità costituzionale delle disposizioni in discussione. Statuisce a questo proposito **C.T.P. Pisa, ordinanza 10 dicembre 2015, n. 322**, in *Corr. trib.*, 2016, 12, 952 ss., con nota di M. Palmeri che "questa Commissione, pertanto, ritiene che, nonostante ogni sforzo interpretativo che sia conforme ai principi costituzionali di ragionevolezza e uguaglianza e di imposizione adeguata all'effettiva capacità contributiva, il dettato normativo di cui agli artt. 173, comma 13, del TUIR e 15, comma 2, del D.Lgs. n. 472 del 1997 non possa che essere interpretato nella sua formulazione letterale nel senso che, nel caso che ne occupa, ovvero di scissione parziale, la società beneficiaria risponde solidalmente, senza limitazioni, dei debiti pregressi della società scissa, come sostenuto dalla difesa delle parti resistenti [...]. Ora siffatta conclusione offre motivo di dubbio di costituzionalità, in relazione ai vizi dedotti in ricorso, sia in riferimento all'art. 3 che all'art. 53 della Costituzione. La questione appare, infatti, ad avviso di questa Commissione, non manifestamente infondata, non essendo, appunto, possibile non dubitare che, nel caso di

Lo scioglimento della società

scissione, ed in particolare di scissione parziale, come nella specie, ove, peraltro, rimane in essere la società originaria debitrice, poi, scissa, cui si aggiunge la costituzione di un'altra, o più, società, tutte con il loro patrimonio, la diversa disciplina, in riferimento alla beneficiaria, per i debiti civilistici, limitati alla quota di patrimonio netto attribuito ed, invece, illimitata, per i debiti tributari, confligga con i principi costituzionali di uguaglianza e di effettiva capacità contributiva del debitore coobbligato".

Si auspica che la questione, di indubbia rilevanza non solo da un punto di vista teorico, ma anche pratico, venga risolta dalla Corte Costituzionale, al fine di fugare i dubbi (attualmente presenti fra gli interpreti) circa la legittimità e l'aderenza ai principi fondamentali dell'ordinamento del quadro normativo in esame, attualmente assai frammentato e di incerta applicazione.

Se la finalità "immediata" della scissione è generalmente riorganizzativa (di assegnazione o frammentazione del patrimonio sociale, a seconda della totalità o parzialità della stessa), lo scopo "mediato" può ben essere quello di scioglimento della società (o meglio, nel caso di scissione parziale, di cessazione dallo svolgimento di una particolare attività). L'art. 2506, comma 3, c.c. precisa infatti che "la società scissa può, con la scissione, attuare il proprio scioglimento senza liquidazione".

Come rilevato dalla giurisprudenza di merito - **Trib. Verona 20 novembre 2012**, cit. - "con la scissione si possono infatti separare i vari settori produttivi, rendendo così possibile la liquidazione di quelli in perdita, che potrebbero essere trasferiti a società beneficiarie da estinguere, oppure cedere a terzi settori redditizi dell'azienda, mantenendo in capo alla società scissa le attività da destinare alla liquidazione". In questo senso si apprezza in modo compiuto la capacità riorganizzativa dell'istituto in esame, soprattutto nell'ambito di più ampie operazioni di ristrutturazione di gruppo, anche in situazioni di crisi aziendale.

Tuttavia, per quanto tale fine sia lecitamente perseguibile, la citata pronuncia ha posto l'attenzione sul possibile intento elusivo della scissione, con particolare riferimento al caso in cui la stessa sia strutturata in modo tale da minare la funzione di garanzia del patrimonio in favore dei creditori sociali, sviando cespiti patrimoniali di significativo valore dalla scissa a favore di una o più entità, con l'intento (possibilmente conosciuto e perseguito dagli amministratori e dai soci) di sottrarre i beni da possibili azioni giudiziarie promosse dai creditori non ancora soddisfatti.

(In)validità dell'atto di scissione

Come si è accennato nei paragrafi precedenti, l'ordinamento prevede uno stringente limite per tutelare la stabilità degli effetti dell'operazione e la posizione dei terzi che abbiano intrattenuto rapporti con le società coinvolte. Una volta che sia stata eseguita l'iscrizione dell'atto di scissione presso il Registro delle Imprese, non può più essere pronunciata l'invalidità dell'atto medesimo, ferma restando la sopravvivenza della tutela risarcitoria, ove ne ricorrano i presupposti (art. 2504 *quater* c.c., come richiamato dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c.).

