

SOMMARIO

■ EDITORIALE

SULL'ISCRIZIONE A REPERTORIO DEL VERBALE "TARDIVO" (TRA MASSIME E AUTONOMIA PROFESSIONALE) di <i>Giancarlo Laurini</i>	5
---	---

■ GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO a cura di <i>Ernesto Briganti</i>	8
---	---

Legittimità

LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE NELL'AZIONE DI RIDUZIONE Cassazione, sez. unite, 25 ottobre 2004, n. 20644	12
il commento di <i>Giulia Salvador</i>	14

Merito

IL LIMITE TEMPORALE DEGLI EFFETTI DELLO SCIoglIMENTO DI SOCIETÀ' DI CAPITALI E LA NUOVA LIQUIDAZIONE DOPO LA RIFORMA Tribunale di Napoli, 29 settembre 2004	25
Tribunale di Napoli, 29 giugno 2004, decr.	25
il commento di <i>Andrea Di Simone e Chiara Forino</i>	26

■ TECNICHE CONTRATTUALI

L'ARBITRAGGIO GESTIONALE NELLE SOCIETÀ DI PERSONE E NELLA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA a cura di <i>Rolandino Guidotti</i>	33
--	----

■ ARGOMENTI

LA REVOCA DELLA DELIBERA DI FUSIONE di <i>Paolo Guida</i>	41
--	----

IL RUOLO DEL REGISTRO DELLE IMPRESE NELLA RIFORMA SOCIETARIA di <i>Federico Magliulo</i>	50
---	----

LA "NUOVA" TRASFORMAZIONE: PROFILI APPLICATIVI di <i>Marco Pinardi</i>	68
---	----

■ NORMATIVA

LA SOCIETÀ' COOPERATIVA EUROPEA Regolamento (CE) n. 1435/2003, 22 luglio 2003	89
il commento di <i>Egidio Marra</i>	108

■ INDICI

INDICE DEGLI AUTORI	113
INDICE CRONOLOGICO	113
INDICE ANALITICO	114

Assemblea

Sull'iscrizione a repertorio del verbale "tardivo" (tra *massime* e autonomia professionale)

di GIANCARLO LAURINI

L'art. 2375, comma 3, del codice civile testualmente recita: "Il verbale deve essere redatto senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione" e, in virtù dell'espresso richiamo che l'art. 2480 fa all'art. 2436, la norma si estende anche alla S.r.l.

La riforma ha dunque pienamente accolto l'auspicio più volte manifestato dagli operatori pratici di consentire, soprattutto nelle grandi società, la redazione del verbale dopo la chiusura dell'assemblea fuori dall'ambiente, spesso tumultuoso, in cui si svolge la riunione. Non v'ha dubbio, infatti, che nelle assemblee di società per azioni a ristretta base sociale e, in genere, delle società a responsabilità limitata, l'esigenza di profittare di condizioni ambientali migliori, utilizzando gli strumenti di registrazione che rendono possibile una redazione più puntuale e una più certa riproduzione delle dichiarazioni dei soci che ne facciano richiesta, è meno sentita. Ritengo però che il legislatore abbia fatto bene a consentirlo per tutte le società, indipendentemente dal tipo e dalle dimensioni, sia per riaffermare un principio valido per qualsiasi verbalizzazione, sia perché l'esigenza può presentarsi in qualunque situazione concreta.

La giurisprudenza, in verità, aveva da tempo riconosciuto la validità della prassi di un certo distacco temporale fra deliberazione e verbalizzazione, giustificato dall'esigenza di impostare e meglio rappresentare i fatti avvenuti in assemblea, purché tale distacco fosse "tale da non travolgere il valore dell'immediatezza del verbale rispetto alla deliberazione" (1). D'altra parte il nostro sistema conosce anche altre ipotesi di non coincidenza tra il momento della constatazione di un evento e quella della sua verbalizzazione: si pensi al verbale di protesto per mancato pagamento di titoli di credito, che il pubblico ufficiale incaricato sottoscrive nel suo studio successivamente alla richiesta di pagamento da parte del presentatore, che gli riferisce la risposta avuta dal debitore. Ed è fuor di dubbio che, anche ai fini del computo dei termini per la levata del protesto, la data sia quella dell'interpello e non quella della redazione e sottoscrizione del

foglio di allungamento (analogo ragionamento può farsi per i verbali di offerta reale ex artt. 1209 c.c.).

È stato sollevato però il problema se, nell'ipotesi di redazione successiva alla chiusura dell'assemblea e, magari in giorno diverso, di tale circostanza il notaio debba far menzione o se, addirittura, divenga questa la data del verbale.

Per quanto concerne il secondo quesito, non vi è alcun dubbio sul fatto che la legittimità della redazione del verbale in momento successivo a quello dello svolgimento dell'assemblea che documenta, è stata affermata dal legislatore della riforma recependo l'idea della netta distinzione concettuale fra la constatazione di un certo evento di cui il verbalizzante è spettatore (e per certi aspetti, co-protagonista...) e la materiale stesura del documento nel quale tale percezione dell'evento è formalizzata. Inoltre, la mancanza di qualsiasi norma che vincoli temporalmente i due momenti procedurali (e, addirittura, l'esistenza dell'art. 37 della Legge bancaria che espressamente li distingue e li distanzia), lungi dal consentire un'interpretazione che ne dia per scontata la coincidenza, rende razionalmente fondata l'opinione contraria, che sottolinea la natura e le caratteristiche profondamente diverse - sul piano logico e funzionale - dei due aspetti della verbalizzazione: uno "concettuale" e l'altro puramente esecutivo-redazionale. E ciò, indipendentemente dalle considerazioni di mero fatto e, come tali, di basso profilo e incidenza sul rigore del ragionamento in punto di diritto (ma che pure il legislatore deve aver fatto), che la redazione contestuale è spesso impossibile e comunque sconsigliabile sotto l'aspetto della puntualità e precisione del verbale.

Se questo è vero, se quello redazionale è momento meramente esecutivo tra quelli che nel complesso costitui-

Nota:

(1) Così Trib. Milano 22 settembre 1977 n. 5846, in *Riv. Not.* 1978, 1392 e 27 aprile 1978 in *Giur. comm.* 1978, II, 69, nonché Trib. Genova 27 giugno 1986, in *Giur. comm.* 1987, II, p. 614 e, molto prima App. Firenze 14 gennaio 1965, in *Foro it.* 1965, I, 371; da ultimo, Trib. Reggio 26 febbraio 1993, in *Vita not.* 1993 p. 1475 e *Riv. Not.* 1993, p. 392.

scono il procedimento assembleare, il cui nucleo resta lo svolgimento e il susseguirsi degli eventi che il legislatore ha voluto fissare nel documento, non può esservi dubbio che la data che va formalizzata e che dà il riferimento temporale al verbale, è quella in cui si è tenuta l'assemblea e non certo quella della sua materiale redazione. Senza considerare che a questa segue la sottoscrizione, che potrebbe anche essere apposta in giorno ancora successivo. E, in tale ultimo caso, quale sarebbe la data dell'atto? Ragionevolmente dovrebbe essere quella della sottoscrizione non solo del presidente (che potrebbe anche mancare...), ma quella del notaio, il vero *dominus* responsabile della verbalizzazione e della sua formale concretizzazione.

Altra questione è quella se il notaio debba far menzione della circostanza che il verbale è stato redatto e sottoscritto dopo la chiusura dell'assemblea. A mio avviso, trattandosi di menzione ininfluyente, sia in fatto che in diritto, sulla validità ed efficacia della verbalizzazione, la scelta non può che essere rimessa all'assoluta discrezione del notaio rogante che potrà utilizzare la semplice e usuale formula "Redatto dopo la riunione". E ciò nell'ambito dell'autonomia che ciascun professionista ha nell'operare le scelte tecniche su cui costruisce la propria prestazione.

È invece fuor di dubbio che il verbale debba essere dallo stesso annotato nel repertorio nel giorno in cui si è svolta l'assemblea, in quanto l'annotazione stessa è prevista dalla legge notarile al fine di render chiaro e inoppugnabile fino a querela di falso l'ordine cronologico, anche nella stessa giornata, delle prestazioni rese dal notaio. E non vi è alcun dubbio che, in questo caso, la prestazione notarile non è certo rappresentata dalla stesura del verbale, che costituisce una fase di materiale esecuzione (che potrebbe esser curata anche da un collaboratore sotto dettatura del notaio ovvero utilizzando gli appunti presi dallo stesso durante l'assemblea, ai sensi dell'art. 51, n. 10 L. not.), ma dall'assistenza - ai fini della verbalizzazione - all'assemblea, che costituisce il "fatto" che si è voluto documentare e dal quale si computano tutti i termini previsti dalle norme sostanziali e processuali.

D'altra parte, l'obbligo della tenuta del repertorio ha la sua logica nel fissare in un atto pubblico (quale esso è) una rappresentazione affidabile del rigoroso susseguirsi delle suddette prestazioni, delle quali "deve prendere nota giornalmente, senza spazi in bianco ed interlinee e per ordine di numero" (art. 62 L. not.) impedendo tardivi inserimenti. Se questa è la funzione del repertorio, appare di tutta evidenza come essa resterebbe vanificata (almeno in astratto) dalla possibilità che l'annotazione di un'assemblea certificata dal notaio, possa essere effettuata a sua completa discrezione nell'arco dei successivi trenta giorni (termine ultimo per gli adempimenti presso il Registro delle imprese). Di contro, non può sfuggire quanto importante sia, sotto innumerevoli profili, che la data indicata nel repertorio sia quella in cui si è

svolta l'assemblea e non quella in cui il verbale è stato materialmente redatto che non ha alcun rilievo e non interessa a nessuno!

Si pensi all'ipotesi in cui venga richiesto, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 62 L. not., un certificato o un estratto del repertorio relativo alla verbalizzazione di una determinata assemblea e l'annotazione non sia ancora avvenuta essendo il verbale *in fieri*. Potrà il notaio certificare legittimamente che l'assemblea si è tenuta, ma che "apparirà" nel repertorio quando il verbale sarà... pronto o dovrà addirittura rifiutare il rilascio di qualsiasi attestato per una prestazione "fantasma", con un ingiusto danno per l'interessato?

Insomma non è immaginabile (né i "tecnici" estensori della nuova norma vi hanno lontanamente pensato) che la disciplina civilistica della vicenda assembleare debba essere, nel suo momento documentale, piegata a malintese esigenze di rispetto delle norme notarili che presiedono alla normale redazione degli atti aventi contenuto negoziale (molto diversi dai verbali), nei quali è in *re ipsa* che la prestazione abbia il suo momento centrale e caratterizzante nella redazione e sottoscrizione del documento contrattuale.

Per quanto concerne invece il cosiddetto verbale storico, redatto cioè con la formale indicazione in epigrafe della data di redazione ed effettiva sottoscrizione con la precisazione che l'assemblea certificata nel verbale si è svolta in altra data, va certamente annotato a repertorio nel giorno della redazione. Ma se anche a prima vista la soluzione non appare *contra legem*, in quanto il nuovo art. 2375, comma 3, nel consentire la redazione del verbale successivamente all'evento non prende posizione sulla data che lo stesso deve assumere, è pur vero che la *ratio* e la filosofia stessa della *novella* non sono nel senso di imporre o rilanciare tecniche di verbalizzazione alternative (quale quella "storica"), ma semplicemente di consentire, per i motivi pratici più volte ribaditi, che l'*atto-verbale* venga materialmente redatto dopo la conclusione dell'assemblea che ha collegialmente dato vita all'*atto-delibera* e che il primo deve soltanto documentare. Il legislatore, in definitiva, non ha inteso in alcun modo appannare o, peggio, spostare il fulcro della verbalizzazione dall'assemblea alla materiale redazione del verbale, cui logicamente sarebbe conseguito lo spostamento della data del documento.

Né mi pare abbia pregio l'osservazione (2) secondo la quale "il repertorio è registro di atti e non di fatti", in quanto l'annotazione nel giorno in cui l'assemblea si è svolta non è relativa al mero fatto costituito dalla vicenda assembleare, ma alla prestazione del notaio il quale, intervenendo alla stessa come segretario-verbalizzante e protagonista, unitamente al presidente, della sua conduzio-

Nota:

(2) Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti in materia di atti societari*, settembre 2004, pubblicati in www.ipsoa.it/notariato/documenti.

ne nel rispetto assoluto della legge, ne dà una testimonianza qualificata, rispetto alla quale la sua materializzazione nel documento costituisce fase meramente esecutiva, priva di qualsiasi rilievo, al punto che il legislatore ne ha consentito l'effettuazione successivamente, purché in tempo utile per effettuare gli adempimenti previsti.

Infine va considerato che la soluzione di annotare puntualmente a repertorio il verbale nello stesso giorno in cui l'assemblea si è svolta, anche se non ancora materialmente redatto e sottoscritto, facilita il regolare e tempestivo susseguirsi degli adempimenti che fanno carico al notaio dopo la verbalizzazione e per i quali il *dies a quo* resta quello dell'assemblea e non è condizionato dalla redazione del verbale. Inoltre, facilita la collocazione cronologica del verbale nel registro dei verbali delle assemblee tenuto dalla società, nei quali vanno trascritti anche quelli redatti in forma pubblica. Bisogna infatti convenire che il dover magari trascrivere un verbale di assemblea straordinaria in data successiva rispetto ad un verbale di altra assemblea svoltasi dopo di essa, ma prima della redazione del primo, costituirebbe elemento di non poca confusione per i malcapitati utenti del servizio notarile, grazie ad una distorta e formalistica interpretazione della legge professionale.

Il notaio ha certamente il diritto - riconosciuto dalla legge - di redigere il verbale dopo l'assemblea, ma non quello di alterare anche in minima parte, il regolare svolgersi dei procedimenti connessi a questa sua particolare prestazione, a cavallo più che mai tra interesse pubblico e interesse privato.

Per questi motivi non condivido l'orientamento secondo il quale " ... il verbale deve essere iscritto nel repertorio del notaio verbalizzante nel giorno della sua redazione e non in quello in cui si è tenuta la riunione" (3), in quanto non mi sembra suffragato da adeguate motivazioni in diritto e contrario, in fatto, agli interessi generali (oltre che a quelli più particolari del notariato) all'ordinato svolgimento della funzione pubblica.

Personalmente apprezzo moltissimo il lavoro delle Commissioni di Studio (di cui spesso ho la fortuna di far parte) delle quali i più avveduti Organi della Categoria si sono responsabilmente dotati e che forniscono utili e apprezzati spunti di riflessione non soltanto per gli operatori pratici, ma anche per gli studiosi (4). Non posso, però, non paventare, il rischio che, quando gli orientamenti siano rigidamente schematizzati e condensati in *massime*, possano trasformarsi in veri e propri "dogmi", cui i notai si sentano costretti a conformare (magari anche per tema di procedimenti disciplinari ...) le scelte tecniche con le quali supportano l'esercizio quotidiano della pubblica funzione. Un rischio che va attentamente calcolato per evitare di cristallizzare le soluzioni, impigrendo lo sforzo ermeneutico, che deve invece tendere sempre alla ricerca del loro costante adeguamento alle esigenze della società in continua evoluzione. Un pericolo, quello dell'acquiescenza passiva alle

soluzioni "calate dall'alto", che in molti segnalammo a ridosso dell'entrata in vigore della legge Bassanini, sollecitando una intelligente e non a-critica utilizzazione da parte del Notariato della giurisprudenza onoraria formata in materia nell'ultimo trentennio. Un atteggiamento frutto di quella vivacità intellettuale e culturale che ne esalta la professionalità ed è il più utile e atteso dalla collettività, come con grande efficacia ha sottolineato Piergaetano Marchetti (5), ricordando che: "*L'ansia di predisporre modelli ha in sé non solo il pericolo di dimenticare le tipologie di esigenze, ma anche quello di eccessiva standardizzazione ...*" e auspicando che "*... si recuperi l'arte, la capacità di adattare il prodotto al caso concreto ...*". Che è poi lo spirito nel quale la Rivista propone ai lettori, tra l'altro, le sue *Tecniche contrattuali*.

Note:

(3) *Massima n. 46/c* della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, illustrata tra le altre nel corso del Convegno organizzato il 19 novembre u.s. al Teatro Dal Verme di Milano.

(4) E penso, oltre a quelli citati, ai recentissimi Studi del Consiglio Nazionale sulle cooperative, pubblicati in www.notariato.it/studiedap-profondimenti.

(5) In questa *Rivista* 2003, n. 6, p. 561, in un Editoriale dal significativo titolo *Clausole statutarie: modelli standard e "arte notarile"*.

Osservatorio civile

a cura di ERNESTO BRIGANTI

Amministrazione di sostegno

■ Tribunale di Modena, sez. II, 15 novembre 2004, ord. - Pres. Stanzani - Rel. Rovatti - Est. Masoni

Volontaria giurisdizione - Amministrazione di sostegno - Capacità di agire - Scopo della L. 9 gennaio 2004, n. 6 - Interdizione come rimedio residuale.

Il principio ispiratore della legge sull'amministrazione di sostegno (L. 9 gennaio 2004, n. 6) è di limitare il meno possibile la capacità di agire, principio attuato dall'art. 405, c.c., che prevede l'indicazione di singoli e specifici atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore, nonché l'indicazione degli atti che lo stesso amministratore di sostegno può compiere in nome e per conto del beneficiario. Pertanto ad una situazione di generale incapacità, o semi-incapacità, il nuovo istituto sostituisce una situazione di generale capacità di agire del soggetto, salvi gli atti espressamente previsti dal decreto del giudice tutelare. La misura dell'interdizione, a seguito della novella, diventa strumento residuale, come si evince dal tenore letterale dell'art. 414 c.c., assurgendo l'amministrazione di sostegno a strumento di protezione a carattere generale.

Comunione

■ Cassazione, sez. I, sentenza 24 settembre 2004, n. 19250

Comunione legale - Acquisto personale in deroga alla comunione legale - Necessaria la dichiarazione partecipazione - dell'altro coniuge-adesione.

In tema di deroga al regime della comunione legale, l'acquisto "personale" da parte di uno dei coniugi di un bene immobile o mobile registrato, previsto dall'art. 179 c.c., costituisce una fattispecie complessa, al cui perfezionamento, in un disegno normativo del tutto compatto ed unitario, concorrono, ad un tempo, il ricorso effettivo dei presupposti di cui alla lettera d), e), f) del suddetto articolo, la relativa dichiarazione resa dal coniuge "acquirente esclusivo", e la partecipazione - all'atto - dell'altro coniuge. La partecipazione dell'"altro coniuge", il quale presta "adesione" alla dichiarazione resa dal coniuge "acquirente", ha un contenuto di ricognizio-

ne del ricorso dei presupposti per la "personalità" dell'acquisto.

■ Cassazione, sez. I, 15 settembre 2004, n. 18564 - Pres. De Musis - Rel. Vitrone - B. c. L.

Comunione legale - Amministrazione - A seguito della separazione personale dei coniugi - Regime - Rimborsi e restituzioni - Momento - Individuazione - Scioglimento della comunione - Affermazione - Fondamento - Fattispecie.

In tema di comunione legale fra coniugi, i rimborsi e le restituzioni delle somme spettanti in dipendenza dell'amministrazione dei beni comuni, nei limiti delle somme prelevate da ciascuno dei coniugi dal patrimonio comune per fini diversi dall'adempimento delle obbligazioni cui sono destinati per legge i beni in regime di comunione legale, si effettuano solo al momento della divisione dei beni comuni che, in caso di separazione tra i coniugi, coincide con il passaggio in giudicato della relativa pronuncia. Sino a tale momento il coniuge amministratore dei beni comuni amministra i beni destinati al mantenimento della famiglia, la quale permane come vincolo anche tra i coniugi separati, senza che alcuno di questi possa rivendicare la disponibilità personale delle loro rendite, nei limiti della propria quota di comproprietà, prima del definitivo scioglimento del rapporto di convivenza. Ciò che trova conferma nell'art. 192, comma quarto, c. c., il quale prevede che i rimborsi e le restituzioni possano avvenire, dietro autorizzazione del giudice, anche in un momento anteriore a quello suindicato, ma solo a favore della comunione e, quindi, con il vincolo di destinazione delle somme relative al mantenimento della famiglia e all'istruzione e all'educazione dei figli (in applicazione di tale principio, la Corte ha cassato la decisione di merito che aveva condannato uno dei coniugi al pagamento, in favore dell'altro, della metà del valore locativo di un immobile, da lui abitato).

Contratti bancari

■ Cassazione, sez. unite, 4 novembre 2004, n. 21095 - Pres. Carbone - Rel. Morelli - P.M. Palmieri (conf.) - Credito italiano c. S.

Sono nulle le clausole anatocistiche di capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari sottoscritte prima del D.Lgs. 342/1999 in base ad uso meramente negoziale in violazione del divieto di cui all'art. 1283 c.c.

Edilizia e urbanistica

■ Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Strasburgo, sez. I, 29 luglio 2004, sentenza non def., - Mm. C.L. Rozakis (Pres.) - Scordino c. Italia (n. 1)

Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo - Art. 6 § 1, equo processo - Applicazione retroattiva ai giudizi pendenti dell'art. 5 bis della legge italiana 8 agosto 1992, n. 359 - Ingerenza del potere legislativo sul funzionamento del potere giudiziario - Sussistenza.

L'applicazione retroattiva ai giudizi pendenti dei criteri indennitari introdotti in materia espropriativa dall'art. 5-bis legge 8 agosto 1992, n. 359, realizzando una significativa compressione delle aspettative patrimoniali che gli espropriati avrebbero potuto pretendere sulla base della legislazione vigente al momento della presentazione della domanda giudiziale, che invece rapportava l'indennità d'espropriazione di un fondo al suo valore di mercato, integra un'ingerenza del potere legislativo sul funzionamento del potere giudiziario rivolto ad influenzare la risoluzione di una lite di cui lo Stato convenuto è parte processuale e costituisce violazione dell'equo processo garantito dall'art. 6 § 1 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo.

Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo - Prot. n. 1, art. 1 (diritto al rispetto dei beni) - Indennità di espropriazione di un bene non commisurata al valore di mercato del bene espropriato ed erogata con notevole ritardo - Violazione - Sussistenza.

L'art. 5-bis legge n. 359/1992, parametrando l'indennità di espropriazione ad un valore notevolmente inferiore a quello di mercato del bene espropriato, determina, quando l'indennizzo è stato erogato con ritardo di 15 anni rispetto all'espropriazione, una rottura del "giusto equilibrio" tra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, violando l'art. 1 del Prot. n. 1 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo.

Ipoteca

■ Cassazione, sez. I, 9 settembre 2004, n. 18188 - Pres. De Musis - Rel. Di Palma - B. S.p.a. c. C. R.

Grado delle ipoteche - Mutamento - Condizioni.

Il grado delle ipoteche, come fissato dall'ordine cronologico con cui vengono iscritte presso la conservatoria dei registri immobiliari, può essere mutato solo mediante negozi giuridici bilaterali, con i quali le parti addivengano alla postergazione di detto grado (art. 2843 cod. civ.); per la postergazione di grado, pertanto, non è sufficiente la dichiarazione unilaterale resa da una parte.

Postergazione - Annotazione - Efficacia - Suo compimento in data successiva alla dichiarazione di fallimento - Conseguenze.

L'annotazione nei registri immobiliari dei negozi dispositivi del grado di ipoteca (al pari degli altri atti dispositivi presi in considerazione, con elencazione non tassativa, dal primo comma dell'art. 2843, cod. civ.) ha carattere necessario e, quindi, costitutivo del nuovo rapporto ipotecario; essa rappresenta, pertanto, un elemento integrativo indispensabile della fattispecie della postergazione, il cui compimento in data anteriore alla dichiarazione di fallimento è condizione di opponibilità alla procedura concorsuale. Conseguentemente, deve escludersi che l'efficacia dell'annotazione possa retroagire ad un momento anteriore all'esecuzione della pubblicità (ad esempio, al momento della proposizione della relativa istanza al Conservatore dei registri immobiliari), vale a dire ad un momento in cui il negozio dispositivo del grado di ipoteca, per non essere stato annotato, non ha ancora giuridica efficacia.

Fallimento

■ Cassazione, sez. lav., 4 agosto 2004, n. 14962 - Pres. Ciciretti - Rel. Filadoro - P. c. INPS

Società di persone - Recesso del socio - Omessa pubblicità - Rilevanza per i terzi - Esclusione - Estensione del fallimento - Configurabilità.

Il recesso del socio di società di persone, cui non sia stata data pubblicità, ai sensi dell'art. 2290, secondo comma, c.c., è inopponibile ai terzi, con ciò dovendosi intendere che non produce i suoi effetti al di fuori dell'ambito societario; conseguentemente, il recesso non pubblicizzato non è idoneo ad escludere l'estensione del fallimento pronunciata ai sensi dell'art. 147 l. fall., né assume rilievo il fatto che il recesso sia avvenuto oltre un anno prima della sentenza dichiarativa di fallimento, posto che il rapporto societario, per quanto riguarda i terzi, a quel momento è ancora in atto.

Notai

■ Cassazione, sez. II, 13 settembre 2004, n. 18376 - Pres. Spadone - Rel. Settimj - M. c. S.

Risarcimento danni da responsabilità professionale - Omesso controllo in ordine alla sussistenza di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli - Omessa segnalazione all'acquirente di un vincolo ipotecario gravante sull'immobile - Sufficienza ai fini della configurabilità di un danno risarcibile - Esclusione.

In caso di omessa verifica, da parte di un notaio rogante una compravendita, in ordine alla eventuale sussistenza di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli, e di omessa segnalazione all'acquirente di un vincolo ipotecario gravante sull'immobile, la sola esistenza - in sé - del vincolo non costituisce un concreto pregiudizio atto a sorreggere da solo la domanda risarcitoria per l'acquirente dell'immobile.

Società

■ Cassazione, sez. I, 12 novembre 2004, n. 21520

Società di persone - "Contemplatio domini"

Nelle società in nome collettivo in base al combinato disposto degli artt. 2293, 2266 c.c., la rappresentanza dell'ente spetta, disgiuntamente, a ciascun socio e - salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo - si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, in quanto la legge presume che la volontà dichiarata dal rappresentante nell'interesse della società corrisponda alla volontà sociale. A tal fine non è necessario che per manifestare il rapporto rappresentativo ("contemplatio domini") il socio amministratore usi formule sacramentali, ma è sufficiente che dalla modalità e dalle circostanze in cui ha svolto l'attività negoziale e dalla struttura e dall'oggetto del negozio, i terzi possano riconoscerne l'inerzia all'impresa sociale, sì da poter presumere che l'attività è espletata nella qualità di socio amministratore. (Nella specie relativa ad un contratto con il quale era stato pattuito il subentro nella locazione di un esercizio commerciale, la S.C. ha ritenuto che il comportamento della socia amministratrice fosse idoneo a portare a conoscenza della controparte il fatto che ella agiva in rappresentanza della società, in quanto colei era amministratrice unica della medesima, la s.n.c. era titolare del rapporto di locazione e l'oggetto del contratto ineriva all'impresa sociale).

Società di capitali - Tutela dell'affidamento dei terzi nella fase di costituzione della società

Coloro i quali contraggono obbligazioni in nome di una costituenda società di capitali, assumono, in forza dell'art. 2331 c.c., responsabilità personale e diretta, la quale permane, salvo patto contrario, anche quando la società abbia conseguito la personalità giuridica e ratificato le operazioni compiute anteriormente in suo nome, atteso che la norma citata mira a tutelare l'affidamento dei terzi, i quali non conoscendo la consistenza patrimoniale dell'organismo sociale in via di costituzione, hanno negoziato fidando sulla solvibilità di coloro che hanno agito per il medesimo.

■ Cassazione, sez. I, 26 ottobre 2004, n. 20771

Amministratori - Responsabilità degli amministratori verso terzi creditori estranei alla società.

In tema di società di capitali, nei confronti dei terzi creditori estranei all'organizzazione sociale, tra amministratore e società opera, in generale il principio di immedesimazione organica, il quale comporta che la relativa obbligazione sorga direttamente in capo a quest'ultima, mentre una (cor)responsabilità a carico dell'amministratore in aggiunta o in alternativa a quella della società è configurabile, malgrado il rapporto di immedesimazione organica, soltanto

se introdotta in modo espresso da specifiche disposizioni di legge.

■ Cassazione, sez. I, 15 luglio 2004, n. 13106 - Pres. Olla - Rel. Criscuolo - O. S.p.a. ed altri c. V. S.p.a. ed altra

Società per azioni - Azioni - Qualità di socio - Acquisto - Iscrizione nel libro dei soci - Potere discrezionale della società - Esclusione - Conseguenze in ipotesi di illegittimo rifiuto del "transfert".

Il compimento delle formalità previste dalla legge (artt. 2021 - 2023 c.c.: cosiddetto "transfert") - e tra esse, l'iscrizione nel libro dei soci - come necessarie per l'esercizio dei diritti sociali non è affidato ad un potere discrezionale della società, la quale è tenuta a dar corso ai relativi adempimenti, una volta verificata la conformità a diritto del trasferimento dei titoli. Ne consegue che, ove la società rifiuti il "transfert" richiesto dall'alienante o dall'acquirente, e il rifiuto si riveli "ab origine" illegittimo, la società medesima non può addurre tale rifiuto per paralizzare il legittimo esercizio dei diritti (tra cui quello di opzione, di cui all'art. 2441 c.c. prev.) spettante all'acquirente dei titoli cui legalmente compete la qualità di socio.

Successioni

■ Cassazione, sez. II, 9 settembre 2004, n. 18135 - Pres. Calfapietra - Rel. Settimj - T e altr C. c. D. e altri

Eredità - Divisione - Divisione ereditaria - Operazioni divisionali - Formazione dello stato attivo dell'eredità - Immobili non divisibili - Non comoda divisibilità - Nozione.

In tema di divisione giudiziale, l'art. 720 c. c., che disciplina l'ipotesi della non comoda divisibilità di immobili, costituisce una deroga al principio generale posto dall'art. 718 c. c., il quale attribuisce a ciascun coerede il diritto di conseguire in natura la parte dei beni a lui spettanti con le modalità stabilite dai successivi artt. 726 e 727. Ne consegue che la non comoda divisibilità di un immobile va ritenuta ove risulti adeguatamente accertata la ricorrenza dei relativi presupposti, i quali consistono, sotto l'aspetto strutturale, o nell'estrema ipotesi dell'irrealizzabilità fisica del frazionamento, o nell'impossibilità in concreto di realizzare porzioni suscettibili di formare oggetto di autonomo e libero godimento, non compromesso da servitù, pesi o limitazioni eccessivi, e non richiedenti opere complesse e/o di notevole costo e, sotto l'aspetto economico-funzionale, nel sensibile deprezzamento del valore delle porzioni rispetto al valore dell'intero (nella specie, è stata confermata la non comoda divisibilità di un maso d'alpeggio in Trentino, "qualificato dall'unitarietà dell'insieme e dall'interdipendenza funzionale tra le componenti dei due piani richiesta dall'originaria sua destinazione, tipica dei luoghi

ed in quanto tale apprezzabile nel suo caratteristico complesso”).

■ Cassazione, sez. II, 7 settembre 2004, n. 17988 - Pres. Vella - Rel. Scherillo - D. C. c. D. S.

Eredità - Possesso - Coerede non detentore - Perdita del compossesso - Condizioni - Fattispecie.

La detenzione di un bene da parte di un coerede non priva gli altri coeredi (non detentori) del compossesso del bene ereditario, perché costoro succedono nella stessa situazione possessoria che faceva capo al “de cuius”, senza necessità di alcun atto materiale di apprensione (nell’affermare il principio di diritto che precede, la S.C. ha, nella specie, ritenuto, peraltro, configurabile in termini di spoglio il rifiuto di consegna delle chiavi di un immobile opposto agli altri coeredi dal coerede detentore che aveva altresì impedito loro anche il semplice accesso all’immobile, osservando, ancora, che integra senz’altro gli estremi dello spoglio - tutelabile con l’apposita azione di reintegrazione - l’atto a mezzo del quale il coerede detentore miri, anche senza violenza materiale, a modificare arbitrariamente a proprio vantaggio, ed in danno agli altri coeredi non detentori, la relazione di fatto con il bene, trasformando il compossesso in possesso esclusivo, e conseguentemente escludendo gli altri dalla possibilità di goderne allo stesso modo).

Tributi

■ Cassazione, sez. V, 16 novembre 2004, n. 21644

ICI

Perché sussista il presupposto impositivo relativo a un’area edificabile è necessaria la compresenza del piano di lottizzazione e della possibilità concreta ed effettiva di edificare: è insufficiente l’edificabilità contemplata solo dal piano regolatore se mancano piani particolareggiati o l’edificabilità è di fatto “bloccata” da misure normative di salvaguardia che la precludono.

■ Cassazione, sez. V, 5 novembre 2004, n. 21203

IRAP

Non sono assoggettabili ad IRAP i professionisti che svolgono la propria attività avvalendosi unicamente di beni strumentali e di collaborazioni occasionali rese da terzi.

■ Cassazione, sez. V, 27 ottobre 2004, n. 20854

ICI - Efficacia delle variazioni delle risultanze catastali definitive.

Le variazioni delle risultanze catastali definitive, non dovute a mutamenti dello stato o della destinazione dei beni, in-

dividuati quali circostanze storicamente sopravvenute, o a correzioni di errori materiali di fatto, anche se sollecitate all’ufficio dal contribuente sono efficaci a decorrere dall’anno d’imposta successivo a quello nel corso del quale le modifiche medesime sono state annotate negli atti catastali (c.d. messa in atti).

■ Cassazione, sez. V, 10 settembre 2004, n. 18294 - Pres. Saccucci - Rel. Merone - Comune di Tavernelle Val di Pesa c. M.

Imposte e tributi - Imposta comunale sugli immobili - Presupposto - Possesso dell’immobile - Assegnatario di alloggio in cooperativa - obbligo di pagamento dell’imposta - Sussistenza.

L’art. 1 del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 stabilisce che presupposto dell’imposta comunale sugli immobili è “il possesso” di fabbricati (o di altri immobili ivi indicati); pertanto è tenuto al pagamento dell’imposta l’assegnatario, anche provvisorio, di alloggio di cooperativa edilizia, nonostante non sia stato ancora stipulato l’atto notarile di trasferimento della proprietà in suo favore.

■ Cassazione, sez. V, 10 settembre 2004, n. 18269 - Pres. Cristarella Orestano - Rel. Ruggiero - T. c. Ministero delle finanze

Invim - Imposte e tributi - Cessione volontaria di area compresa in piano a fini speciali per l’edilizia abitativa - In favore dell’ente espropriante - Esenzione ex art. 2, ultimo comma, D.P.R. n. 643 del 1972 - Spettanza.

In tema di Invim, l’esenzione dall’imposta prevista dall’art. 2, ultimo comma, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, per l’“atto di trasferimento a seguito... della cessione all’espropriante in caso di procedura espropriativa per pubblica utilità” si riferisce alle ipotesi in cui il trasferimento di proprietà consegua alla cessione volontaria, ma pur sempre nel contesto di un’espropriazione già programmata, ancorché non pervenuta alla fase conclusiva del provvedimento ablativo.

Vendita

■ Cassazione, sez. II, 28 ottobre 2004, n. 20867

Compravendita - Contratto preliminare - Termine essenziale - Clausola “entro e non oltre” - Enunciazione di stile - Valutazione del concreto interesse delle parti.

Non basta “scrivere” che il termine indicato nel negozio è essenziale, bisogna dimostrare che è effettivamente tale: clausole del tipo “entro e non oltre” sono da considerare mere enunciazioni di stile, laddove non siano supportate da una valutazione complessiva relativa all’effettiva utilità economica perseguita dalle parti

Successioni

La decorrenza della prescrizione nell'azione di riduzione

CASSAZIONE, sez. unite, 25 ottobre 2004, n. 20644
 Pres. Corona - Rel. Triola - P.M. Iannelli - P. N. c. P. L. ed altri

Testamento olografo - Individuazione del termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di riduzione - Dalla data di pubblicazione del testamento olografo - Dalla data di apertura della successione - Dall'accettazione dell'eredità solo ove il chiamato assuma espressamente nel relativo verbale la qualità di erede

In merito all'individuazione del giorno di decorrenza della prescrizione per l'azione di riduzione nel caso di disposizioni testamentarie che ledono il diritto di legittima, il termine non decorre dal giorno di apertura della successione e nemmeno dal giorno di pubblicazione del testamento, ma "alla pubblicazione del testamento può essere ricollegata, ai sensi dell'art. 475 c.c., l'accettazione dell'eredità (e, correlativamente, la decorrenza del termine di prescrizione per l'azione di riduzione) solo ove il chiamato assuma espressamente nel relativo verbale la qualità di erede", oppure "il chiamato abbia compiuto in precedenza atti idonei a comportare l'accettazione dell'eredità".