La finalità è evidente: cristallizzare gli effetti della scissione e impedire la possibile esecuzione di un'eccessivamente oneroso e complesso ripristino della situazione precedente alla stessa. Tale fondamentale principio è stato recentemente confermato da **Cass. 20 novembre 2013, n. 26043**, cit., ove si è precisato che tale preclusione opera anche laddove l'operazione realizzata contrasti con i principi regolatori dell'istituto (nel caso di specie si trattava di un'operazione di "scissione reale negativa", realizzata in violazione della normativa codicistica). Ciò con riferimento all'eventuale violazione sia delle norme mirate a regolare la struttura dell'operazione, sia di quelle riguardanti il procedimento di approvazione ed esecuzione della stessa (così **Cass. 20 dicembre 2005, n. 28242**, in questa *Rivista*, 2006, 11, 1385 ss., con nota di G. Zagra, *Giur. comm.*, 2007, 2, 339 ss., con nota di G. Guerrieri). La giurisprudenza di merito ha, non a caso, parlato di "effetto sanante di qualsiasi vizio del procedimento, legato alla pubblicità tramite l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese" (**Trib. Roma 7 luglio 2015**, in questa *Rivista*, 2015, 10, 1101 ss., con nota di V. Salafia; nello stesso senso anche **Trib. Bologna 13 febbraio 2015**, cit.; **Trib. Milano 12 marzo 2014**, cit., che, come si è già accennato, ha ritenuto inoppugnabile una scissione realizzata in violazione del principio di neutralità economica; **Trib. Milano 8 settembre 2003**, in *Giur. comm.*, 2005, 2, 198 ss., con nota di P.D. Beltrami).

A questo proposito giova ricordare che **Trib. Roma 7 luglio 2015**, cit. ha precisato che "l'effetto 'sanante' correlato alla pubblicità dell'atto di scissione riguarda unicamente le disposizioni strettamente inerenti all'operazione di scissione, senza poter coinvolgere quelle determinazioni che si palesano autonome e distinte rispetto alla stessa".

Inoltre, pur in materia di fusione, secondo **Trib. Milano 8 settembre 2003**, cit., la sanatoria si estenderebbe alle cause di inefficacia dell'atto, non limitandosi a quelle di invalidità.

La responsabilità civile degli amministratori in caso di "danno da scissione"

Né devono considerarsi autonomamente impugnabili - per vizi che comportino l'annullabilità o la nullità dell'atto - le deliberazioni assunte dal consiglio di amministrazione e dall'assemblea, in quanto parte fondante e necessaria del complesso *iter* di approvazione ed esecuzione della scissione, non dotate di una tale autonomia da poter sfuggire alla preclusione in esame (**Trib. Roma 7 luglio 2015**, cit.).

È stato altresì precisato - da **Cass. 20 dicembre 2005, n. 28242**, cit. - che l'invalidità non potrebbe essere pronunciata neppure nel caso la stessa fosse richiesta quale fondamento di una successiva (eventuale) domanda risarcitoria da proporre nei confronti dei membri degli organi sociali, evenienza che porterebbe a un facile aggiramento del divieto sancito dall'art. 2504 *quater* c.c.

Come si è detto, l'art. 2504 *quater* c.c. (richiamato dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c.) impedisce ogni pronuncia sull'invalidità della scissione una volta che sia stata eseguita l'iscrizione del relativo atto presso il Registro delle Imprese. I soggetti eventualmente danneggiati dall'operazione non sono tuttavia privi di strumenti di tutela: l'art. 2504 *quater*, comma 2, c.c. fa infatti salvo il diritto dei soci e dei terzi danneggiati al risarcimento dei danni patiti.

A questo riguardo pare anzitutto utile ricordare che, come noto, gli amministratori, quali esclusivi detentori del potere gestorio dell'impresa ai sensi dell'art. 2380 *bis* c.c., sono chiamati ad adempiere ai doveri a essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (art. 2392, comma 1, c.c.) e, in ogni caso, ad agire in modo informato (art. 2381, comma 6, c.c.). Per quanto tale generale regime di responsabilità subisca alcune importanti limitazioni, ad esempio nel caso di attribuzione totale o parziale dei poteri gestori a uno o più membri dell'organo di appartenenza, esso costituisce il cardine normativo in materia di responsabilità degli amministratori per fatti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni. Chiaramente, il presupposto fondamentale perché gli amministratori possano essere ritenuti responsabili di un evento dannoso è che la condotta contestata appartenga al novero delle funzioni gestorie propriamente intese, ossia che essa rientri fra le attività per le quali la legge prevede gli stringenti obblighi di diligenza indicati dall'art. 2392 c.c.

In relazione all'istituto in esame, occorre rilevare che gli amministratori svolgono un ruolo fondamentale nell'*iter* di scissione: dal momento "propulsivo" della redazione del progetto di scissione (unico documento irrinunciabile da parte dei soci), alla convocazione assembleare (che non può essere richiesta dai soci ai sensi dell'art. 2367 c.c. in quanto "l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori"), dal coinvolgimento dei terzi coinvolti nel procedimento (primo fra tutti l'esperto indipendente chiamato a redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio), all'attuazione dell'operazione mediante la sottoscrizione dell'atto pubblico di scissione, una volta decorso il termine per l'opposizione dei creditori. Tuttavia, non può non rilevarsi come la scissione sia fondamentalmente un atto dei soci, i quali hanno l'esclusivo potere di deliberarla in sede assembleare; potere che non può essere ricondotto a una semplice funzione autorizzativa ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5), c.c., ma a una vera e propria attribuzione decisoria.