(omissis)

Motivi della decisione

Va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi.

Con il ricorso principale viene riproposta la questione della individuazione del termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di riduzione, ed è per risolvere il contrasto esistente sul punto che la causa è stata rimessa alle Sezioni unite di questa S.C.

Secondo un orientamento il termine di prescrizione dell'azione di riduzione decorre dalla data di apertura della successione (sent. 7 maggio 1987 n. 4230, per la quale non ha rilievo l'individuazione del momento in cui il legittimario ha scoperto la lesione della propria quota di riserva; sent. 25 novembre 1997 n. 11809, per la quale non rilevano né l'eventuale ignoranza dell'esistenza di un testamento, né la circostanza che eventualmente il testamento olografo non sia in possesso del legittimario).

Secondo una più recente decisione (sent. 15 giugno 1999 n. 5920, la quale si ricollega alla sentenza 17 gennaio 1970 n. 99), invece, il termine di prescrizione dell'azione di riduzione inizia a decorrere dalla pubblicazione del testamento. Soltanto da tale momento, che determina una presunzione *iuris tantum* di conoscenza delle disposizioni lesive, i legittimari sono in condizione di fare valere il loro diritto e richiedere la riduzione delle disposizioni lesive della propria quota di riserva, atteso che da tale data, salvo prova contraria, sono a conoscenza della lesione. In base al combinato disposto degli artt. 620 e 623 c.c., in relazione all'art. 2935 c.c., secon-

do cui la prescrizione comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, la riduzione delle disposizioni contenute in un testamento non può essere chiesta se le stesse non sono ancora a conoscenza di coloro che da quelle disposizioni hanno visto lesa il proprio diritto di legittimari e a nulla rileva che il testamento sia esecutivo.

Tale decisione ha, poi, aggiunto che, anche se il testamento pubblico è eseguibile subito, e sin dall'apertura della successione (art. 61 legge notarile e *a contrariis* ex art. 623, comma 4, c.c.), la comunicazione agli eredi ed ai legatari prevista dall'art. 623 c.c. deve essere fatta a cura del notaio che il testamento ha ricevuto e solo dall'avvenuta pubblicazione può discendere una presunzione *iuris tantum* di conoscenza delle disposizioni in esso contenute.

Ritiene il collegio che nessuno degli orientamenti esposti meriti completa adesione.

In proposito sembra opportuno premettere due osservazioni.

In primo luogo, nessuna norma prevede che il termine (incontestabilmente quello decennale di cui all'art. 2946 cod. civ.) per esperire l'azione di riduzione decorra dalla data di apertura della successione.

In secondo luogo, un problema di individuazione del termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di riduzione può porsi solo con riferimento alla lesione di legittima ricollegabile a disposizioni testamentarie.

Nel caso in cui la lesione derivi da donazioni, infatti, è indubbio che tale termine decorre dalla data di apertura della successione, non essendo sufficiente il *relictum* a

garantire al legittimario il soddisfacimento della quota di riserva.

Diversa è la situazione che si presenta, invece, con riferimento alla ipotesi in cui la (potenziale) lesione della legittima sia ricollegabile a disposizioni testamentarie.

In tal caso, infatti, il legittimario, fino a quando è chiamato in base al testamento non accetta l'eredità, rendendo attuale quella lesione di legittima che per effetto delle disposizioni testamentarie era solo potenziale, non sarebbe legittimato (per difetto di interesse) ad esperire l'azione di riduzione.

Appare allora evidente, che se manca la situazione di danno (accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base al testamento) alla quale l'azione di riduzione consente di porre rimedio, non può decorrere il termine di prescrizione di tale azione.

Per potere eliminare la situazione di incertezza il legittimario potrà esperire nei confronti del chiamato all'eredità per testamento l'*actio interrogatoria* ex art. 481 cod. civ.

Alla luce di tali considerazioni appare evidente che non si può condividere l'orientamento di cui sono espressione le sentenze 7 maggio 1987 n. 4230 e 25 novembre 1997 n. 11809, in sostanziale applicazione del principio costantemente affermato da questa S.C. secondo il quale, ai fini della decorrenza della prescrizione, non rilevano gli impedimenti di mero fatto all'esercizio del diritto.

Con la sola apertura della successione, infatti, non si è ancora realizzata la lesione di legittima e quindi mancano le condizioni di diritto perché possa iniziare a decorrere il termine per l'esperimento del rimedio predisposto dal legislatore per porre riparo a tale lesione.

L'orientamento in questione può essere ritenuto valido, alla luce del principio in precedenza richiamato in tema di interpretazione dell'art. 2935 cod. civ., nel senso che, successivamente alla accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a testamento, non costituisce ostacolo alla decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di riduzione la mancata conoscenza da parte del legittimario leso di tale accettazione dell'eredità.

Non può condividersi neppure l'orientamento espresso dalla più recente sentenza 15 giugno 1999 n. 5920, a prescindere dalla considerazione che la decorrenza della prescrizione viene ricollegata ad una conoscenza delle disposizioni lesive della legittima desumibile in base ad una presunzione *iuris tantum* di cui non vi è traccia nella legge e che comunque manca di fondamento logico.

Per quanto riguarda il testamento pubblico, infatti, la comunicazione agli eredi e legatari da parte del notaio che l'ha ricevuto, prevista dall'art. 623 cod. civ., potrebbe in astratto valere come presunzione di conoscenza (salvo individuare le concrete conseguenze sul piano giuridico) per i destinatari di tale comunicazione, ma non per il legittimario leso in base a tale testamento.

Per quanto riguarda specificamente il testamento olografo, ricollegando l'inizio della prescrizione dell'azione di riduzione alla pubblicazione dello stesso, a prescindere dal fatto che anche in tal caso non viene chiarito quale sarebbe il fondamento logico di una presunzione di conoscenza da parte dei legittimari, non si tiene conto che: a) tale pubblicazione può anche mancare (cfr. la sentenza di questa S.C. 24 febbraio 2004 n. 3636); b) tale pubblicazione deve essere richiesta da chi è nel possesso del testamento, che potrebbe essere - ed anzi spesso è - persona diversa dal chiamato all'eredità in base ad esso e quindi da essa non è desumibile una accettazione dell'eredità da parte del chiamato; c) alla richiesta di pubblicazione del testamento olografo, anche ove dovesse provenire dal chiamato in base ad esso, non è necessariamente ricollegabile una accettazione dell'eredità, potendo essere fatta esclusivamente in adempimento dell'obbligo di cui all'art. 620, primo comma, cod. civ.

Alla pubblicazione del testamento può essere ricollegata, ai sensi dell'art. 475 cod. civ., l'accettazione dell'eredità (e, correlativamente, la decorrenza del termine di prescrizione per l'esperimento dell'azione di riduzione) solo ove il chiamato assuma espressamente nel relativo verbale la qualità di eredi.

Va, poi, aggiunto che la pubblicazione serve a dare legale esecuzione al testamento olografo, ma nulla esclude che il chiamato in base ad esso abbia compiuto in precedenza atti idonei a comportare l'accettazione dell'eredità e quindi la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di riduzione.

Alla luce di tali considerazioni il ricorso principale, con il quale si censura la sentenza impugnata per avere fatto decorrere il termine per la prescrizione dell'azione di riduzione dalla data di pubblicazione del testamento olografo, va cassata, con rinvio, per un nuovo esame, alla Corte di appello di Napoli, anche per le spese del giudizio di legittimità, che si atterrà al seguente principio di diritto:

“Il termine di prescrizione dell'azione di riduzione decorre dalla data di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a disposizioni testamentarie lesive della legittima”.

Il ricorso incidentale, con il quale si censura la sentenza impugnata, per avere escluso la nullità della divisione operata da V. A. P., con il testamento in data 10 agosto 1968, senza tenere conto che la posizione della moglie superstite quale riservataria andava stabilita con riferimento all'epoca dell'apertura della successione (avvenuta nella vigenza della riforma del diritto di famiglia) e non all'epoca della confezione del testamento, va rigettato.

Pur dovendosi riconoscere, infatti, l'errore in cui è incorso la sentenza impugnata in ordine alla affermazione in diritto, e pur dovendosi riconoscere che l'eventuale nullità del testamento per pretermissione di un

legittimario (nella specie la moglie del *de cuius*) farebbe venire meno la base per l'esperimento dell'azione di riduzione, secondo quanto risulta dalla sentenza impugnata, il *de cuius* lasciò alla moglie l'usufrutto dell'intero patrimonio, per cui non si può parlare di legittimario pretermesso ai sensi dell'art. 735, primo comma, cod. civ., ma eventualmente di legittimario leso, ai sensi dell'art. 735, secondo comma, cod. civ., senza incidenza sulla validità del testamento e con

semplice possibilità di esperimento dell'azione di riduzione.

P.Q.M.

la Corte riunisce i ricorsi; accoglie il ricorso principale e rigetta il ricorso incidentale; in relazione all'accoglimento del ricorso principale cassa la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte di appello di Napoli anche per le spese del giudizio di cassazione.

IL COMMENTO

di Giulia Salvador

L'individuazione del termine a decorrere dal quale si prescrive l'azione di riduzione avverso disposizioni testamentarie lesive di legittima riveste un'importanza fondamentale poiché incide sulla certezza che un terzo può avere nell'acquisto di beni ereditari. Sul tema si sono sviluppati contrastanti orientamenti giurisprudenziali le cui conclusioni, pur muovendo da obiettivi di certezza giuridica, non sono condivisibili. Ancorare il decorso del termine della prescrizione al momento dell'accettazione da parte dell'erede sulla base di disposizioni testamentarie crea ancora maggior incertezza ai fini di individuare la titolarità delle situazioni giuridiche e non tutela per nulla il legittimario. Sarebbe forse preferibile che la giurisprudenza individuasse caso per caso il momento dell'inizio della prescrizione dell'azione di riduzione, in dipendenza dell'esistenza effettiva delle condizioni di diritto.

Con la sentenza in commento n. 20644 del 25 ottobre 2004, la Corte Suprema, a sezioni unite, mira a dirimere il contrasto giurisprudenziale esistente sull'individuazione del termine a decorrere dal quale si prescrive l'azione di riduzione avverso disposizioni testamentarie lesive di legittima (1).

In giurisprudenza sul tema si erano sviluppati due orientamenti contrapposti: l'uno sostenente la decorrenza dal momento dell'apertura della successione, l'altro dal diverso momento successivo nel quale a seguito della pubblicazione è data esecutività alle disposizioni testamentarie. In ragione del contrastante orientamento giurisprudenziale, la causa viene rimessa alle Sezioni Unite che con una motivazione attenta all'analisi delle diverse posizioni alternatesi nel tempo ed ai principi di diritto in tema di azioni a tutela dei legittimari e di prescrizione dell'azione giunge a conclusioni difformi da entrambi gli orientamenti sin d'ora sviluppati.

Il caso

Tale pronuncia trae origine dalla pubblicazione, avvenuta dieci anni dopo la morte del *de cuius*, del testamento olografo di "Tizio", che disponeva una divisione lesiva dei diritti di alcuni dei legittimari. Questi ultimi, già eredi legittimi del defunto, esperivano l'azione di riduzione per la reintegrazione dei loro diritti di riserva. L'impugnazione veniva rigettata in primo grado dal Tribunale di Isernia, che accertava l'intervenuta prescrizione del diritto. Avverso tale decisione, gli attori proponevano appello, che la Corte d'appello di Campobasso accoglieva riprendendo i principi già espressi dalla Corte Suprema con la pronuncia di data 15 giugno 1999, n. 5920 (2), secondo cui il termine di prescrizione dell'azione di riduzione decorre dalla data di pubblicazione del testamento.

La causa, quindi, approdava in Corte di Cassazio-

Note:

(1) La pronuncia non si sofferma ad analizzare il diverso caso in cui la lesione della legittima derivi da donazione. D'altra parte, sia in dottrina che in giurisprudenza, non vi è dubbio che in tal caso il termine di prescrizione dell'azione di prescrizione decorra dall'apertura della successione o da una data posteriore, se il titolo attributivo delle qualità di legittimario viene costituito successivamente: infatti, sussiste fin dall'apertura della successione la certezza dell'incapienza del *relictum* a garantire al legittimario il soddisfacimento della quota di riserva. In giurisprudenza per tutte rileva la Cass., 27 ottobre 1995, n. 11203, *Giust. civ.*, 1996, I, pag. 375 con nota di R. Triola, secondo cui: "L'azione di riduzione può essere esercitata soltanto al momento dell'apertura della successione, allorquando si può valutare la sussistenza della lesione della legittima e far valere il relativo diritto. È, pertanto, solo da quello stesso momento che il possesso per l'usucapione incomincia a decorrere contro il legittimario che agisce in riduzione." In dottrina: V. E. Cantelmo, *L'attuazione della tutela*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, p. 538 ss.; V. Carbone, *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittimità*, in *Dig. di sc. priv. sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 620 ss.; L. Bigliuzzi Geri - F. D. Busnelli - U. Breccia - U. Natoli, *Diritto civile, Le successioni a causa di morte*, 4**, Torino, 1996, p. 247; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, parte speciale, successione necessaria*, op. cit., p. 333; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte, parte speciale, successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XLIII, t. 2, Milano, 2000, p. 333 ss.; A. Palazzo, *Riduzione (azione di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1997, p. 2.

(2) Pubblicata in *Giust. civ.*, 2000, p. 3295, con nota di D. Moscuza.

ne, che, a sezioni unite, con la pronuncia in commento cassa la sentenza di appello rinviando la causa alla Corte di appello di Napoli, che si dovrà attenere al principio di diritto secondo cui: "Il termine di prescrizione dell'azione di riduzione decorre dalla data di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a disposizioni testamentarie lesive della legittima".

I motivi della decisione

La Corte Suprema, ritenuto quale assunto incontrovertibile la non imprescrittibilità dell'azione (3), motiva le conclusioni raggiunte da un lato analizzando e contestando gli orientamenti giurisprudenziali sviluppati sin d'ora; dall'altro lato, dimostrando la fondatezza delle conclusioni raggiunte con un'approfondita motivazione basata su un'interpretazione sistematica delle norme in materia, che, però, come si vedrà in seguito, presenta alcune lacune.

In primo luogo, quindi, vengono analizzate le diverse tesi di cui di volta in volta si è fatta portavoce la giurisprudenza.

Secondo un primo orientamento, il termine di prescrizione decorre dalla data dell'apertura della successione, non rilevando che il legittimario sia posto nella condizione di venire a conoscenza dell'intervenuta lesione della legittima solo a seguito della pubblicazione del testamento.

Tale tesi è stata sostenuta dalla Corte di Cassazione con le sentenze n. 5611 del 28 novembre 1978; n. 4230 del 7 maggio 1987; n. 5731 del 22 ottobre 1988; n. 817 del 25 gennaio 1992 e n. 11809 del 25 novembre 1997 (4).

In particolar modo, quest'ultima pronuncia ha ribadito che: "Il termine di prescrizione dell'azione di riduzione del legittimario decorre dalla data di apertura della successione, non rilevando, né l'eventuale ignoranza dell'esistenza di un testamento, né la circostanza che eventualmente il testamento olografo non sia in possesso del legittimario, dal momento che ai sensi dell'art. 2935 c. c., costituiscono cause ostative all'esercizio del diritto e quindi al decorso del termine prescrizione soltanto gli impedimenti legali e non anche quelli di fatto o di natura esclusivamente soggettiva".

Secondo tale orientamento giurisprudenziale la mancata conoscenza del testamento è uno stato soggettivo di ignoranza in cui versa il titolare del diritto sull'esistenza del medesimo, anche nel caso in cui il testamento non sia stato pubblicato.

Nella stessa sentenza n. 11809 del 1997, a sostegno di tale impostazione, si precisa che nel caso di testamento olografo, a norma dell'art. 620 c.c., chiunque vi abbia interesse può chiedere al tribunale che sia fissato giudizialmente un termine per la sua pubblicazione. Avverso tale considerazione bisogna, però, sottolineare che l'istanza, dovendo essere diretta ad un soggetto specifico, può essere attuata solo da chi è già a conoscenza dell'esistenza di un testamento olografo conservato da

un determinato soggetto (5); ne consegue che tale assunto probante non può avere una valenza di natura generale.

La sentenza in commento rigetta tale orientamento, ritenendo che non si possa far decorrere la prescrizione dall'apertura della successione, poiché in quel momento non si è ancora realizzata la lesione dei diritti dei legittimari. Non sussisterebbero, quindi, le condizioni di diritto per l'esperimento dell'azione di riduzione, che, se esperita, dovrebbe essere rigettata per la mancanza di un interesse ad agire.

La contestazione del primo orientamento giurisprudenziale non implica per la Corte Suprema adesione al secondo. Anzi, quest'ultimo viene anch'esso sottoposto ad un vaglio critico.

La sentenza fa riferimento ad una recente decisione (6) secondo cui "Il termine decennale di prescrizio-

Note:

(3) La Suprema Corte nella sentenza in commento specifica come sia "incontestabile quello decennale di cui all'art. 2946 c.c.". D'altra parte dottrina e giurisprudenza prevalenti sono concordi nel ritenere che l'azione di riduzione in quanto azione a natura personale tendente ad accertamento costitutivo sia soggetta a prescrizione decennale. In dottrina: V. E. Cantelmo, *cit.*, p. 538 ss.; V. Carbone, *cit.*, p. 620 ss.; L. Mengoni, *op. cit.*, p. 333 ss.; A. Palazzo, *cit.*, 2. In giurisprudenza: Cass., 15 giugno 1999, n. 5920, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3293 ss., con nota di D. Moscuza; Cass., 25 gennaio 1992, n. 817; Cass., 22 ottobre 1988, n. 5731, in *Vita not.*, 1988, p. 735; Cass., 29 gennaio 1971, n. 817; 220, *Foro it.*, p. 916. Sostiene l'imprescrittibilità dell'azione: L. Ferri, *Dei legittimari* (art. 536 - 564), in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna - Roma, 1981, p. 262 ss. In giurisprudenza: App. Genova, 6 novembre 1965, *Temi gen.*, 1965, p. 244; Trib. Venezia, 15 luglio 1960, in *Foro it.*, 1960, I, p. 1416.

(4) Si citano, inoltre: Cass., 30 luglio 1966, n. 2130 e Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, in *Foro it.*, 1962, I, p. 1472. In dottrina tale tesi non ha trovato considerevole seguito: V. R. Casulli, *Riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della legittima*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1063; G. Tamburrino, *Successione necessaria (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1375, indicano quale termine iniziale del decorso della prescrizione l'apertura della successione. Tale assunto viene espresso senza prendere in esame casi come quello della dichiarazione giudiziale successiva alla morte del *de cuius* della filiazione naturale ovvero la scoperta di un testamento olografo sconosciuto ai legittimari. Quegli autori, invece, che ipotizzano tali fattispecie, concludono che nel primo caso l'azione decorra dal passaggio in giudicato della sentenza, nel secondo caso dal momento della pubblicazione del testamento. Sul punto v.: V. E. Cantelmo, *cit.*, p. 538 ss.; V. Carbone, *cit.*, p. 620 ss.; L. Bigliuzzi Geri - F. D. Busnelli - U. Breccia - U. Natoli, *op. cit.*, p. 247; L. Mengoni, *op. cit.*, p. 333; A. Palazzo, *cit.*, p. 2.

(5) G. Branca, *Dei testamenti speciali; della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti speciali*. (art. 609 - 623) in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna - Roma, 1988, p. 75 ss.; in questi termini Corte di appello di Trento, 19 dicembre 1998, in *Il nuovo diritto*, 1999, II, p. 849 ss. secondo cui: "Né a diverso risultato concorre la disposizione dell'art. 620 c.c. spesso invocata dalla dottrina, che sostiene che la prescrizione decorre dall'apertura della successione. Infatti, come si evince dall'art. 749 c.c. (che detta le regole di procedura da osservare nei procedimenti di fissazione di un termine), la istanza di fissazione di un termine deve per necessità essere diretta nei confronti del soggetto che si conosce essere in possesso del testamento da pubblicare ma non può essere promossa nei confronti di soggetti che si ignorino in possesso del testamento."

(6) Cass., 15 giugno 1999, n. 5920, *cit.*, p. 3293 ss., la quale si ricollega alla sentenza della Cass., 17 gennaio 1970 n. 99, in *Mass. Giust. civ.*, (segue)

ne dell'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie decorre dalla data di pubblicazione del testamento e non da quella di apertura della successione. Invero, il termine decennale di prescrizione dell'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie non può che decorrere dalla data di pubblicazione del testamento e non dall'apertura della successione. Tanto si desume dal combinato disposto degli artt. 620 e 623 c. c. in relazione all'art. 2935 stesso codice. Non v'è dubbio, infatti, che, poiché a norma dell'art. 2935 la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, non può che conseguire che la riduzione delle disposizioni contenute in un testamento non possa esser chiesta se le stesse non siano ancora a conoscenza di coloro che da quelle disposizioni hanno visto leso il proprio diritto di legittimari ed a nulla rileva che il testamento sia esecutivo. Anche se il testamento pubblico è eseguibile subito, e quindi sin dall'apertura della successione (art. 61 legge notarile e, *a contrariis*, ex art. 620, comma 4, cod. civ.), infatti la comunicazione agli eredi ed ai legatari deve essere fatta a cura del notaio che il testamento ha ricevuto a norma dell'art. 623 cod. civ. e solo dall'avvenuta pubblicazione può discendere una presunzione "*iuris tantum*" di conoscenza delle disposizioni in esso contenute. Da tale data soltanto, infatti, i legittimari possono far valere il loro diritto e richiedere la riduzione delle disposizioni lesive della propria quota di riserva atteso che solo da tale data, salvo prova contraria, sono in condizioni di far valere il loro diritto, essendo soltanto da tale momento a conoscenza della lesione." (7)

Tale ultimo orientamento giurisprudenziale è suffragato dalla più recente dottrina concorde nel sostenere che la prescrizione comincia a decorrere dalla data della pubblicazione del testamento, dalla quale deriva una presunzione *iuris tantum* della conoscenza delle disposizioni lesive (8).

La sentenza in commento rigetta tale impostazione sostenendo che la pubblicazione non importa lesione dei diritti dei legittimari. Si sottolinea, infatti, che la pubblicazione del testamento non incide sulla validità o sugli effetti del testamento, bensì solo sulla sua esecutività: la sua utilità si esplica prevalentemente allorché vi sia necessità di far valere in giudizio i diritti derivanti dalla scheda testamentaria. Ulteriormente, la Corte di Cassazione afferma l'inesistenza una presunzione *iuris tantum* della conoscenza delle disposizioni lesive, poiché mancherebbero delle norme che la disponessero e, comunque, l'assunto sarebbe privo di fondamento logico. Né si reputa abbia funzione di pubblicità notizia la comunicazione che il notaio è tenuto ad effettuare agli eredi e legatari di cui all'art. 623 c.c. (9).

La Corte Suprema ha reputato, quindi, di non dover accogliere nessuno dei due orientamenti espressi sin d'ora dalla stessa giurisprudenza di legittimità, sviluppando un autonomo procedimento logico.

La medesima innanzitutto precisa che:

– non esiste una norma che indichi quale termine di decorrenza della prescrizione quello dell'apertura della successione;

– tale termine dovrebbe coincidere con quello dell'intervenuta lesione di legittima ricollegabile a disposizioni testamentarie;

– la lesione della legittima diviene reale solo con l'accettazione dell'eredità da parte dell'erede testamentario;

– solo da quel momento in poi il legittimario avrebbe interesse ad agire per l'azione di riduzione, non prima.

Si sottolinea poi che chiunque vi abbia interesse, ivi incluso quindi il legittimario leso, per eliminare la situazione di incertezza potrà sempre esperire l'*actio interrogatoria* ai sensi dell'art. 481 c.c.

Note:

(segue nota 6)

1970, p. 57, secondo cui "Il termine di prescrizione dell'azione di riduzione di disposizioni testamentarie decorre dalla data della pubblicazione del testamento, circostanza dalla quale deriva una presunzione *iuris tantum* di conoscenza del testamento medesimo a carico di tutti gli interessati, presunzione vincibile con la prova dell'ignoranza dell'esistenza del testamento." Esprimono i medesimi principi di diritto: Corte di appello di Brescia, 3 maggio 2000, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3295 ss.; Corte di appello di Trento, 19 dicembre 1998, in *Il nuovo diritto*, 1999, II, p. 849 ss.

(7) La pronuncia ha il pregio di tentare un'analisi sistematica della disciplina della pubblicazione del testamento, seppur si debbono considerare delle lacune. Non pare, innanzitutto, del tutto giustificato distinguere, da un lato, il testamento pubblico e, dall'altro lato, il testamento olografo e segreto. Infatti, tutti sono soggetti ad una forma di pubblicazione, seppur con modalità pratiche diverse. Il testamento pubblico non è immediatamente pubblicato; l'art. 61 della Legge 16 febbraio 1913, n. 89 (L. not.) prescrive che il medesimo dopo la morte del testatore, e su richiesta di chiunque possa avervi interesse dovrà essere passato dal fascicolo e repertorio speciale degli atti di ultima volontà a quello generale degli atti notarili. Solo dopo questo momento ai sensi dell'art. 622 c.c. il notaio sarà tenuto a trasmettere alla cancelleria del tribunale, nella cui giurisdizione si è aperta la successione, copia del testamento pubblico affinché esso sia iscritto al registro delle successioni. Quest'ultimo ha la precipua funzione di facilitare la conoscenza dell'esistenza e del contenuto del testamento, a chiunque ne faccia richiesta: è una forma di pubblicità notizia. Si potrebbe giungere a sostenere che la presunzione *iuris tantum* della conoscenza delle disposizioni testamentarie derivi dall'iscrizione al registro delle successioni e non al momento prodromico e strumentale della pubblicazione.

(8) Si esprime in questo senso: V. E. Cantelmo, *cit.*, p. 538 ss.; V. Carbone, *cit.*, p. 620 ss.; A. Palazzo, *cit.*, p. 2.

(9) In merito a tale ultimo assunto, non si comprende il perché la Corte di Cassazione abbia preso in esame esclusivamente tale forma di comunicazione del testamento quando altri sono gli strumenti predisposti dal nostro ordinamento giuridico per dare la massima conoscenza possibile dell'esistenza di un testamento. Si fa riferimento, in primo luogo, al registro delle successioni: ai sensi dell'art. 622 c.c., infatti, il notaio deve trasmettere alla cancelleria del tribunale, nella cui giurisdizione si è aperta la successione, copia in carta libera dei verbali previsti dagli articoli 620 e 621 del testamento pubblico affinché vengano iscritti al registro stesso. Tale forma di pubblicità ha valenza di pubblicità - notizia. Non bisogna poi dimenticare il registro generale dei testamenti istituito presso il Ministero di Grazie e Giustizia dalla L. 25 maggio 1981 n. 307, in esecuzione della Convenzione firmata a Basilea il 16 maggio 1972 allo scopo di facilitare le ricerche dei testamenti e di impedire che essi siano ignorati o conosciuti tardivamente. Nei paragrafi successivi si tratterà dei riflessi che tali forme di pubblicità possano avere relativamente alla problematica in esame.

Svolta tale considerazione, la Corte Suprema, soffermandosi esclusivamente a trattare del testamento olografo, sostiene che la pubblicazione del medesimo potrebbe anche mancare e che la stessa, non implicando accettazione dell'eredità devoluta per testamento, non integra di per sé lesione della legittima

Sulla base di tali considerazioni, la Corte di Cassazione cassa la sentenza impugnata rinviandola alla Corte di appello di Napoli che dovrà attenersi al seguente principio di diritto: "il termine di prescrizione dell'azione di riduzione decorre dalla data di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a disposizioni testamentarie lesive della legittima".

L'individuazione del momento in cui si verifica la lesione dei diritti di legittima

La pronuncia di diritto espressa dalla Corte Suprema, nel tentativo lodevole di esprimere un principio generale idoneo ad individuare il termine dal quale decorre la prescrizione ad un momento preciso, conoscibile e valevole per tutti i casi di lesione derivante da disposizioni testamentarie, rischia di determinare maggiori problematiche (10).

Innanzitutto, non è concretamente applicabile ai casi in cui la lesione sia stata determinata da disposizioni a titolo particolare. Inoltre, si creano profonde incertezze nei casi limite quale quello da cui è scaturita tale pronuncia (11). Prima si apre la successione legittima e gli eredi accettano l'eredità; in seguito dopo dieci anni da tale data viene scoperto un testamento olografo che istituisce i successori legittimi, attribuendo loro però una quota ereditaria diversa ovvero predisponendo una divisione che lede i diritti di legittima di alcuni dei successori (12). In tal caso, gli eredi legittimi si considerano come eredi testamentari senza necessità di un'ulteriore accettazione delle disposizioni testamentarie, come d'altra parte risulta dal dettato dell'art. 483, secondo comma, c.c. (13). La loro stessa accettazione, inoltre, può essere stata espressa in forme inadeguate a fornire ai terzi un'adeguata pubblicità; essa può essere espressa come tacita, per non prendere in considerazione quei casi in cui l'acquisto dell'eredità avviene indipendentemente dal compimento di un atto di accettazione da parte del chiamato ed è, piuttosto, direttamente disposto dalla legge come effetto di determinate situazioni obiettivamente considerate. Si tratta delle fattispecie disciplinate dagli articoli 485 e 527 c.c., per le quali correttamente, la prevalente dottrina ha constatato la definizione di fattispecie di acquisto dell'eredità senza accettazione (14).

In questi ultimi casi e nel caso di accettazione tacita non è imposta alcuna forma di pubblicità; per i terzi diviene operazione a dir quasi impossibile il verificare se sia o meno intervenuta l'accettazione. Questa, inoltre, da parte dell'erede istituito con disposizioni testamentarie lesive può verificarsi anche dopo diversi anni, impedendo così l'inizio del decorso della prescrizione, sacrificando

gli interessi che sono sottesi alla stessa disciplina della prescrizione dell'azione senza il bilanciamento della realizzazione della tutela di interessi da ritenersi sovraordinati (15).

Il principio a cui si è attenuta la Corte di Cassazione nella pronuncia in commento, quindi, non può ritenersi funzionale al risultato pratico né di dare certezza giuridica in merito all'inizio del decorrere della prescrizione, né di sanzionare l'eventuale inattività del legittimario, non avendo egli la possibilità giuridica in alcuni casi di venire a conoscenza sia delle disposizioni testamentarie. Si comprende che l'assunto espresso dalla pronuncia in commento non realizza un adeguato bilanciamento degli interessi conflittuali in gioco, quali quello dei legittimari lesi da un lato e quello della certezza della titolarità di un diritto e quindi della sicurezza dei traffici giuridici dall'altro.

Il risultato a cui giunge la sentenza, inoltre, non è sorretto da motivazioni pienamente convincenti. Due sono gli aspetti che debbono essere analizzati:

a) se il verificarsi della lesione dei diritti dei legittimari sia effettivamente subordinata all'accettazione dell'eredità da parte dell'erede testamentario;

b) se il termine da cui decorre la prescrizione è subordinato al verificarsi dell'effettiva lesione del diritto

Note:

(10) Sottolinea tali problematiche: Settore Studi C.N.N. - Segnalazione di Novità (M. Leo), *Le Sezioni Unite sulla prescrizione dell'azione di riduzione*.

(11) Analogo caso è quello che ha dato luogo alla pronuncia della Corte di appello di Trento, 19 dicembre 1998, *cit.*, p. 849 ss.

(12) Il testamento potrebbe anche essere stato occultato fraudolentemente dall'erede istituito; in tal caso, a prescindere dalla difficoltà di provare il dolo nell'occultamento, si potrebbe ritenere che l'erede istituito incorra nel caso d'indegnità previsto dall'art. 463 c.c.. Ciò potrebbe essere dubbio e, comunque, resterebbero sempre salvi i diritti di rappresentazione. Si comprende come ciò potrebbe essere strumentalmente utilizzato per eludere i diritti di legittima.

(13) Il principio secondo cui la delazione è unica, sia che essa trovi titolo nella legge che nelle disposizioni testamentarie è oramai indiscusso. Sul punto vedi: Cass., 1 luglio 2002, n. 9513, con nota di A. Alessandrini Calisti, *Rinuncia del chiamato alle disposizioni testamentarie e successione legittima*, in *Riv. not.*, 2003, p. 227 ss., secondo cui: "sia perché l'accettazione della eredità è unica, tanto da potere avvenire anche tacitamente, e quindi senza una esplicita distinzione tra successione legittima o eventualmente testamentaria".

(14) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, p. 169 ss.; G. Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, p. 179 ss..

(15) Il fondamento dell'istituto della prescrizione è stato ravvisato da G. Azzariti - G. Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza* (artt. 2934-2969), 2a ed., in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna - Roma, 1977, p. 202 nell'interesse pubblico di dare certezza ai rapporti giuridici; da F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 187 ss. nell'opportunità di sanzionare l'inerzia ingiustificata del titolare; da F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1986, nella necessità di adeguare la situazione di diritto a quella di fatto. La giurisprudenza individua il fondamento della prescrizione nell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e nell'abbandono del diritto da parte del titolare.

ovvero dal momento in cui il medesimo possa essere fatto valere in giudizio.

Il primo punto in esame propone la questione della veridicità dell'assunto presente nella pronuncia in commento secondo cui: "Il legittimario fino a quando il chiamato in base al testamento non accetta l'eredità, rendendo attuale quella lesione di legittima che per effetto delle disposizioni testamentarie era solo potenziale, non sarebbe legittimato (per difetto di interesse) ad esperire l'azione di riduzione."

Il principio così espresso, in realtà, è di difficile rinvenimento sia in dottrina che in giurisprudenza, ove non sembra neppure posto in discussione il fatto che siano le disposizioni testamentarie di per sé, indipendentemente dall'accettazione dei beneficiari, a determinare una lesione dei diritti di riserva. D'altra parte la più autorevole dottrina sostiene che: "La lesione designa una situazione giuridica, prodotta da liberalità eccessive, che impedisce all'avente diritto l'acquisto della porzione di legittima" (16).

Nel caso di disposizioni testamentarie lesive, indipendentemente dall'accettazione che di esse ne faccia il beneficiario, al legittimario non compete la sua quota di riserva fino al momento del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione. La lesione è fin dall'apertura della successione attuale e non meramente potenziale, anche nel caso in cui la disposizione lesiva non sia un legato o donazione, bensì un'istituzione di erede. Ci si deve chiedere, quindi, se l'eventuale accettazione di quest'ultimo possa cambiare in parte la situazione giuridica del legittimario e la risposta non può essere che positiva. Infatti, con l'accettazione dell'eredità il beneficiario di disposizioni lesive entra nella titolarità e possesso dei beni devolutigli, con la conseguenza che il legittimario congiuntamente all'azione di riduzione dovrà richiedere la restituzione dei beni. L'azione di riduzione è, infatti, secondo il prevalente indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, solo un'azione di accertamento costitutivo diretta esclusivamente a rendere inefficaci le disposizioni testamentarie e gli atti di liberalità nei confronti del legittimario: quest'ultimo si intenderà successore del *de cuius* fin dal momento della sua morte in forza della vocazione necessaria che, per effetto della sentenza stessa, si produce in suo favore (17). L'accertamento costitutivo della sentenza non si qualifica ulteriormente, però, come titolo traslativo al legittimario dei beni oggetto di riduzione; ne discende che se i beni sono in possesso dei beneficiari delle disposizioni egli, in qualità di avente causa a titolo universale del *de cuius*, ne dovrà richiedere anche la restituzione (18). È solo per quest'ultima azione che il legittimario non avrebbe interesse di agire prima dell'accettazione d'eredità del beneficiario di disposizioni testamentarie lesive di legittima.

L'assunto della Corte Suprema, quindi, potrebbe condividersi in riguardo della sola azione di restituzione; infatti, quella di riduzione può ben essere esperita indipendentemente dall'accettazione dei beneficiari di

disposizioni lesive, poiché la sola disposizione testamentaria impedendo al legittimario di conseguire sin dall'apertura della successione la quota di riserva è idonea a ledere i diritti di legittima non solo in via meramente potenziale.

A tali considerazioni si deve aggiungere che a norma dell'art. 459, secondo comma c.c., "L'effetto dell'accettazione risale al momento in cui si è aperta la successione". Qualunque sia il momento temporale in cui viene espressa l'accettazione, gli effetti della stessa retroagiscono al momento dell'apertura della successione. L'erede, pertanto è considerato tale fin dal momento della morte del *de cuius*, anche se la sua accettazione è intervenuta successivamente. La stessa azione di riduzione viene considerata quale "azione di inefficacia sopravvenuta e a retroattività reale" (19): l'acquisto del legittimario, quindi, retroagisce sin dal momento dell'apertura della successione.

Il momento in cui si verifica la lesione di legittima è, quindi, sempre il momento in cui si apre la successione (20).

Giunti a tale considerazione, deve valutarsi se il termine da cui inizia a decorrere il termine prescrizione coincida o meno con quello in cui si verifica la lesione del diritto.