Da tali assunti la giurisprudenza di legittimità ha recentemente fatto discendere il principio in ragione del quale gli amministratori non possono essere ritenuti responsabili per la realizzazione della scissione in quanto tale, poiché se così fosse si fuoriuscirebbe "dall'ambito proprio della responsabilità degli amministratori: la scissione non può invero considerarsi atto gestorio dell'impresa amministrata, imputabile all'amministratore, essendo invece atto della stessa società amministrata, ai cui soci spetta la scelta di procedervi" (**Cass. 17 aprile 2015, n. 7914**, cit.).

Peraltro, tale pronuncia ha chiarito, anticipando possibili obiezioni, che, anche ove fosse ritenuta provata la natura gestoria dell'operazione, occorrerebbe valutare la sussistenza di un danno effettivo e non meramente potenziale cagionato dalla condotta degli amministratori. A tale proposito, tuttavia, assume rilievo determinante la disciplina sopra descritta in materia di responsabilità solidale fra le società partecipanti alla scissione. Come ben sintetizzato dalla Corte di Cassazione, "i creditori della società scissa continuano, anche dopo l'atto di scissione, a confidare sulle medesime garanzie patrimoniali che assistevano prima dell'atto le loro ragioni [in forza delle norme di favore regolanti la responsabilità solidale, pertanto] non può ritenersi sufficiente alla affermazione di una responsabilità dell'amministratore [...] il solo fatto della diminuzione patrimoniale della società scissa conseguente alla scissione, occorrendo invece che chi afferma tale responsabilità dimostri la sussistenza di un danno effettivamente subito dai creditori a causa dell'atto stesso" (**Cass. 17 aprile 2015, n. 7914**, cit.).

Gli amministratori non potranno pertanto essere ritenuti responsabili per l'assegnazione o il frazionamento del patrimonio sociale originario in quanto tali, non essendo l'esecuzione della scissione un atto gestorio riconducibile alla responsabilità di tali soggetti.

Revocatoria ordinaria e fallimentare

Tuttavia, nel caso in cui si manifestino condotte di *mala gestio* da parte degli amministratori legati alla realizzazione di atti illegittimi o viziati nell'ambito del procedimento di scissione - ossia di atti pertinenti alle funzioni gestorie attribuite dalla legge agli amministratori - essi potranno essere ritenuti responsabili ai sensi del citato art. 2504 *quater*, comma 2, c.c. nel caso in cui si realizzi un concreto danno in capo ai soci o ai terzi.

A questo riguardo, **Trib. Milano 27 novembre 2008**, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 10-12, 203 ss., con note di C. Lazzaro e G.B. Macrì Pellizzeri, ha chiarito, pur in materia di fusione, che le azioni volte a ottenere il risarcimento del danno patito possono essere promosse dai soci della scissa e della beneficiaria, nonché dai terzi eventualmente danneggiati, ma in nessun caso dalla società stessa; legittimati passivi sono invece gli amministratori della scissa e della beneficiaria, i rispettivi sindaci, gli esperti coinvolti e, se intervenuto nel procedimento di scissione, il soggetto incaricato della revisione legale dei conti.

Infine, la giurisprudenza di merito ha evidenziato che, nel caso di fallimento della società, "il curatore non può ritenersi legittimato ad esercitare l'azione ai sensi dell'art. 2504 *quater* c.c. in quanto lo stesso (portatore degli interessi della massa dei creditori della società fallita o degli interessi della società stessa) non può ricomprendersi nel novero dei terzi danneggiati dall'operazione di scissione (né tantomeno può ricomprendersi nella categoria dei soci danneggiati dall'operazione di fusione/scissione)" (così **Trib. Bologna 13 febbraio 2015**, in *Fall.*, 2016, 1, 99 ss., con nota di L. Boggio). Né, peraltro, il curatore potrebbe agire per conto della società, in quanto quest'ultima non rientra nel novero dei legittimati attivi all'azione di risarcimento in esame (**Trib. Bologna 13 febbraio 2015**, cit.).

Il tema forse di maggiore attualità in materia di scissione - che ha visto svilupparsi un marcato contrasto giurisprudenziale, tuttora in fase di sviluppo - riguarda l'esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria e fallimentare nei confronti dell'atto di scissione, ai sensi degli artt. 2901 c.c. e 64, 67 l.fall.