L'irrelevanza del momento lesivo del diritto

Passando alla trattazione della questione indicata sotto la lettera b), bisogna citare il dettato dell'art. 2935 c.c. secondo cui: «La prescrizione decorre dal momento in cui il diritto può essere fatto valere».

Tale norma non era prevista nel codice del 1865, sotto il cui vigore dottrina e giurisprudenza si dividevano tra i sostenitori della teoria della "realizzazione", in base alla quale valeva il momento in cui il diritto poteva essere esperito, e quelli della teoria della "violazione", secondo cui valeva il momento della lesione.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale dominante con l'introduzione del dettato normativo dell'art. 2935 c.c. il legislatore ha voluto aderire alla teoria della realizzazione e non a quella della violazione (21).

Note:

(16) In questi termini: L. Mengoni, *op. cit.*, p. 230 ss.

(17) In questi termini: A. Palazzo, *cit.*, p. 2.

(18) Quando la disposizione lesiva non sia un legato o una donazione, ma una disposizione a titolo universale, al legittimario spetterà a seguito della riduzione, solo una quota astratta di eredità, ma non beni concreti, che gli saranno assegnati solo a seguito della divisione. Ne discende che egli dovrà esperire l'azione di restituzione nei casi di *institutio ex re certa* e divisione testamentaria, sempreché il beneficiario abbia accettato l'eredità.

(19) Si esprime in questi termini: A. Palazzo, *cit.*, p. 2.

(20) A conforto di tale assunto possono apportarsi i dettati degli artt. 556 e 561 c.c.

(21) Sul punto vedi: G. Azzariti - G. Scarpello, *op. cit.*, p. 221 ss.; C. Ruperto, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 2 ed., 1985, p. 101.

Ciò importa che non rileva il momento in cui si sia verificata la lesione dell'altrui diritto, bensì solo quello in cui il diritto possa essere sperimentato (22). Unico presupposto della prescrizione è il mancato esercizio del diritto, quando il titolare è nelle condizioni di diritto di farlo valere in giudizio. La prescrizione di un diritto, d'altra parte, sanziona il titolare dall'inattività all'esercizio del medesimo.

Secondo un unanime indirizzo giurisprudenziale: "condizione necessaria e sufficiente perché la prescrizione decorra è che il diritto, pur potendo essere esercitato, non sia di fatto esercitato dal titolare; e l'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influendo sul decorso della prescrizione, salvo le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto".

Riportando tali considerazioni di ordine generale al caso di specie, deve valutarsi, se, una volta apertasi la successione, non vi possano essere fatti che si concretino in impedimento di diritto all'esercizio dell'azione di riduzione: fatti che si risolvano in impossibilità legali all'esperimento dell'azione.

Il caso per eccellenza è quello dell'acquisto successivamente alla morte del testatore dello *status* di figlio naturale per dichiarazione giudiziale; la giurisprudenza e la dottrina unanimemente ritengono che il presupposto dell'azione di riduzione sorga con il passaggio in giudicato della sentenza e che solo da quel momento inizi a decorrere il termine di prescrizione (23). Infatti, solo da quel momento il figlio è nella condizione di diritto di far valere in giudizio i suoi diritti di legittima (24).

Sussistono, quindi, casi in cui unanimemente si ritiene che il termine della prescrizione inizi a decorrere successivamente dall'intervenuta lesione del diritto.

Oltre alla fattispecie citata, parte di dottrina (25) fa riferimento anche al caso di scoperta successiva di un testamento olografo, sostenendo che la prescrizione decorrerebbe dalla pubblicazione del testamento, a cui consegue una presunzione *iuris tantum* della conoscenza delle disposizioni lesive. La non conoscibilità di quest'ultime, secondo tale impostazione dottrinale, costituirebbe elemento impeditivo di diritto al decorrere della prescrizione. Ciò, in opposizione a quell'orientamento giurisprudenziale per il quale non rileva l'eventuale ignoranza sull'esistenza di un testamento, considerata un impedimento di fatto e di natura esclusivamente soggettiva (26).

In realtà, tale ultimo orientamento giurisprudenziale non sembra distinguere due situazioni profondamente diverse: quella del legittimario che è posto dal nostro ordinamento nella condizione giuridica di venire a conoscenza delle disposizioni testamentarie, ma non si attiva per farlo, da quella del legittimario che ne è impedito oggettivamente per un'inidonea pubblicità ovvero per l'occultamento fraudolento del testamento.

Eppure distinzioni simili sono attuate da quella giurisprudenza che si è occupata in termini generali di

decorrenza del termine di prescrizione. Si è, infatti sempre sostenuto che rientri nell'impossibilità legale il caso in cui il creditore sia posto nell'impossibilità d'agire per dolo del suo debitore (27) ovvero da violenza morale vera e propria (28). La stessa Corte Costituzionale con decisione n. 63 del 10 giugno 1966 ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1 c.c. limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro, dando così rilievo ad un impedimento di mero fatto all'esercizio dell'azione (29).

Tali conclusioni derivano da un'interpretazione del dettato dell'art. 2935 c.c. improntata secondo un criterio di equità, ma sono anche in linea con le tendenze espresse dalla stessa Corte Costituzionale (30) e con l'intero sistema delle prescrizioni così come costruito nel nostro ordinamento giuridico. Infatti, quest'ultimo predispone una serie di tutele affinché il rigido sistema delle prescrizioni non porti a conseguenze ingiuste per i titolari di un diritto. Così alcuni impedimenti materiali, come per esempio il caso in cui il debitore dolosamente occulti l'esistenza del debito fino al momento in cui il dolo non sia stato scoperto, sono considerati cause di

Note:

(22) Diversamente la Suprema Corte con la pronuncia in commento sembra dare rilievo al momento lesivo del diritto. Invero, anche la stessa Cass. 27 ottobre 1995, n. 11203, cit., anche se in merito all'azione di riduzione di donazioni, fa riferimento al momento in cui è conoscibile l'intervenuta lesione di legittima.

(23) Cass. 6 marzo 1952, n. 606, in *Foro pad.*, 1952, I, p. 769 (e v. con riferimento all'accertamento giudiziale della filiazione naturale, Corte cost. 29 giugno 1983, n. 191, in *Foro it.*, 1983, I, p. 2074 ss., in tema di prescrizione del diritto di accettare l'eredità); Cass. 12 marzo 1986, n. 1648, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1439 ss.

(24) Secondo la Cass. 12 marzo 1986, n. 1648, cit., p. 1643: "La dichiarazione, infatti, non è atto della volontà del figlio, o da lui conseguibile per sua mera volontà: sì che il relativo conseguimento, e il collegato verificarsi della vocazione ereditaria, oltre il termine (stabilito con l'apertura della successione) di prescrivere il diritto di accettare l'eredità non può considerarsi effetto di inattività del figlio stesso, tale che in pregiudizio di lui rilevi ed operi il decorso del tempo e possa verificarsi il compimento della prescrizione. (...) durante quel tempo, sussiste in condizione giuridica di attuale non esercitabilità, opera come impedimento di diritto, che non consente l'inizio del decorso del termine prescrizione, e non come impedimento di mero fatto, a simili effetti irrilevante."

(25) V. E. Cantelmo, cit., p. 538 ss.; V. Carbone, cit., p. 620 ss.; A. Palazzo, cit., p. 2.

(26) Per tutte vedi: Cass. 25 novembre 1997, n. 11809.

(27) Cass. 21 marzo 1964, n. 648, in *Foro amm.*, 1964, I, p. 213 ss.

(28) Appello Firenze 10 maggio e 12 giugno 1950, in *Giur. tosc.*, 1950, p. 253 e 315.

(29) La giurisprudenza di legittimità è copiosa sull'argomento; indiscusso il principio espresso dalla Corte Costituzionale, si controverte sull'applicabilità del medesimo a rapporti di lavoro che pur non essendo di natura subordinata presentano le medesime caratteristiche di stabilità.

(30) Corte Cost., 10 giugno 1966, n. 63; Corte Cost., 29 giugno 1983, n. 191, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 987 ss.

sospensione della prescrizione (31). Altri impedimenti portano il legislatore a spostare la data da cui decorre la prescrizione, come per il caso dell'annullamento dei contratti di cui all'art. 1442 c.c. (32).

Interessante è anche analizzare come il legislatore disciplina la prescrizione nel diritto successorio. L'art. 624, ultimo comma, c.c., relativamente all'impugnazione della disposizione testamentaria quando è affetta da errore, violenza o dolo, dispone che "L'azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui si è avuta notizia della violenza, del dolo o dell'errore." In considerazione del fatto che legittimato ad impugnare è esclusivamente un soggetto terzo rispetto a chi ha subito la violenza ed il dolo ovvero è incorso in errore, il legislatore ha legato il momento dell'inizio della decorrenza della prescrizione a quella della notizia delle cause invalidanti il negozio testamentario. È poi controverso se per notizia si intenda la conoscibilità delle cause invalidanti ovvero la effettiva conoscenza che di esse ha il legittimario (33). L'art. 591 c.c., in tema di incapacità del testatore dispone che: "Nei casi d'incapacità preveduti dal presente articolo il testamento può essere impugnato da chiunque vi ha interesse. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie". Nei medesimi termini si esprime l'art. 606 c.c. secondo cui: "Per ogni altro difetto di forma il testamento può essere annullato su istanza di chiunque vi ha interesse. L'azione di annullamento si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie". Entrambi i precetti normativi richiedono ai fini della decorrenza della prescrizione l'esecuzione delle disposizioni testamentarie. È controverso in dottrina se le norme si riferiscano alla pubblicazione del testamento, dato che l'art. 620, 5° co., c.c. richiamato dall'art. 621 c.c. per il testamento segreto, dispone che solo da quel momento il testamento ha esecuzione (34) ovvero si riferiscono alla concreta esecuzione (35).

Ad ogni modo, dall'interpretazione sistematica di tali precetti normativi constatiamo che il legislatore nel disciplinare nella materia successoria la prescrizione delle azioni ha cercato di contemperare tutti gli interessi in gioco. La tutela dei successori del defunto viene realizzata facendo decorrere il termine prescrizionale dall'esecuzione del testamento, e, quindi, dal momento in cui il medesimo risulta legalmente conoscibile; la tutela dei terzi nell'affidamento su una determinata titolarità dei diritti e beni ereditari si concreta con la riduzione a cinque anni del termine di prescrizione.

Da tale analisi si conclude che anche in materia successoria il legislatore ha dato rilevanza alla non conoscibilità delle disposizioni testamentarie quale impedimento giuridico al decorso del termine prescrizionale; soluzione che contempera tutti gli interessi in gioco (36).

Né pare del tutto convincente quell'orientamento dottrinale (37) per il quale le norme precitate costitui-

rebbero delle deroghe al principio espresso dall'art. 2935 c.c., poiché, come affermato dalla stessa Corte Costituzionale con la sentenza del 29 giugno 1983, n. 191, "le norme in deroga darebbero a loro volta vita ad un loro proprio sistema" (38). Inoltre, da un punto di vista sistematico, non pare ragionevole che gli interessati all'annullamento del testamento siano maggiormente tutelati rispetto agli stessi legittimari (39).

In quest'ottica non può non condividersi l'assunto espresso nella pronuncia della Corte di Cassazione del 15 giugno 1999, n. 5920, secondo cui: "solo dall'avvenuta pubblicazione può discendere una presunzione *iuris tantum* di conoscenza delle disposizioni in esso con-

Note:

(31) Art. 2941 c.c.: "La prescrizione rimane sospesa: (...) n. 8) tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia scoperto." Secondo il G. Panza, *Prescrizione*, *Dig. dis. Priv. sez. civ.*, XIV, p. 227, tali norme non sono eccezioni ad una regola generale, ma esplicitazioni di un principio generale per il quale ai fini del decorso della prescrizione rileva solo una inerzia del titolare rilevante per il contesto sociale. Sul punto vedi nota 37.

(32) Più approfonditamente sul punto cfr.: C. Ruperto, *op. cit.*, p. 106.

(33) Sostiene tale ultima impostazione: P. Vitucci, *La prescrizione*, *artt. 2934 - 2940*, in *Comm. c.c.*, I, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, p. 134 ss.

(34) In questi termini: L. Bigliuzzi Geri, *Il testamento*, in *Tratt. Rescigno*, 6, II, Torino, 1982, p. 176.

(35) G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, 2a ed., Napoli, 1990, 440, rilevando che, diversamente, eseguito il testamento senza averlo pubblicato, si potrebbe esercitare l'azione di annullamento ma non ne decorrebbero i termini di prescrizione.

(36) La non conoscibilità legale di un fatto lesivo del proprio diritto importa impossibilità giuridica all'esperimento dell'azione di tutela.

(37) P. Vitucci, *op. cit.*, pagg. 134 ss., criticato dal G. Panza, *Prescrizione*, *Dig. dis. Priv. sez. civ.*, XIV, p. 227, secondo cui l'orientamento giurisprudenziale in materia di diritto di lavoro inaugurato con la sentenza della Corte subordinato è espressione di principi generali e non si spiega in ragione della natura speciale della materia del diritto del lavoro. Secondo quest'ultimo autore "In conclusione, perché vi sia inerzia rilevante è necessario che il diritto non sia esercitato essendo, invece, sufficiente che, pur sussistendo la possibilità di farlo valere, manchi l'affermazione dell'interesse al diritto e che tale contegno omissivo assuma alla stregua del criterio della buona fede, significato concludente nella realtà sociale."

(38) Nella stessa sentenza la Corte costituzionale prosegue sostenendo avverso le tesi sulla tassatività dei casi di sospensione della prescrizione "Del resto si tratta di un indirizzo ampiamente consolidato in materia di prescrizione, cui non potrebbe pertanto disconoscersi il valore di diritto vivente. Proprio con riguardo all'art. 2935 c.c., infatti, risulta affermato da tempo e costantemente ribadito: che «la prescrizione «non può avere inizio in presenza di un impedimento di ordine giuridico all'esercizio del diritto» (Cass., 4 aprile 1949 n. 779); che «disposizione dell'art. 2935 c.c. ... va intesa nel senso che la prescrizione non decorre se esistono impedimenti legali» (Cass., 25 ottobre 1966, n. 2592); che un impedimento di fatto «inidoneo a fermare il corso della prescrizione tale potere dovendosi riconoscere soltanto alla cause giuridiche ostative all'esercizio del diritto» (Cass., 3 aprile 1970, n. 896). Ma già anteriormente, cioè nella relazione del Guardasigilli sul progetto dei primi due libri del vigente codice civile, è dato leggere che la decorrenza del termine prescrizionale è legata alla possibilità giuridica di accettare l'eredità".

(39) Approfondisce tale considerazione: F. Satta, *La prescrizione dell'azione di riduzione e la sua decorrenza*, nota a Corte di Appello di Cagliari, 30 giugno 1960, n. 114, in *Rass. Giur. Sarda*, 1962, p. 462.

tenute. Da tale data soltanto, infatti, i legittimari possono far valere il loro diritto, essendo soltanto da tale momento a conoscenza della lesione”.

In merito a quest'ultimo, però, bisogna interrogarsi se la conoscibilità giuridica delle disposizioni testamentarie sia sempre e solo collegata alla loro pubblicazione.

Le forme di pubblicità delle disposizioni testamentarie

Contestando la pronuncia 15 giugno 1999, n. 5920, la sentenza in commento si esprime in questi termini “a prescindere dalla considerazione che la decorrenza della prescrizione viene ricollegata ad una conoscenza delle disposizioni lesive della legittima desumibile in base ad una presunzione *iuris tantum* di cui non vi è traccia nella legge e che comunque manca di fondamento logico. Per quanto riguarda il testamento pubblico, infatti, la comunicazione agli eredi e legatari da parte del notaio che l'ha ricevuto, prevista dall'art. 623 c.c., potrebbe in astratto valere come presunzione di conoscenza... per i destinatari di tale comunicazione, ma non per il legittimario leso in base a tale testamento”.

La sentenza non tiene conto che nel nostro ordinamento l'esigenza di rendere di “pubblico dominio” il contenuto delle disposizioni testamentarie, in qualsiasi forma esse vengano espresse, è realizzata con la pubblicazione. Si ritiene che la pubblicazione del testamento, quale esso sia, costituisca un unico istituto formato da più elementi: la pubblicazione dell'olografo e del segreto presso il notaio, ai sensi degli artt. 620 e 621 c.c. ed il passaggio per i testamenti pubblici dal fascicolo e repertorio speciale degli atti di ultima volontà a quello generale degli atti notarili disciplinato dall'art. 61 L. 16 febbraio 1913 n. 89 (L. not.); una seconda fase che ne prevede la trasmissione alla cancelleria della tribunale per l'iscrizione nel registro, ai sensi dell'art. 622 c.c., e la contestuale comunicazione agli eredi e legittimari, ai sensi dell'art. 623 c.c.; l'iscrizione, infine, nel Registro dei testamenti tenuto presso il Ministero di grazia e giustizia. In merito alla comunicazione disposta dall'art. 623 c.c., in particolare, la sua limitata configurazione normativa e specialmente la sua destinazione a soggetti determinati portano a ritenere che nel sistema delle forme di conoscenza giuridica questa formalità vada qualificata come semplice mezzo di comunicazione, diretto a produrre una presa di conoscenza dei beneficiari delle disposizioni testamentarie pubblicate.

Le altre formalità, non considerate dalla sentenza in commento, invece, sono forme genericamente qualificabili di pubblicità, in quanto tendono tutte a realizzare effettivamente presso i destinatari diretti e, altresì, in una cerchia indeterminata di persone quella pubblica conoscibilità derivante dalla pubblicazione. Si fa riferimento alla “Comunicazione dei testamenti alla pretura” disposta dall'art. 622 c.c. ed, infine, alla formalità introdotta con la legge 25 maggio 1981, n. 307 di istituzione del Registro generale dei testamenti (40).

L'art. 622 c.c. impone al notaio il “trasmettere alla cancelleria del tribunale, nella cui giurisdizione si è aperta la successione, copia in carta libera dei verbali previsti dagli articoli 620 e 621 e del testamento pubblico”. All'attuazione di tale formalità non sono riconosciuti effetti particolari, ma essa è idonea ad agevolare la conoscenza, da parte di qualsiasi soggetto in qualunque modo interessato, del contenuto del testamento secondo la procedura dell'art. 55 disp. att., che dispone tra l'altro che “Le copie possono essere esaminate da chiunque ne faccia richiesta”.

In base a tali caratteristiche, la prevalente dottrina ha sostenuto che si tratta di una formalità che si inquadra nello schema della pubblicità - notizia (41).