Accade infatti con una certa frequenza che la società scissa venga dichiarata fallita a breve distanza temporale dal perfezionamento di un'operazione di scissione che abbia visto l'assegnazione (quantomeno parziale) del suo patrimonio in favore di un'altra entità, con possibile pregiudizio per i creditori sociali. Di qui l'interesse di questi ultimi (o della curatela) a ottenere una pronuncia che assicuri l'inefficacia del frazionamento patrimoniale a tutela dei creditori, cosicché questi ultimi possano vedere reintegrata la garanzia patrimoniale originaria ai sensi dell'art. 2740 c.c. e, di conseguenza, aggredire i cespiti oggetto dell'operazione straordinaria e non più nella disponibilità della scissa.

A questo proposito, tuttavia, si registra una netta divergenza di opinioni in seno alla giurisprudenza di merito (a oggi non sono noti precedenti di legittimità in materia).

Da un lato, un certo orientamento sostiene che l'azione revocatoria possa avere a oggetto la declaratoria di inefficacia relativa dell'atto di scissione (**Trib. Pescara 4 maggio 2017**, in questa *Rivista*, 2017, 10, 1082 ss., con nota di M. Maltoni e M.S. Spolidoro; **Trib. Roma 18 novembre 2016**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; **Trib. Roma 16 agosto 2016**, in *Riv. not.*, 2016, 5, 945 ss., con nota di A. Ruotolo e D. Boggiali; **Trib. Venezia 5 febbraio 2016**, in questa *Rivista*, 2017, 1, 67 ss., con nota di S. Cassani, in *Fall.*, 2017, 1, 47 ss., con nota di P. Pototschnig; **Trib. Milano 9 luglio 2015**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; **Trib. Benevento 17 settembre 2012**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Palermo 25 maggio 2012**, in *Pluris*; **Trib. Catania 9 maggio 2012**, in *Fall. proc. conc.*, 2013, 8, 985 ss., con nota di G. Milano; **Trib. Palermo 26 gennaio 2004**, in *Giur. comm.*, 2007, 1, 250 ss., con nota di D. Davigo, in *Dir. prat. soc.*, 2004, 17, 82 ss., con nota di A. Balsamo e M. Stocco, in *Dir. fall.*, 2006, 1, 64 ss., con nota di T. Di Marcello; **Trib. Livorno 2 novembre 2003**, in *Fall.*, 2004, 10, 1138 ss., con nota di F. Montaldo).

Ciò, principalmente, per le seguenti ragioni: (a) l'assegnazione patrimoniale prevista dagli artt. 2506 ss. c.c. consisterebbe in una fattispecie traslativa, dunque rientrante nel novero astratto degli atti sottoponibili ad azione revocatoria (**Trib. Roma 18 novembre 2016**, cit.; **Trib. Roma 16 agosto 2016**, cit.); (b) i rimedi preventivi e successivi sopra analizzati (ossia l'opposizione alla scissione di cui all'art. 2503 c.c. e la responsabilità solidale delle società partecipanti di cui agli artt. 2506 *quater*, comma 3, c.c. e 2506 *bis*, comma 3, c.c.) non si porrebbero come strumenti sostitutivi rispetto ai rimedi ordinari previsti dall'ordinamento a tutela del credito, fra cui devono essere annoverate l'azione revocatoria ordinaria e quella fallimentare, pertanto vi sarebbe complementarità e non alternatività fra gli istituti in parola, data anche la diversità di scopo e di operatività (**Trib. Roma 16 agosto 2016**, cit.; **Trib. Venezia 5 febbraio 2016**, cit.; **Trib. Benevento 17 settembre 2012**, cit.; **Trib. Palermo 25 maggio 2012**, cit.; **Trib. Catania 9 maggio 2012**, cit.); (c) nessuna disposizione positiva esclude l'applicazione delle azioni revocatorie ricordate pocanzi in relazione alle operazioni di scissione; (d) la norma di cui all'art. art. 2504 *quater* c.c. - che, come si è detto nel paragrafo precedente, prevede la sanatoria di qualsivoglia vizio inerente il procedimento di scissione e i relativi atti una volta che sia stata

eseguita l'iscrizione dell'atto di scissione presso il Registro delle Imprese - impedisce al giudice di pronunciare l'invalidità dell'atto di scissione, preclusione che si pone tuttavia su un piano giuridico da tenersi del tutto distinto dalla diversa declaratoria di inefficacia relativa possibilmente conseguente all'accoglimento della domanda giudiziale di revocatoria (andrebbe dunque dato rilievo dirimente alla diversità fra validità ed efficacia dell'atto) (**Trib. Roma 16 agosto 2016**, cit.; **Trib. Benevento 17 settembre 2012**, cit.; **Trib. Palermo 25 maggio 2012**, cit.; **Trib. Catania 9 maggio 2012**, cit.).