Viene qualificata come tale anche la pubblicità effettuata tramite il Registro generale dei testamenti introdotto nel nostro ordinamento con la legge 25 maggio 1981, n. 307, Ratifica ed esecuzione della convenzione relativa all'istituzione di un sistema di registrazione dei testamenti, firmata a Basilea il 16 maggio 1972, ed è divenuto operativo dal 1° luglio 1988 a seguito dell'emanazione del decreto del Ministro di Grazia e Giustizia del 5 maggio 1988. Lo scopo dal medesimo perseguito viene indicato nel preambolo: “permettere ai testatori di far registrare il loro testamento al fine di ridurre, da una parte, i rischi che quest'ultimo sia ignorato o conosciuto tardivamente e dall'altra di facilitare dopo la morte del testatore il rinvenimento di tale testamento”.

Nel registro devono essere iscritti i seguenti atti:

- testamenti pubblici;
- testamenti segreti;
- testamenti speciali:
- testamenti olografi depositati formalmente presso notaio;
- verbali di pubblicazione dei testamenti olografi non contemplati nel numero precedente;
- ritiro dei testamenti segreti ed olografi depositati formalmente presso un notaio; revocazione nonché revocazione della revocazione delle disposizioni delle disposizioni a causa di morte, sempreché siano fatte con un nuovo testamento, che secondo i numeri precedenti debba essere iscritto, o con atto ricevuto da notaio in presenza di due testimoni, ai sensi degli articoli 680 e 681 del codice civile.

Si tratta, quindi, attualmente della forma più avanzata e tendenzialmente completa di pubblicità testamentaria, in grado di seguire tutte le vicende giuridiche riguardanti il testamento.

La domanda di iscrizione deve contenere le seguenti indicazioni: a) cognome e nome del testatore o del disponente (ivi compreso, occorrendo, il nome da

Note:

(40) In questi termini si esprime E. Marmocchi, *Forma dei testamenti*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, p. 863 ss.

(41) E. Marmocchi, *cit.*, p. 864 ss.

nubile); b) data e luogo di nascita (o quello del Paese se il luogo non è conosciuto); c) indirizzo o domicilio dichiarato; d) denominazione e data dell'atto per il quale è richiesta l'iscrizione; e) nome ed indirizzo del notaio, dell'autorità pubblica o della persona che ha ricevuto l'atto o lo tiene in deposito.

Dopo la morte del *de cuius* chiunque crede di averne interesse può acquisire tali indicazioni con la sola presentazione di un certificato di morte o copia del provvedimento corrispondente per i casi di assenza e morte presunta.

Chiunque, quindi, abbia interesse è posto nella condizione sin dall'apertura della successione di poter conoscere l'esistenza del testamento e richiederne poi la pubblicazione ai sensi degli artt. 620 ss. c.c.

Da tali considerazioni si comprende che il nostro ordinamento, ad eccezione del testamento olografo non depositato formalmente da notaio, appresta dei sistemi adeguati ed efficienti per porre il legittimario nella condizione di diritto di venire a conoscenza di disposizioni testamentarie lesive sin dall'apertura della successione. Da quel momento, quindi, potrebbe ben decorrere il termine di prescrizione dell'azione di riduzione.

Diverso è, quindi il caso di testamenti sottoscritti in data antecedente l'istituzione del Registro dei testamenti e di testamenti olografi non depositati formalmente da notaio.

In entrambi i casi, a contrario di quanto sostenuto dalla Suprema Corte, la pubblicazione e successiva esecuzione della formalità di cui all'art. 622 c.c. consente di sostenere la sussistenza di una presunzione di legge di conoscibilità delle disposizioni testamentaria.

A seguito dell'esecuzione di tali formalità il legittimario per sostenere la non decorrenza del termine di prescrizione non potrà fa valere l'ignoranza delle disposizioni testamentarie, in quanto da reputarsi elemento impeditivo di fatto e soggettivo.

Da ciò discende che in tali casi è condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale per il quale il termine di decorrenza della prescrizione inizia dalla pubblicazione del testamento (42) e non dall'apertura delle successione.

Conclusioni

La questione analizzata dalla Suprema Corte con la sentenza in commento riveste un'importanza fondamentale, poiché l'individuazione del termine entro il quale un legittimario può agire in riduzione incide sulla certezza che un terzo può avere nell'acquisto di beni ereditari.

L'adesione a quell'orientamento secondo cui il termine decorrerebbe sempre dall'apertura della successione sicuramente agevola la certezza delle situazioni giuridiche. Infatti, si può assumere quale regola generale che dopo il decennio dall'apertura della successione non potrà più esperirsi azione di riduzione nei confronti di disposizioni testamentarie.

In realtà, però, i principi che si intendono tutelare con tale impostazione non vengono veramente realizzati. Nei casi predetti, in cui successivamente viene pubblicato un testamento olografo celato per anni, la realtà giuridica esistente fin dall'apertura della successione viene modificata considerevolmente, senza tra l'altro che il legittimario possa riportarla, almeno nei limiti dell'integrazione della sua quota di riserva, allo *status a quo*. Il riportare sempre e comunque il termine dell'inizio del decorso della successione al momento dell'apertura della successione può portare a risultati aberranti proprio in termini di incertezza delle situazioni giuridiche fino quel momento rese pubbliche.

Non bisogna poi dimenticare gli interessi dei terzi che abbiano acquistato dagli eredi a titolo oneroso sono tutelati dal dettato degli artt. 2652, primo comma, n. 8 c.c. e 2690, primo comma, n. 5 c.c. (43).

Onde, si pregiudicano fortemente gli interessi dei legittimari, non tutelati nei casi in cui un erede istituito celi fraudolentemente per più di dieci anni il testamento olografo, senza che effettivamente sussista un interesse più rilevante di terzi effettivamente salvaguardato (44).

Il caso dell'avente causa del donatario, soggetto alle conseguenze di cui all'art. 563 c.c., non smentisce la conclusione accolta nel testo, poiché nel caso di specie,

Note:

(42) Si potrebbe anche sostenere - e forse sarebbe preferibile - che in tali casi il termine decorra dalla data dell'esecuzione della formalità di cui all'art. 622 c.c.

(43) L'art. 2652, primo comma, n. 8 c.c. detta che: "le domande di riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie per lesione di legittima. Se la trascrizione è eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda."; l'art. 2690, primo comma, n. 5, prescrive: "le domande di riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie per lesione di legittima. Se la trascrizione è eseguita dopo tre anni dall'apertura della successione, la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda;".

(44) F. Satta, *La prescrizione dell'azione di riduzione e la sua decorrenza*, nota a Corte di Appello di Cagliari, 30 giugno 1960, n. 114, in *Rass. Giur. Sarda*, 1962, p. 462 che evidenzia come far decorre anche in questi casi il termine della prescrizione dall'apertura della successione implica legittimare uno strumento di elusione dei diritti dei legittimari. L'autore, pur dando atto che (al tempo) la giurisprudenza e la dottrina erano concordi nel sostenere la decorrenza dell'apertura della successione, si cimenta nel tentativo di dare una soluzione diversa e più ragionevole al problema. Verificata l'impossibilità di trovare un rimedio in base alle regole particolari della successione necessaria, sposta la sua attenzione verso la disciplina della prescrizione, senza però rinvenire risposte certe e soddisfacenti. Conclude per l'irragionevolezza della soluzione dai più proposta; il legittimario, infatti, si troverebbe in una situazione peggiore rispetto a quella di qualsiasi interessato all'annullamento di disposizioni testamentarie nei casi di cui agli artt. 591 e 606 c.c. Ricorda, infine, che nel § 2332 del B.G.B. si dispone che il diritto alla porzione legittima si prescrive in tre anni dal momento in cui il legittimario viene a conoscenza *dell'avvenuta apertura della successione e della disposizione che lo pregiudica*; senza riguardo a questa conoscenza si prescrive in trent'anni dall'apertura della successione.

fondandosi la lesione della legittima su un atto tra vivi, il termine di prescrizione dell'azione di riduzione decorrerà comunque dall'apertura della successione.

Pure movendo da tali condivisibili obiettivi, la S.C. con la pronuncia in commento, giunge tuttavia a conclusioni a loro volta inaccettabili, sia per la loro genericità, sia per il valore assoluto ingiustificatamente dato al momento di acquisto dell'eredità.

Ancorando, infatti, il decorso del termine della prescrizione al momento dell'accettazione da parte dell'erede sulla base di disposizioni testamentarie, si crea ancora maggior incertezza ai fini di individuare la titolarità delle situazioni giuridiche e non tutela per nulla il legittimario. Risulta poi di difficile interpretazione il significato dell'assunto "*accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a disposizioni testamentarie lesive della legittima*" dal momento che, si può dubitare se si faccia riferimento all'esecuzione effettiva delle disposizioni testamentarie, ovvero all'accettazione dell'eredità; dubbio che però viene sciolto quando la pronuncia precisa che: "*la pubblicazione serve a dare legale esecuzione al testamento olografo, ma nulla esclude che il chiamato in base ad esso abbia compiuto in precedenza atti idonei a comportare l'accettazione dell'eredità e, quindi, la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di riduzione.*"

In considerazione dei casi limite già indicati, l'ini-

quità nei confronti del legittimario di tale soluzione appare alquanto evidente (45). Iniquità non giustificata da alcun perseguimento di interesse generale alla certezza delle situazioni giuridiche, che, anzi, vista la difficoltà nel rinvenire il momento in cui vi è accettazione di eredità, viene a sua volta penalizzato non poco.

Con probabilità la questione in esame non può essere risolta con l'espressione di un principio di diritto valevole per ogni disposizione testamentaria lesiva di legittima. Sarebbe forse preferibile, e tutto sommato più semplice e lineare, che i giudici individuassero caso per caso il momento dell'inizio della prescrizione dell'azione di riduzione, in dipendenza dell'esistenza effettiva delle condizioni di diritto affinché il legittimario possa agire in riduzione, derogandosi alla regola generale che vuole tale termine decorribile fin dal momento dell'apertura della successione, sia nei già richiamati casi dell'accertamento dello status di legittimario o della scoperta e pubblicazione di testamento olografo non depositato presso notaio successivo alla stessa apertura della successione, sia in ogni altro caso in cui ricorre la medesima esigenza di tutela della posizione del legittimario.

Nota:

(45) In questi termini si pronuncia la Corte di appello di Trento, 19 dicembre 1998, *cit.*, p. 849 ss.

Società di capitali

Il limite temporale degli effetti dello scioglimento di società di capitali e la nuova liquidazione dopo la riforma

TRIBUNALE di Napoli, sez. VII civ., 29 settembre 2004
Pres. Dacomo - Caiazzo (giudice) - Pica (rel.)

(omissis)

TRIBUNALE di Napoli, sez. VII civ., 29 giugno 2004, decr.
Giudice Celentano

Società per azioni - Scioglimento e liquidazione - Art. 218 disp. att. e trans. c.c. - Società posta in liquidazione ante 1° gennaio 2004 - Deliberazioni a maggioranza di capitale sociale - Rifiuto dell'iscrizione del verbale da parte del notaio verbalizzante - Legittimità.

La società per azioni, posta in stato di liquidazione prima del 1° gennaio 2004, ai sensi dell'art. 218 disp. att. e trans., non può deliberare a maggioranza di capitale sociale né la revoca dello stato di liquidazione né l'adeguamento dello statuto ex art. 223-bis, rendendosi necessario, viceversa, l'unanime consenso della compagine sociale.

(omissis)

– sciogliendo la riserva formulata all'esito dell'udienza del 23 giugno 2004;

– considerato che l'art. 218 disp. att. e trans. c.c., come modificato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, prevede che, per le società che, come la ... S.p.A., si trovavano già in stato di liquidazione all'entrata in vigore della riforma della disciplina delle società di capitali di cui al medesimo d.lgs. n. 6 del 2003, la liquidazione prosegue secondo le disposizioni di legge anteriori;

– ritenuto che tale disposizione non possa essere intesa nel restrittivo senso indicato dal difensore dell'istante, cioè come riguardante le sole operazioni del liquidatore, giacché, intervenuta una causa di scioglimento della società, la liquidazione è l'unico fine perseguibile non solo dal liquidatore, ma dall'intera organizzazione societaria, che trova nel perseguimento di tale fine l'esclusiva ragione della sua permanenza in vita (arg. ex art. 2451 c.c., vecchio testo), almeno fino a quando lo stato di liquidazione non sia revocato, previa la rimozione della causa di scioglimento;

– ritenuto che tale conclusione trovi conferma nel fatto che il d.lgs. n. 6 del 2003, nel disciplinare il trapasso dalla vecchia alla nuova disciplina delle società di capitali,

pare voler tenere distinte le società in liquidazione da quelle in attività alla data del 1° gennaio 2004, prevedendo per le prime, con il cit. art. 218, che la liquidazione prosegue secondo le disposizioni di legge anteriori e per le seconde, con il nuovo art. 223-bis disp. att. trans. c.c., l'eccezionale possibilità di adattare, entro il 30 settembre 2004, il proprio statuto e/o il proprio atto costitutivo alle nuove disposizioni di legge con una deliberazione adottata dall'assemblea straordinaria a maggioranza semplice, proprio perché per le società già in liquidazione alla predetta data non si pone il problema di adattare le clausole statutarie alla nuova disciplina legale, salvo il caso in cui sia preliminarmente revocato lo stato di liquidazione nei modi previsti dalla normativa anteriore alla riforma e, dunque, alla stregua della costante giurisprudenza della Suprema Corte (v.: Cass., 29 ottobre 1994, n. 8928; Cass., 21 aprile 1983, n. 2734; Cass. 28 giugno 1980, n. 4089), con l'unanime consenso dei soci, fatta eccezione per il solo caso, non ricorrente nella specie, previsto dal vecchio testo dell'art. 2447 c.c.;

– ritenuto, pertanto, che le deliberazioni dell'assemblea straordinaria dei soci della ... S.p.A. sottoposte all'esame di questo Tribunale non possano essere considerate legittime, giacché:

- 1) quella sopra indicata sub a), non essendo né imposta dalla legge né compatibile con le finalità proprie della liquidazione, avrebbe potuto essere adottata solo dopo la revoca dello stato di liquidazione;
- 2) quella sopra indicata sub b) avrebbe dovuto essere adottata con il consenso unanime dei soci;

3) le successive avrebbero potuto essere adottate solo se fosse stato validamente revocato lo stato di liquidazione;

P.Q.M.

rigetta il suindicato ricorso.

IL COMMENTO

di *Andrea Di Simone e Chiara Forino*

Il commento inquadra giuridicamente la problematica delle c.d. "riorganizzazioni aziendali" durante la fase di liquidazione al fine di verificarne la compatibilità con il nuovo diritto societario, e giunge alla conclusione che l'interpretazione, estensiva del primo Giudice e letterale del Collegio in sede di reclamo, riguardo l'art. 218 disp. att. e trans. c.c. e per la quale le società poste in liquidazione anteriormente al 1° gennaio 2004 non possono con la maggioranza del capitale né revocare lo stato di liquidazione né adottare alcuna delibera avente finalità non liquidatoria, non corrisponde all'autentica "ratio legis".

In data 29 aprile 2004 l'assemblea straordinaria della società per azioni, in liquidazione da data anteriore al primo gennaio 2004, con capitale sociale pari ad € 182.000,00, deliberava, con i voti favorevoli della maggioranza del capitale sociale, le seguenti operazioni:

- a) l'approvazione di un nuovo testo di statuto sociale che, tra l'altro, all'art. 26 disciplinava la revoca dello stato di liquidazione da parte dell'assemblea straordinaria con le maggioranze previste per le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto;
- b) la revoca dello stato di liquidazione;
- c) la nomina dell'amministratore unico;
- d) il ripianamento delle perdite risultanti dal bilancio al 29 febbraio 2004 pari ad € 120.529,00, mediante l'utilizzazione di parte della riserva "versamento soci in conto capitale";
- e) l'aumento gratuito del capitale da € 182.000,00 ad € 241.126,60, da eseguirsi mediante utilizzazione di altra parte della riserva "versamento soci in conto capitale" e con emissione di nuove azioni;
- f) l'aumento a pagamento del capitale sociale da € 241.126,60 ad € 600.000,96, mediante emissione di azioni alla pari.

Successivamente, a seguito del rifiuto, da parte del notaio verbalizzante, di iscrivere le delibere nel Registro delle Imprese, il liquidatore della società per azioni, proponeva ricorso al Tribunale di Napoli per ottenere, ai sensi dell'art. 2436 commi 3 e 4 c.c., l'anzidetta iscrizione.

Conseguentemente, veniva acquisito in data 21 maggio 2004 il parere del Pubblico Ministero, il quale si dichiarava "contrario all'accoglimento del ricorso in esame, sulla base del rilievo della mancata allegazione del vecchio statuto sociale e dell'illegittimità della deliberazione di revoca della liquidazione in quanto adottata senza l'unanime consenso dei soci e senza che fosse accertata l'eliminazione di quella che fu la causa dello scioglimento della società".

A conclusione del procedimento, il Tribunale adito, in data 24 giugno 2004, decretava il rigetto del ricorso per l'illegittimità delle deliberazioni adottate dall'assemblea dei soci della società osservando che:

- l'adeguamento dello statuto sociale, di cui al punto a), non era "né imposto dalla legge né compatibile con le finalità proprie della liquidazione";
- la revoca dello stato di liquidazione, di cui al punto b), non poteva essere adottata a maggioranza, ma, diversamente, con il consenso unanime dei soci;
- da ultimo, le successive deliberazioni, in quanto dipendenti dalla delibera di revoca dello stato di liquidazione e, quindi, necessariamente successive ad essa, non potevano essere adottate.

A giudizio del Tribunale, quindi, la società, essendo in stato di liquidazione, non poteva né deliberare l'adeguamento dello statuto alla nuova normativa societaria né revocare lo stato di liquidazione stesso con la semplice maggioranza, benché di capitale, rendendosi necessario, ad avviso della Corte, l'unanime consenso della compagine sociale.

Successivamente, in data 29 settembre 2004, il Tribunale in sede di reclamo accoglieva l'orientamento fatto proprio dal primo Giudice, in quanto "più corretto" (1), non condividendo, diversamente, l'interpretazione estensiva del Giudice monocratico.