Come efficacemente sintetizzato da **Trib. Pescara 4 maggio 2017**, cit. - a seguito di una approfondita ricostruzione delle contrastanti opinioni in materia - "è vero che la legge salvaguarda la stabilità degli effetti dell'operazione impedendone la declaratoria di invalidità dopo il suo perfezionamento, e che sono stati previsti specifici strumenti di tutela dei creditori delle società interessate dalla scissione. Tuttavia, con riguardo al primo punto, deve ritenersi - in conformità a quanto rilevato da parte della dottrina - che la c.d. 'irregredibilità' della scissione abbia ragione di essere così fortemente tutelata soltanto per quanto riguarda gli effetti di riorganizzazione delle società interessate dalla scissione; non anche, invece, con riguardo agli effetti meramente patrimoniali, in relazione ai quali non si ravvede alcuna ragione per una loro tutela maggiore rispetto a qualsiasi altra vicenda di trasferimento patrimoniale. Ancora, in mancanza di una norma espressa, non si spiega perché la previsione di alcuni rimedi specifici dovrebbe comportare l'inammissibilità del ricorso ai rimedi generali, soprattutto laddove sia accertato che i rimedi specifici non tutelano tutti i soggetti che possono ricevere pregiudizio dalla scissione e che, comunque, la tutela assicurata da tali rimedi è meno intensa ed efficace di quella garantita dai rimedi generali".

Di opinione radicalmente diversa è invece altra parte della giurisprudenza, che ha ritenuto incompatibili i due sistemi di tutela sopra descritti (**App. Catania 19 settembre 2017**, cit.; **Trib. Roma 7 novembre 2016**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; **Trib. Bologna 1 aprile 2016**, in *Fall.*, 2017, 1, 47 ss., con nota di P. Pototschnig, in *Riv. not.*, 2016, 5, 945 ss., con nota di A. Ruotolo e D. Boggiali, in *Not.*, 2016, 6, 604 ss., con nota di T. Marena; **Trib. Forlì 11 febbraio 2016**, in *Pluris*; **Trib. Modena 22 gennaio 2016**, in www.ilcaso.it; **Trib. Bologna 11 novembre 2015**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; **Trib. Roma 19 ottobre 2015**, in *Pluris*; **Trib. Napoli 4 marzo 2013**, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 1, 111 ss., con nota di C. Angelici; **Trib. Napoli 31 ottobre 2013**, in *Giur. it.*, 2014, 6, 1415 ss., con nota di M. Cavanna; **Trib. Napoli 18 febbraio 2013**, in *Giur. comm.*, 2014, 6, 1042 ss., con nota di L. Riviaccio; **Trib. Modena 22 gennaio 2010**, in www.giurisprudenzamodenese.it), in quanto: (a) i rimedi revocatori sarebbero incompatibili con gli strumenti "speciali" di garanzia previsti dal legislatore in materia di scissione societaria, che assumerebbero un connotato di tassatività data la specialità della disciplina rispetto a quella ordinaria delle operazioni straordinarie d'impresa (**App. Catania 19 settembre 2017**, cit., ove si è sostenuto che l'opposizione "costituisce un rimedio alternativo all'azione generale della revocatoria, cui si sovrappone in modo tipico nel contesto peculiare che disciplina il fenomeno scissorio"; **Trib. Roma 7 novembre 2016**, cit.; **Trib. Bologna 1° aprile 2016**, cit.; **Trib. Forlì 11 febbraio 2016**, cit.; **Trib. Napoli 31 ottobre 2013** e **Trib. Napoli 18 febbraio 2013**, cit.; **Trib. Modena 22 gennaio 2010**, cit.); (b) la particolare disciplina della pubblicità sanante di cui all'art. 2504 *quater* c.c., sopra ricordata, finalizzata ad attribuire stabilità agli effetti dell'operazione e certezza nei rapporti giuridici sorti *medio tempore*, impedirebbe il formarsi non solo di qualsiasi declaratoria di invalidità degli atti posti in essere al fine dell'esecuzione della scissione, ma anche delle pronunce relative all'inefficacia della stessa, dalle quali potrebbero discendere effetti concreti del tutto assimilabili, da un punto di vista economico, alla stessa invalidità (**App. Catania 19 settembre 2017**, cit.; **Trib. Bologna 1 aprile 2016**, cit., ove viene riconosciuta una nozione ampia di "irregredibilità" degli effetti della scissione; **Trib. Roma 7 novembre 2016**, cit.; **Trib. Napoli 18 febbraio 2013**, cit.; **Trib. Modena 22 gennaio 2010**, cit.).

Infatti - come notato da **App. Catania 19 settembre 2017**, cit. - "diversamente opinando, si finirebbe per addivenire a risultati ancor più penalizzanti rispetto a quelli della preclusa opposizione (e senza una reale necessità, data comunque la solidarietà passiva nei limiti dell'effettivo patrimonio netto), dato che l'effetto restitutorio correlato all'utile esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, comporterebbe la privazione, per la società beneficiaria, delle componenti positive del suo patrimonio, segnando così la sua fine e, di fatto, vanificando il senso dell'intera operazione negoziale. Ciò in spregio alla finalità di stabilità della scissione e alla certezza delle negoziazioni commerciali".

Occorre inoltre rilevare che, ove si aderisse alla tesi secondo cui la scissione non costituirebbe altro se non un evento meramente modificativo-evolutivo dell'ente, verrebbe a mancare un presupposto necessario per l'esperibilità delle revocatorie di cui agli artt. 2901 c.c. e 64, 67 l. fall., infatti esse devono avere a oggetto atti dispositivi fra i quali non potrebbero essere annoverate le operazioni di scissione (così anche **App. Catania 19 settembre 2017**, cit.).

Procedure concorsuali

Al di là delle singole argomentazioni fatte proprie dalla giurisprudenza sopra richiamata - che, a causa dell'estrema vaghezza delle disposizioni di legge e in assenza di precise indicazioni da parte del legislatore, non sembrano poter risolvere in modo certo la questione - pare assumere valenza dirimente l'inquadramento della scissione nel novero degli atti meramente modificativo-evolutivi oppure di quelli (a effetti) traslativi. Ciò in quanto la soluzione di tale quesito avrebbe la potenziale capacità di sciogliere alla radice il dubbio interpretativo descritto: ove fosse ritenuta corretta la tesi modificativa, l'interprete dovrebbe escludere l'esperibilità delle azioni revocatorie in relazione alle operazioni di scissione per una carenza relativa a un presupposto oggettivo delle stesse (per quanto **Trib. Venezia 5 febbraio 2016**, cit. e **Trib. Catania 9 maggio 2012**, cit., pur ritenendo che la scissione integri una vicenda meramente modificativa dell'ente, hanno ritenuto che la stessa sia sottoponibile ad azione revocatoria in quanto astrattamente "rientrare nel campo dei negozi a prestazioni non eque e, quindi, revocabili"); ove, al contrario, fosse condivisa la tesi traslativa, occorrerebbe invece affrontare le diverse argomentazioni sopra ripercorse.

Le operazioni di scissione possono coinvolgere, a vario titolo, società sottoposte a procedure concorsuali: dal fallimento al concordato preventivo, come anche all'amministrazione straordinaria.

La giurisprudenza di merito si è pronunciata in talune occasioni sul rapporto fra l'operazione in esame e dette procedure, contribuendo a definire il regime di compatibilità fra i diversi istituti coinvolti.

(segue) Fallimento

Con riferimento al fallimento, come noto, l'art. 10 l.fall. dispone che "gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal Registro delle Imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo".

A questo riguardo - rilevato che l'art. 2506, comma 3, c.c. precisa che "la società scissa può, con la scissione, attuare il proprio scioglimento senza liquidazione" - una recente pronuncia di merito ha ritenuto che lo "scioglimento senza liquidazione" realizzato in forza di un'operazione di scissione possa essere assimilato alla "cessazione dell'attività" menzionata dall'art. 10 l.fall., legittimando così la dichiarazione di fallimento dell'entità scissa entro un anno dalla cancellazione dal Registro delle Imprese, ove ne ricorrano i presupposti (**App. Torino 26 luglio 2016**, in *Pluris*).

(segue) Concordato preventivo

Le scissioni societarie assumono rilievo anche in relazione alle procedure di concordato preventivo di cui agli artt. 160 ss. l.fall.

Anzitutto, la giurisprudenza di merito ha confermato l'utilizzabilità delle operazioni di scissione come strumento di attuazione di un concordato. Ciò, in particolare, emergerebbe da diverse circostanze: (a) la riforma del diritto societario ha disposto l'abrogazione dell'art. 2504 *septies*, comma 2, c.c. (non riprodotto nel testo dell'art. 2506 c.c.), ove si prevedeva che la "partecipazione alla scissione non è consentita alle società sottoposte a procedure concorsuali"; (b) l'art. 160, comma 1, lett. a), l.fall. dispone che il concordato preventivo possa prevedere "la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante [...] operazioni straordinarie", fra le quali può annoverarsi la scissione; (c) l'art. 186 *bis* l.fall. valorizza la continuità aziendale della società sottoposta a procedura, obiettivo rispetto al quale può essere funzionale l'esecuzione di un'operazione di scissione (in questo senso **App. Firenze 8 marzo 2016**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Catania 14 luglio 2016**, in *Pluris*; **Trib. Arezzo 27 febbraio 2015**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Ravenna 29 ottobre 2015**, in *Fall.*, 2016, 12, 1355 ss., con nota di M. Cavanna, in *Giur. comm.*, 2016, 6, 1265 ss., con nota di S. Lovisatti; **Trib. Ancona 9 aprile 2015**, in *Fall.*, 2016, 3, 346 ss., con nota di M. Cavanna).