Quindi ed in definitiva, a giudizio del Tribunale, sia in prima istanza che di reclamo, la società, essendo

Nota:

(1) Letteralmente il tribunale in sede di reclamo ha statuito che "l'interpretazione dell'art. 218 che ha fatto propria il primo giudice è quella più corretta".

in stato di liquidazione, non poteva né deliberare l'adeguamento dello statuto alla nuova normativa societaria né revocare lo stato di liquidazione stesso con la semplice maggioranza, benché di capitale, rendendosi necessario, ad avviso della Corte, l'unanime consenso della compagine sociale.

La qualificazione giuridica della liquidazione svolta dal Tribunale

Gli orientamenti precedenti alla riforma

Risulta opportuno, a tal punto, inquadrare giuridicamente l'interpretazione del Tribunale, al fine di verificarne la compatibilità con il nuovo diritto societario e, per far ciò, si rende utile un breve *excursus* relativamente agli orientamenti in materia, precedenti alla riforma delle società di capitali.

La problematica delle c.d. "riorganizzazioni aziendali" durante la fase di liquidazione era *quaestio* dibattuta *ante* riforma. Infatti, si riscontravano differenti opinioni in merito ai seguenti punti:

a) l'ammissibilità della revoca dello stato di liquidazione;

b) le modalità ed i tempi della revoca stessa.

a) Sotto l'imperio della disciplina previgente, l'ammissibilità della revoca, in assenza di una disposizione legislativa espressa, dipendeva, preliminarmente, dalla possibilità, per i soci, di disporre della causa di scioglimento.

In considerazione di ciò, si riteneva possibile revocare lo stato di liquidazione nel caso in cui lo scioglimento fosse dovuto al verificarsi delle cause elencate nel (vecchio) testo dell'art. 2448 c.c (2). Contrariamente, si escludeva tale possibilità per poche eccezioni, consistenti nelle ipotesi di scioglimento derivante da liquidazione coatta amministrativa, nullità della società, accertata con sentenza passata in giudicato, e fallimento.

Dunque, era da considerarsi generalmente ammissibile la revoca dello stato di liquidazione qualora la causa dello scioglimento della società fosse nella libera disponibilità dei soci, i quali, facendo ricorso alla loro autonomia, potevano eliminarla e creare, quindi, i presupposti per una ripresa dell'attività economica della società.

Come attentamente osservato in dottrina (3), il fondamento di tale interpretazione era ravvisabile nel principio di libera iniziativa economica, sancito dall'art. 41 della Cost., e nella regola di libera autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c.

b) Sul presupposto di una tendenziale ammissibilità della revoca, la dottrina risultava nuovamente divisa riguardo alle modalità attuative della medesima, distinguendosi al meno in tre orientamenti.

Un prima posizione (4) riteneva necessaria l'unanimità dei consensi, considerando la causa di scioglimento della società come idonea, per se stessa, a far sor-

gere in capo ai singoli soci un individuale diritto soggettivo alla liquidazione, indisponibile da parte di qualsiasi maggioranza.

Altro orientamento differenziava l'ipotesi di revoca precedente alla nomina dei liquidatori da quella successiva alla nomina stessa, sostenendo l'ammissibilità di una decisione a maggioranza per la prima e, viceversa, il necessario consenso unanime per la seconda (5).

Da ultimo, e coerentemente con il contesto in cui fu proposta, una opinione affermava in ogni caso la revoca a maggioranza, sul presupposto che il principio maggioritario fosse da considerarsi trasversale all'intero ordinamento delle società di capitali (6).

In particolare, quest'ultima tesi, faceva leva sulla non conformità del primo orientamento rispetto al dato normativo vigente allora. Infatti, si sottolineava che le norme autorizzassero a considerare la fase liquidativa quale fonte di un diritto (soggettivo) non tanto alla quota di liquidazione, ma, piuttosto, al regolare svolgimento della procedura stessa. Ed anzi, tenute in conto le specifiche ipotesi di deliberazioni a maggioranza (ad es. anticipato scioglimento della società, proroga della durata, ricostituzione del capitale minimo imposto dalla legge, eliminazione della causa di nullità, fusione e scissione della società in liquidazione), si ribadiva la continuità della vigenza del principio maggioritario, sia durante l'esercizio dell'attività di impresa, sia durante la

Note:

(2) Erano ritenute cause disponibili anche: la definitiva perdita di proporzione tra ammontare delle azioni di risparmio e a voto limitato ed ammontare del capitale sociale ex commi 8 e 9 dell'art. 15 della l. 7 giugno 1974, n. 216; la nullità della società anche se accertata con sentenza, purché non passata in giudicato; le gravi irregolarità di gestione della società sportiva ex art. 13 l. 23 marzo 1981 n. 91.

(3) Niccolini, "Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni", in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7 - 3, Torino 1997, 659.

(4) Così, in giurisprudenza App. di Roma 12 giugno 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 428; Trib. Udine 13 giugno 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 664; Cass. 29 ottobre 1994 n. 8928, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 1895; Trib. Napoli 7 febbraio 1991, in *Vita not.* 1992, 276; Trib. Napoli 31 marzo 1995, in *Società* 1995, 1464; in dottrina: Cavallo Borgia, "Lo scioglimento e la liquidazione nelle società per azioni" in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, vol. XVII, Torino 1985, 152 - 153; Ragusa Maggiore, "La revoca dello stato di liquidazione della società cooperativa: deliberazione a maggioranza o consenso dei soci?" in *Dir. fall.*, 1983, II, 659; Di Sabato, "La revoca della liquidazione. Poteri dell'assemblea e diritti dei soci", in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, 46; Caifa, "Società scioglimento e liquidazione", Padova, 1987, 300; Brunetti, "Trattato del diritto delle società", II, Società per azioni, Milano, 1948, 564.

(5) Graziani, "Diritto delle società", Napoli, 1962, 565; Porzio, "L'estinzione della società per azioni", Napoli, 1959, 130.

(6) In giurisprudenza: App. Genova 20 maggio 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 582; Trib. Roma 13 gennaio 1978, in *Foro It.*, 1979, I, 283; Trib. Bologna 22 giugno 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 99; Trib. Milano 27 marzo 1996, in *questa Rivista* 1997, 191; Trib. Genova 12 febbraio 1986, in *Vita not.* 1988, 323; in dottrina: Alessi, "Revocabilità della liquidazione a maggioranza", in *Riv. Dir. Comm.*, 1989, II, 13; Niccolini, *op. cit.*, 672; Frè, "Della società per azioni", nel *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, libro V, Bologna - Roma, 1982, 838.

sua sospensione e, quindi, anche durante la stato di liquidazione (7).

Analogamente, si rilevava una pluralità di orientamenti, anche riguardo al momento ultimo di ammissibilità della revoca dello stato di liquidazione; tra gli stessi, si considerava prevalente la posizione di coloro che ritenevano possibile la revoca fino all'approvazione del bilancio finale di liquidazione e del piano di riparto, ossia prima che fosse iniziata l'assegnazione, pro quota, dell'eventuale attivo risultante (8).

L'art. 218 disp. att. e trans. c.c.

A questo punto, sembra potersi riscontrare che la presa di posizione del Tribunale sia orientata nel senso di una continuità con l'orientamento giurisprudenziale prevalente *ante* riforma. Ma a ben vedere, forse, ciò non è, se non altro non nella misura in cui si potrebbe essere fuorviati.

Infatti, il Giudice prende a fondamento del provvedimento, non tanto l'unanimità dei consensi, in quanto necessaria allo scopo di rimuovere il diritto soggettivo sottostante, ma soprattutto l'art. 218 disp. att. e trans. c.c., così come modificato dal D. Lgs. n. 6 del 2003, per il quale le società che alla data del 1° gennaio 2004 sono in liquidazione, proseguono la stessa (liquidazione) secondo le norme di legge anteriori (9).

Ad avviso del Tribunale in composizione monocratica "il D. Lgs. n. 6 del 2003, nel disciplinare il trapasso dalla vecchia alla nuova disciplina delle società di capitali, pare voler tenere distinte le società in liquidazione da quelle in attività alla data del 1° gennaio 2004, prevedendo per le prime, con il citato art. 218, che la liquidazione prosegue secondo le disposizioni di legge anteriori e per le seconde, con il nuovo art. 223bis disp. att. e trans. c.c., l'eccezionale possibilità di adattare, entro il 30 settembre 2004, il proprio statuto e/o il proprio atto costitutivo alle nuove disposizioni di legge con una deliberazione adottata dall'assemblea straordinaria a maggioranza semplice, proprio perché per le società già in liquidazione alla predetta data non si pone il problema di adattare le clausole statutarie alla nuova disciplina legale, salvo il caso in cui sia preliminarmente revocato lo stato di liquidazione nei modi previsti dalla normativa anteriore alla riforma e, dunque, ... con l'unanime consenso dei soci, fatta eccezione per il solo caso, non ricorrente nella specie, previsto dal vecchio testo dell'art. 2447 c.c."

In buona sostanza, supponendo corretta l'interpretazione dell'articolo 218, il Giudice di prime cure applica la nuova normativa, per richiamare la previgente, la quale, si deve ricordare, non prevedeva espressamente la revoca dello stato di liquidazione; il silenzio del legislatore in materia, al contrario, alimentava le diverse posizioni sia in dottrina che in giurisprudenza.

Ma, anche ritenendo corretto il ragionamento del Tribunale, non sembra possibile giungere alle conclusioni a cui lo stesso perviene.

Infatti, ammesso il richiamo alla normativa precedente, il rinvio potrebbe essere considerato operante, solo ed in quanto le vecchie disposizioni avessero regolato questa fattispecie. Ma il Tribunale sembra non aver tenuto conto di ciò, forse per l'enigmaticità della disposizione, o forse per gli scarsi contributi in merito. Diversamente, lo stesso ha operato il richiamo non alla normativa previgente, ma agli orientamenti giurisprudenziali precedenti, come se il legislatore avesse inteso proprio questo.

Francamente, la conclusione sembra del tutto incoerente, visto anche il deciso intervento normativo nella direzione opposta.

Preso atto della contraddittorietà del percorso logico del Tribunale, rimane pregiudiziale l'analisi dell'art. 218 disp. att. e trans. c.c., dato il ruolo centrale che assume tale disposizione per il giudizio.

Sembra opportuno, dunque, svolgere alcune considerazioni in merito a tale articolo, data la non esatta corrispondenza della valutazione compiuta dal Giudice rispetto alla *ratio legis*.

In dottrina, in relazione a tale articolo, si è evidenziato che "la sostanziale continuità della normativa novellata rispetto alla previgente non giustificerebbe un trattamento differenziato" (10), ma appare evidente la cesura che la norma impone tra la disciplina precedente e quella attuale.

Infatti, ciò che si rende necessario è l'individuazione dell'esatto criterio distintivo inteso dal legislatore (11).

Note:

(7) Tribunale di Napoli 24 settembre 1951, in *Foro It.*, 1952, I, 625.

(8) Graziani, *op. cit.*, 558.

(9) L'articolo 218 disp. att. trans. espressamente statuisce: "Le società in liquidazione alla data del 1° gennaio 2004, sono liquidate secondo le leggi anteriori. Le società in liquidazione dal 1° gennaio 2004, sono liquidate secondo le nuove disposizioni."

(10) Paciello, in Sandulli, Santoro, "La Riforma delle società", 3, Torino, 2003, 241

(11) Analoga esigenza era sentita, al momento dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, riguardo allo stesso articolo 218 disp. att. e trans. c.c., il quale statuiva: "le società commerciali e cooperative, poste in liquidazione con atto pubblicato nel foglio degli annunci prima dell'entrata in vigore del codice, sono liquidate secondo le leggi anteriori. Le società commerciali e cooperative, poste in liquidazione con atto pubblicato nel foglio annunci legali dopo l'entrata in vigore del codice, sono liquidate secondo le nuove disposizioni".

In particolare la disciplina *ante* codice del 1942, dettata dal codice di commercio, non prevedeva come necessaria, a completamento della fase di liquidazione delle società di capitali, la formalità della cancellazione; infatti, esaurita la fase di liquidazione e venuto meno il vincolo di destinazione di garanzia dei beni sociali, veniva a cessare anche la società.

La Corte di Appello di Roma, con decreto del 14 settembre 1976, si è pronunciata sul punto. La fattispecie esaminata era la seguente: si tentava di richiamare in vita una società posta in liquidazione nel 1936, facendo leva sulla circostanza che la società in liquidazione fosse ancora iscritta nei registri della Cancelleria del Tribunale di Roma, e non fosse invece stata cancellata ai sensi dell'articolo 2456 c.c. come introdotto (segue)

Nel compiere tale valutazione, è stato sottolineato che “l’unica differenza che possa assurgere a discriminare sarebbe data dalla nuova disciplina degli effetti dello scioglimento, con la conseguenza che la norma in commento dovrebbe interpretarsi nel senso che le società che prima del 2004 fossero interessate da una causa di scioglimento di cui al precedente art. 2448 dovrebbero ritenersi *ipso iure et facto* sciolte, ma si liquiderebbero secondo la disciplina nuova, mentre l’operatività della nuova disciplina sarebbe piena per le ipotesi di cause di scioglimento verificatesi dopo l’1.1.2004” (12).

Sembra potersi ritenere, nonostante l’oscura semplicità della norma, che il parametro in questione sia direttamente collegabile agli effetti dello scioglimento delle società. L’articolo 2484, terzo comma, c.c., così come dettato dal legislatore della riforma, sancisce l’efficacia della causa di scioglimento, dal momento dell’iscrizione nel registro delle Imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa (o dall’iscrizione della deliberazione assembleare di scioglimento, nel caso in cui sia deciso dai soci) (13).

Diversamente, in mancanza di una simile previsione, nella vigenza delle vecchie norme, si riteneva l’immediata operatività delle cause di scioglimento, indipendentemente dal loro accertamento (14).

In tale ottica il disegno legislativo è manifesto.

Infatti l’articolo 218 disp. att. trans. c.c., individua le fattispecie alle quali deve applicarsi il nuovo disposto dell’articolo 2484, terzo comma, ossia le società poste in liquidazione dopo l’entrata in vigore della Riforma.

Contrariamente, le società già in liquidazione alla predetta data, troveranno la propria disciplina, in merito agli effetti della causa di scioglimento, nella previgente normativa. Di conseguenza, la causa di scioglimento, per queste ultime, continuerà ad essere operativa al di là di ogni iscrizione della relativa dichiarazione di accertamento.

La considerazione svolta non deve però ingannare. Difatti, sarebbe un errore considerare *tout court* la vigenza di due normative, in quanto non viene disposta alcuna ultrattività (15) dei dispositivi sostituiti, ma semplicemente il “divieto di considerare non più operative le cause di scioglimento che si sono verificate *ante riforma*”, al fine di evitare la revoca implicita, da parte della nuova disciplina della liquidazione, di tutte le cause di scioglimento verificatesi *ante* 1° gennaio 2004.

Se si può, quindi, ritenere corretta la distinzione di cui sopra e, conseguentemente, non aderente alla *ratio legis* quella operata dal Tribunale di Napoli, si deve poter concludere che, sul piano non solo teorico, ma anche pratico, il Giudice, monocratico e collegiale, sia incorso in una falsa applicazione del diritto, vista sì l’applicabilità dell’art. 218 disp. att. e trans. c.c. al caso di specie, ma con risvolti assolutamente opposti.

In particolare, se ne deve dedurre che la società ricorrente, anche in virtù del nesso di dipendenza che il primo giudice riconosce tra l’art. 218 disp. att. e trans.

c.c. e la delibera di revoca dello stato di liquidazione, nonostante lo scioglimento si sia verificato ante 1° gennaio 2004, ben poteva sia proseguire la liquidazione sia, quindi, revocare lo stato di liquidazione secondo la nuova normativa, soprattutto se si ritiene corretto il rapporto di dipendenza enunciato.

La nuova liquidazione *post Riforma*

Sembra ora necessario riflettere in merito agli altri punti toccati dal decreto che si commenta, vale a dire riguardo all’ammissibilità delle delibere non aventi contenuto tipicamente liquidatorio e conseguentemente alla negata possibilità di adottare, per la società per

Note:

(segue nota 11)

dal codice civile; si voleva, dunque, applicare alla situazione, la disciplina in vigore dal 1942, relativa al momento dell’estinzione della società, nonostante il disposto dell’articolo 218.

La Corte del 1976 statuisce: “La mancata cancellazione non assume il rilievo che vi si attribuisce. Va infatti tenuto presente che, ai sensi dell’art. 218 disp. att. e trans. c.c. [...] per la società in oggetto, posta in liquidazione con atto pubblicato nel 1936, deve farsi riferimento alle norme del codice di commercio le quali non imponevano la formalità della cancellazione a differenza di quanto dispone l’art. 2456 c.c. [...]. Sicché, anche a prescindere dal discusso valore dell’atto di cancellazione, deve ritenersi che secondo la legislazione dell’epoca, esaurita la fase di liquidazione e venuto meno ogni vincolo di destinazione e di garanzia dei beni sociali, veniva a cessare anche la società, non costituendo la formalità della cancellazione un elemento indispensabile della fattispecie estintiva”.

Non si può non evidenziare l’analogia della fattispecie sottoposta all’analisi della Corte di Roma rispetto a quella in considerazione, entrambe attinenti all’individuazione della disciplina dell’efficacia di un determinato elemento, verificatosi nella vigenza di una normativa successivamente modificata.

La soluzione, per entrambe, pare debba essere quella di ritenere operanti, anche dopo la modificazione della relativa disciplina, gli effetti già prodottisi ai sensi della seppur diversa normativa antecedente.

La differenza tra le due ipotesi, invero, consiste nell’essere la prima relativa al momento estintivo della liquidazione e della società stessa; diversamente, il Tribunale di Napoli è stato chiamato a pronunciarsi relativamente all’efficacia del momento iniziale della fase liquidativa ed in particolare sull’efficacia della causa stessa dello scioglimento.

Per una trattazione relativa alla pronuncia della Corte di Roma, si vede Ferro - Luzzi, in *Vita not.*, 1979, 242.

(12) Paciello, *op. cit.*, 241, *contra* Parrella, in Sandulli, Santoro, “La riforma delle società”, 3, Torino, 2003, 261 ss., secondo cui il discriminare sarebbe dato dalla data di pubblicazione della nomina dei liquidatori mediante iscrizione a registro imprese.

(13) L’articolo 2484, dopo aver ricompreso, al n. 6) del primo comma, tra le cause di scioglimento, la deliberazione dell’assemblea, al terzo comma, statuisce: “Gli effetti dello scioglimento si determinano, [...] nell’ipotesi prevista dal n. 6) del medesimo (primo) comma, alla data dell’iscrizione della relativa deliberazione”.