Soluzione condivisa anche dal **Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze Pistoia e Prato**, che con **Orientamento n. 37/2013** ha evidenziato che "è legittima la scissione di società in funzione o in esecuzione di un concordato preventivo, come desumibile dalle disposizioni degli artt. 2506 c.c. e 160 e 186 *bis* l.fall."

È altresì opportuno segnalare che secondo **Trib. Ravenna 29 ottobre 2015**, cit. (richiamando **Trib. Arezzo 27 febbraio 2015**, cit.), da un lato, la realizzazione di una scissione nell'ambito di una procedura concordataria non impedisce di per sé l'operatività della garanzia solidale di cui all'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. e, dall'altro, il diritto di opposizione spettante ai singoli creditori di cui all'art. 2503 c.c. non può intendersi assorbito dall'approvazione del piano da parte dei creditori sociali, data la diversa finalità dei due istituti e il diverso campo di applicazione soggettivo degli stessi (per l'art. 2503 c.c., ciascun creditore anteriore alla

pubblicazione del progetto di scissione, per l'approvazione del piano esclusivamente i creditori ammessi al voto).

Per altro verso, come precisato da **Trib. Catania 14 luglio 2016**, cit., la proposta di concordato deve essere dichiarata inammissibile nel caso in cui essa preveda la realizzazione di una scissione da parte della società sottoposta alla procedura nel caso in cui non venga espletato il procedimento competitivo di cui all'art. 163 *bis* l.fall., ove si dispone che "quando il piano di concordato [preventivo] comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il Tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo" volto a ottenere la maggiore utilità per i creditori sociali. Infatti, ad avviso della pronuncia citata, sostenere l'inapplicabilità del procedimento competitivo in relazione alle scissioni societarie - facendo eventualmente leva sulla presenza del termine "trasferimento" nel dettato dell'art. 163 *bis* l.fall., apparentemente incompatibile con la natura modificativo-evolutiva della scissione - porterebbe a una facile (e inammissibile) elusione della norma in parola, evenienza inaccettabile alla luce della particolare *ratio* di tutela del ceto creditorio nelle procedure concorsuali.

Sempre in relazione alle procedure di concordato, **App. Firenze 8 marzo 2016**, cit., ha precisato che la realizzazione di un'operazione di scissione mediante la quale la società sottoposta a procedura scorpori una porzione del proprio patrimonio a favore di un'entità terza non può comportare l'automatica esdebitazione della scissa, infatti la responsabilità solidale di cui all'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. impedisce tale effetto. Com'è evidente, la permanenza di una responsabilità solidale in capo alla scissa preclude il ritorno *in bonis* di quest'ultima, che continua giuridicamente a rispondere non solo dei propri debiti, ma anche di quelli assegnati alla beneficiaria e da essa non soddisfatti.

(segue) Amministrazione straordinaria

Analizzando un diverso istituto, **Trib. Monza 15 aprile 2008**, massimata in *DeJure* ha sostenuto (con principio estendibile alle operazioni di scissione) la realizzabilità di un'operazione di fusione da parte di due società sottoposte ad amministrazione straordinaria, a condizione che le rispettive assemblee dei soci avessero deliberato tale operazione, oppure che i loro soci si fossero impegnati a votare a favore della stessa, prima dell'inizio della procedura.

Reati fallimentari e tributari

Le operazioni di scissione possono assumere rilevanza anche dal punto di vista della norma penale.

Da un primo punto di vista, data la finalità propria della scissione - ossia l'assegnazione o la frammentazione del patrimonio sociale -, emerge chiaramente il potenziale intento (o comunque effetto) distrattivo della stessa nel caso in cui essa sottragga illecitamente una porzione patrimoniale alla funzione di garanzia dei creditori, a condizione, s'intende, che la società scissa sia dichiarata fallita. Infatti, l'art. 216 l.fall. prevede che sia sanzionabile penalmente la condotta dell'imprenditore che abbia "distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti", prima o dopo la dichiarazione di fallimento. Sanzioni eventualmente applicabili anche a soggetti diversi dall'imprenditore i quali abbiano commesso alcuno dei fatti sopra descritti, segnatamente agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori.

A questo riguardo, la S.C. ha ribadito in svariate occasioni che le operazioni di scissione societaria "presentano connotati intrinseci di offensività [...] nei confronti della garanzia generica che il patrimonio dell'imprenditore, secondo la previsione dell'art. 2740 c.c., offre ai creditori, messa in pericolo dalla destinazione di componenti del patrimonio a finalità diverse da quelle inerenti all'attività imprenditoriale [...]. Tale dimensione di pericolosità, costantemente riconosciuta come tipica dell'offesa propria dei reati di bancarotta [...], assume, per effetto della previsione di punibilità del fatto a seguito dell'intervento della dichiarazione di fallimento o degli altri provvedimenti alla stessa a tali fini equiparati, il contenuto effettivo del pericolo che, nell'eventualità dell'intervento della procedura concorsuale, il soddisfacimento per quanto possibile delle pretese creditorie, a cui la stessa è funzionale, sia pregiudicato dalla pregressa ed indebita diminuzione patrimoniale" (così **Cass. 13 giugno 2014, n. 42272**, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 3, 613 ss., con nota di S. Cavallini; in senso analogo, fra le altre, **Cass. 10 aprile 2015, n. 20370**, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 3, 752 ss., con nota di S. Callegari; **Cass. 21 gennaio 2015, n. 13522**, in *Giur. comm.*, 2016, 1, 81 ss., con nota di S. Buonocore, nonché in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 3, 613 ss., con nota di S. Cavallini, e in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 1-2, 376 ss., con nota di M. Bolzonaro; **Cass. 13 febbraio 2015**,

n. 6404, in *Pluris*; **Cass. 4 marzo 2013, n. 10201**, cit.; **Cass. 22 dicembre 2010, n. 45031**, in *Pluris*).

Peraltro è stato puntualmente precisato che a nulla potrebbero rilevare le norme civilistiche poste a presidio delle istanze dei creditori, quali il diritto di opposizione e la responsabilità solidale delle società partecipanti, infatti "ciò che rileva, in altri termini, è che una determinata operazione, per le modalità con le quali è stata realizzata, si presenti come produttiva di effetti immediatamente e volutamente depauperativi del patrimonio [...] ed in prospettiva pregiudizievoli per i creditori laddove si addivenga ad una procedura concorsuale [infatti un pregiudizio per i creditori] è comunque ravvisabile nella necessità di ricercare detti beni [presso le altre società partecipanti all'operazione]" (così **Cass. 13 giugno 2014, n. 42272**, cit.). Dunque, secondo l'opinione della Cassazione, la condotta distrattiva di cui all'art. 216 l.fall. può ben consistere nel semplice aggravamento delle attività che il creditore deve espletare al fine di ottenere l'adempimento delle altrui obbligazioni.

Una visione di fermo rigore volta a contrastare non tanto la contrazione della garanzia patrimoniale del debitore ai sensi dell'art. 2740 c.c., quanto, piuttosto, a tutelare pienamente la capacità del creditore di aggredire il patrimonio costituente originaria garanzia senza alcun aggravamento rispetto alla situazione *ex ante*.

Da un diverso punto di vista, assume rilevanza la fattispecie di reato di cui all'art. 11 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 recante disciplina penale in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto. A questo riguardo è stato sostenuto che la scissione potrebbe essere preordinata o comunque avere come effetto la sottrazione simulata o fraudolenta di beni in modo da rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva da parte dell'Erario (**Cass. 18 maggio 2011, n. 19595**, cit.). Tale pronuncia ha sostenuto che le operazioni di scissione possono essere "pienamente idonee a rendere in tutto o in parte inefficace la successiva procedura di riscossione coattiva dei crediti tributari vantati dallo Stato nei confronti delle 'originarie' società: in sintesi, a fronte dell'uscita dal patrimonio di beni immobili, altri cespiti mobiliari (con conseguente privazione di ogni capacità operativa e produttiva), nessun corrispettivo od incremento patrimoniale risultava conferito, in sinallagma, alle società cedenti". Tale impianto argomentativo, tuttavia, non pare tenere adeguatamente conto della normativa civilistica: la scissione, così come disciplinata dal legislatore dell'UE e da quello nazionale, non prevede, fisiologicamente, alcun "corrispettivo". Essa consiste, come noto, in un'assegnazione patrimoniale che esplica i propri effetti sul piano della compagine sociale, essendo del tutto inidonea a prevedere un corrispettivo quale controprestazione sinallagmatica per l'assegnazione patrimoniale (si tratterebbe, in tal caso, di cessione di un complesso di beni).

Pertanto, non pare condivisibile la soluzione fatta propria dalla S.C., tenendo altresì a mente che non potrebbe utilizzarsi l'argomentazione sopra riportata in materia di bancarotta fraudolenta distrattiva: quest'ultima fattispecie contempla non solo la distrazione e il dissipamento del patrimonio costituente garanzia, ma anche l'occultamento e la dissimulazione dello stesso, invece il reato tributario in esame contempla esclusivamente l'intervenuta inefficacia di eventuali riscossioni coatte. Di talché il mero aggravamento delle attività che il creditore deve sopportare al fine di ottenere l'adempimento delle altrui obbligazioni non sembra poter fondare l'illecito di cui all'art. 11 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74.