(14) Campobasso, “*Diritto Commerciale, Diritto delle società*”, II, Torino, 1999, 492

(15) Sostengono l’ultrattività delle norme codicistiche vigenti *ante riforma*, Abate, Dimundo, Lambertini, Panzani, Patti in “*Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*”, La Riforma del diritto societario a cura di Giovanni Lo Cascio, Giuffrè, 2003, pag. 238, ove si legge: “si tratta di un’evidente caso di ultrattività delle norme codicistiche anteriormente vigenti, che continuano ad applicarsi, oltre il 1° gennaio 2004, a tutte le liquidazioni delle società aperte prima di tale data, fino al loro completamento.”

azioni interessata (in liquidazione), sia la delibera di adeguamento dello statuto di cui al punto "a" del verbale sia le delibere di aumento del capitale a pagamento di cui ai punti "d", "e" ed "f".

Risulterà, altresì, efficace, ai fini del ragionamento, svolgere alcune considerazioni intorno alla nuova revoca dello stato di liquidazione.

Le deliberazioni non aventi contenuto liquidatorio tipico e l'adeguamento ex art. 223bis

La problematica dell'ammissibilità delle deliberazioni dell'assemblea dei soci aventi ad oggetto operazioni non finalizzate tipicamente e direttamente alla liquidazione, era *quaestio* dibattuta *ante* riforma. Si discuteva, infatti, se fosse ammissibile, durante la fase di liquidazione, porre in essere una trasformazione, o ancora una scissione o una fusione, un aumento del capitale sociale a pagamento, una riduzione per esuberanza o, ancora, un trasferimento della sede sociale all'estero; atti, questi, che non presentano direttamente un collegamento con la finalità liquidativa.

In linea generale, nel vigore della previgente normativa, ci si poneva di fronte ad un "giudizio di funzionalità e coerenza della delibera rispetto alla procedura liquidativa ed al divieto di nuove operazioni" (16). Molteplici e contrastanti erano gli orientamenti sia in dottrina che in giurisprudenza (17).

Oggi, peraltro, a seguito della riforma, "la rilevanza applicativa di tale interrogativo si è inverosimilmente ridotta" (18) visto il nuovo testo dell'art. 2499 c.c., il quale espressamente consente la trasformazione anche a società sottoposte a procedure concorsuali, entro i limiti di compatibilità con la natura e lo stato della procedura.

L'interpretazione, letterale, è confermata dagli artt. 2501, comma 2 e 2506, ult. comma, i quali dispongono la possibilità di procedere a fusione e scissione, purché non siano iniziate le operazioni di riparto dell'attivo. Sul punto si è parlato di una "capacità generale delle società" (19), con il limite dell'"inizio del riparto dell'attivo".

Sul presupposto di tale considerazione, si devono ritenere, quindi ed a tutt'oggi, senz'altro ammissibili delibere di trasformazione, fusione, scissione, nonché, di aumento di capitale sociale a pagamento o di riduzione del capitale per perdite - permanendo, in dottrina, lo scetticismo relativamente alla sola riduzione del capitale sociale volontaria (20) - nonostante il loro fine immediato non consista in una operazione prettamente liquidativa, potendo assumere, eventualmente ed in forma mediata, il fine conservativo liquidativo.

È stato, infatti, sostenuto che "in linea di principio sono compatibili con la liquidazione anche le delibere prive di contenuto liquidatorio tipico, se strumentali all'esercizio del potere di governare la società anche nella fase di liquidazione ed all'introduzione di modifiche statutarie, che non siano in conflitto con la prospettiva estintiva assunta dalla società." (21).

Orbene, se il mutato scenario legislativo permette tali operazioni, non si vede, una volta superato l'ostacolo dell'art. 218 disp. att. e trans. c.c., il perché di un diniego, così come deciso dal Tribunale di Napoli con le pronunce in esame. Difatti, anche da tale punto di vista, la società per azioni poteva deliberare il semplice aumento di capitale, senza alcuna precedente revoca dello stato di liquidazione.

A tal punto, si rende necessario e non solo utile spendere alcune riflessioni in merito alla censura mossa dalla Corte partenopea di prima istanza relativamente ad una presunta impossibilità di adeguare, alle nuove prescrizioni della riforma delle società di capitali, lo statuto sociale durante la fase liquidativa, al meno fin quando la causa dello scioglimento non sia stata rimossa e lo stato della liquidazione revocato.

Certamente, anche la suddetta deliberazione non presenta alcun carattere tipicamente liquidativo. E proprio per siffatto difetto, il Tribunale distingue le delibere ex art. 223bis da quelle a contenuto prettamente liqui-

Note:

(16) Dionigi, "Brevi considerazioni sulla trasformabilità di società in liquidazione", in *Riv. not.* 1996, 1 - 2, pag. 277

(17) Per un'analisi in merito alle varietà di opinioni in dottrina, si veda Cavallo Borgia, *op. cit.*, pag. 168, Piccolini, *op. cit.*, pag. 448, Gallezio Piuma, "I poteri dell'assemblea di società per azioni in liquidazione", *Giuffrè*, 1986, pag. 78. In giurisprudenza si veda: in merito alla partecipazione all'operazione di fusione di una società in liquidazione, Trib. Milano 27 marzo 1996, in *questa Rivista*, 2, 1997, 191 con nota di F. Laurini, Trib. Milano 28 settembre 1995, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 261, Trib. Verona 23 gennaio 1995 in *Riv. Not.*, 1996, 271, Trib. Milano 6 giugno 1994, in *Riv. not.* 1996, 298, Trib. Milano 12 settembre 1994, in *Società e dir.* 1994, 647 con nota di Quatraro, Corte Appello Milano 4 maggio 1993, in *Società* 1993, 1229 osser. con nota di Salaria; in merito all'operazione di trasformazione, invece, Corte Appello Milano 6 ottobre 2000, in *Giur. it.* 2001, 1679, Trib. Verona 11 marzo 1999, in *questa Rivista* 2000, 333, Corte Appello Venezia 24 gennaio 1998, in *Società* 1999, 189, trib. Bologna 7 dicembre 1995 in *Giur. comm.* 1997, II, 226, Trib. Milano 27 marzo 1996, in *questa Rivista* 1997, 191, Trib. Roma 29 luglio 1994 in *Riv. not.* 1996, 277; riguardo all'operazione di aumento del capitale Trib. Bergamo 22 gennaio 1971 in *Riv. dir. comm.*, 1972, II, 53, Corte Appello Roma 12 giugno 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 428; riguardo alla riduzione del capitale per esuberanza Trib. Roma 12 luglio 1983 in *Giur. comm.* 1984, II, 636; per il trasferimento della sede sociale Trib. Milano 4 gennaio 1984, in *Società* 1984, 1021.

Per una breve trattazione relativamente ai poteri dell'assemblea durante la fase di liquidazione, si veda altresì: Fimmanò - Traversa, "Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società di capitali alla luce della Riforma", in *Riv. not.* 3004/3, pagg. 691 ss.

(18) In tal senso, Paciello, "Scioglimento e liquidazione", in *Diritto delle società di capitali, Manuale breve*, di N. Abriani, L. Calvosa, G. Ferri jr., G. Giannelli, F. Guerrera, G. Guizzi, M. Notari, A. Paciello, G.A. Rescio, R. Rosapepe, M. Stella Richter jr., A. Toffoletto, *Giuffrè Editore*, 2003, pag. 348.

(19) Paciello, *op. cit.*, pag. 348. In merito ad una breve trattazione sulla ammissibilità delle delibere di riduzione volontaria del capitale sociale si veda: Abate, Dimundo, Lambertini, Panzani, Patti, *op. cit.*, pag. 136

(20) In tal senso, Paciello, *op. cit.*, pag. 349, per il quale le cautele predisposte in via generale e il necessario coordinamento con l'art. 2491 c.c., rendono in fin de conti assai ipotetica siffatta eventualità.

(21) L'espressione è tratta da: Abate, Dimundo, Lambertini, Panzani, Patti, *op. cit.*, pag. 135.

datorio, ritenendo ammissibili le sole seconde, in caso di costanza della fase di liquidazione.

Contrariamente ed in merito, il Tribunale in sede di reclamo non ha indugiato, ritenendo le considerazioni letterali assorbenti.

La bipartizione del primo Giudice non può essere condivisa.

In primo luogo, non si rinviene alcun limite testuale né nell'art. 223bis dip. att. e trans. c.c. né nelle altre norme di cui agli artt. 2499 e ss. c.c., tale da far ritenere non applicabili gli articoli stessi alle società in liquidazione alla data del primo gennaio 2004.

È stato, infatti, affermato che "l'ampia formulazione legislativa induce a ritenere assoggettate al precetto anche le società che al 1° gennaio 2004 risultano già poste in stato di liquidazione" (22).

A maggior ragione, invece, come ricordato sopra, vi sono diversi elementi letterali che fondano l'ammissibilità dell'adozione delle delibere non aventi contenuto prettamente liquidatorio e, conseguentemente, anche delle delibere di adeguamento dello statuto, alle nuove norme societarie.

In secondo luogo, la *ratio legis* dell'adeguamento si manifesta, nella sua integrale portata, nella concessione di un "diritto" di adeguamento a tutti i soggetti giuridici coinvolti ed "in ogni stato e grado del giudizio", sebbene l'adeguamento stesso sia posto, in linea di massima, su di un piano facoltativo (23).

Si deve concludere, ancora ed in definitiva, che anche alla società per azioni in liquidazione, oggetto dei provvedimenti del Tribunale di Napoli, sia senz'altro concessa la facoltà di adeguamento, soprattutto in considerazione del fatto che non si vede come possa l'adeguamento dello statuto alla nuova normativa di legge, pregiudicare il regolare andamento della fase liquidativa.

La revoca dello stato di liquidazione

È stato attentamente osservato che uno degli obiettivi a cui mira il D. Lgs. n. 6 del 2003 consiste nella "comprensione della fase della liquidazione nel contesto fisiologico della vicenda societaria, così attribuendone in larga misura il governo ai soci" (24).

Tralasciando l'esame dell'ultimo inciso, controtenente al *favor* verso una *governance* forte, si vuole evidenziare come l'opinione risponda esattamente al nuovo diritto societario, ponendosi, così, come chiave di lettura dell'intera fase liquidativa appena innovata.

Chiara conferma è rinvenibile nell'introduzione dell'art. 2487ter, per il quale oggi è ammissibile, in ogni tempo, la revoca dello stato di liquidazione e, per di più, a maggioranza assoluta del capitale sociale. Il fine risiede nella ripresa dell'attività economica "indirizzata alla creazione di un nuovo valore, e che non risulta sottoposta ad alcun limite correlabile con la fase in cui si trova la procedura" (25).

Tale ultimo obiettivo, deve essere inoltre letto nell'ambito di uno degli obiettivi prioritari posti dalla legge

delega, consistente nel "favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese" (art. 2, lett. a) ed attuato proprio mediante "l'incremento di quelle disposizioni ispirate al fine di conservare il patrimonio sociale, in quanto patrimonio autonomo destinato allo svolgimento di un'attività imprenditoriale produttiva di ricchezza." (26).

L'assemblea straordinaria potrà, quindi, con le maggioranze di cui agli articoli 2368 e 2369 c.c., deliberare la revoca dello stato di liquidazione a condizione che rimuova la causa di scioglimento che ha dato luogo alla liquidazione, così come disposto dall'art. 2487ter.

Altrettanto, non sembra potersi dubitare dell'immediata applicazione di tale articolo a tutte le società che dopo il 1° gennaio 2004 non abbiano introdotto, in deroga, una disposizione statutaria tendente a modificare, elevandolo, il *quorum* richiesto, anche in assenza di una delibera di adeguamento ex art. 223bis disp. att. e trans. c.c., sempre che si ammetta la derogabilità dell'articolo 2487ter stesso.

Se, quindi, il carattere immediatamente operativo della norma risulta sussistente alla luce del nuovo diritto, non può nuovamente essere condivisa la posizione delle Corti tesa ad escludere, in buona sostanza, la diretta applicazione dell'innovazione al caso in esame. Anche in considerazione del fatto che, tra le contestuali delibere adottate dalla società, quelle di ripianamento delle perdite con seguenti aumenti di capitale, presentavano, indubbiamente, un lato implicitamente strumentale alla rimozione della causa di scioglimento.

In merito alla norma dell'articolo 2487ter, potreb-

Note:

(22) In tal senso Tassinari, "Il mancato adeguamento degli statuti societari alla riforma", Studio n. 5166, approvato da Consiglio Nazionale del Notariato l'11 giugno 2004, il quale, in merito, rinvia a Montagnani, "Ap-punti su alcune disposizioni transitorie della riforma del diritto societario", in *Giur. comm.*, 2003, I, p., p. 631 ss..

(23) La facoltatività dell'adeguamento dello statuto scaturisce essenzialmente dalla principale conseguenza del mancato adeguamento stesso, consistente nella sostituzione automatica delle clausole incompatibili. La dottrina *post* riforma, infatti, appare concorde nel ritenere che il mancato adeguamento non dia luogo ad una causa di scioglimento della società. In merito alle considerazioni riguardo alla facoltatività ovvero obbligatorietà dell'adeguamento ed alle conseguenze della mancanza dello stesso, molteplici sono i contributi della dottrina in merito. A riguardo si veda: Tassinari, "Il mancato adeguamento degli statuti societari alla riforma", cit.; Enriques e Scassellati Sforzolini, "Adeguamenti statutari: scelte di fondo e nuove opportunità nella riforma societaria", in questa *Rivista*, 1/2004, pag. 69 ss.; Morera, "Gli adeguamenti dell'atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni in materia di s.p.a. (art. 223 bis, disp. att. c.c.)" in *Riv. not.* 2003, 4, pag. 835 ss.; Mascheroni e Ruotolo, "Gli adeguamenti statutari obbligatori e facoltativi (a seguito del decreto legislativo n. 6 del 2003)", in *Studi e Materiali, Studi sulla riforma del diritto societario*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 1/2004, Giuffrè, pag. 771.

(24) L'espressione è tratta dall'introduzione di Bernardino Libonati del volume *Diritto delle società di capitali, Manuale breve*, cit.

(25) Paciello, *op. cit.*, pag. 349.

(26) Abate, Dimundo, Lambertini, Panzani, Patti, *op. cit.*, pag. 110.

be essere proposto un parallelismo improprio. Difatti, come l'articolo 2500*ter*, in deroga al principio di cui all'articolo 2252 c.c., dispone la trasformabilità a maggioranza delle società di persone in società di capitali, così l'articolo 2487*ter* si pone come punto di rottura con il principio dell'unanimità dei consensi, in virtù del quale l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale, prevalente *ante* riforma, ammetteva la revoca dello stato di liquidazione.

L'improprietà del parallelismo, come si evince immediatamente, risiede nell'essere, la seconda norma, posta in deroga non ad una espressa normativa di legge, bensì ad un orientamento scaturito proprio dalla mancanza di una esplicita disciplina in materia.

Peraltro, nonostante tale incongruenza, non può non sottolinearsi l'identità della *ratio* che si pone alla base delle due norme analizzate.

Come il *favor* dell'articolo 2500*ter* risulta essere quello di "semplificare e favorire la trasformazione delle società di persone in società di capitali" (art. 7 lett. e della legge delega) allo scopo di "perseguire l'obiettivo di favorire la nascita, la crescita, la competitività delle imprese attraverso il loro accesso ai mercati interni ed internazionali dei capitali" (art. 2 lett. a della legge delega), così, come già innanzi sottolineato, l'articolo 2487*ter*, può, e deve, essere considerato nell'ambito dello stesso obiettivo.

Conclusioni

L'interpretazione riguardo all'art. 218 disp. att. e trans. c.c. resa dal Giudice di prime cure e dal Tribunale del reclamo è la medesima.

Il secondo dei due, in particolare, basa la propria decisione letteralmente sul predetto articolo, ritenendo le considerazioni in merito allo stesso "assorbenti"; il Collegio, inoltre, non ritiene opportuno né necessario indugiare sull'ulteriore questione, ovvero sulla possibilità o meno di trovare nel disposto, di cui al novellato art. 223-*bis* disp. att. e trans. c.c., un altro argomento a sostegno della interpretazione estensiva dell'articolo 218 accolta dal giudice monocratico.

Con argomentazioni in parte differenti, i due provvedimenti arrivano quindi alla medesima conclusione.

Come esposto sopra, si deve censurare l'interpretazione resa dalle Corti riguardo all'art. 218 disp. att. e trans. c.c., in quanto non corrispondente all'autentica *ratio legis*. Da cui, deriva la possibilità per la società di revocare lo stato di liquidazione e porre in essere tutte le delibere poste all'ordine del giorno.

Era, inoltre, facoltà dell'ente anche l'adozione singola di tutte le altre delibere, anche non adottando preventivamente quella di revoca. Ciò in quanto, dalle stesse non possano derivare dei profili di incompatibilità con la procedura di liquidazione. In merito, l'argomento testuale dell'art. 2499 c.c. impedisce la tesi del Tribunale.

Clausole compromissorie

L'arbitraggio gestionale nelle società di persone e nella società a responsabilità limitata (*)

a cura di ROLANDINO GUIDOTTI

Assecondando «un'aspirazione già emersa nei lavori della Commissione ministeriale che - nel corso della XII legislatura - fu presieduta dal prof. A. Mirone» (1) l'art. 37 del D.Lgs. n. 5 del 2003 disciplina la risoluzione dei contrasti sulla gestione di società.

A differenza del disposto di cui all'art. 34 - che dispone in modo generico che gli atti costitutivi delle società (2), ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325-bis c.c. (ovvero di quelle emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante) (3), possano prevedere mediante l'introduzione di clausole compromissorie la devoluzione ad arbitri di alcune o tutte le controversie -, il sopra citato art. 37 prevede che gli atti costitutivi delle sole società a responsabilità limitata e delle società di persone possano *anche* contenere clausole con le quali si deferiscono ad uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società.

La norma prosegue poi statuendo come gli atti costitutivi possano *ulteriormente* prevedere che la decisione (di uno o più terzi) sia reclamabile davanti ad un collegio nei termini e con le modalità stabilite nello statuto stesso.

Il legislatore vorrebbe che siano gli atti costitutivi a contenere le clausole istitutive dell'organo di prima e seconda istanza, ma siano gli statuti a disciplinare i termini e le modalità del procedimento di secondo grado; la differenziazione lascia naturalmente perplessi e non solo per la ragione di carattere puramente letterale che l'espressione «statuti stessi» suscita nel far supporre che il legislatore avrebbe voluto scrivere «atti costitutivi stessi», ma anche perché non v'è motivo alcuno per cui le clausole in oggetto debbano essere scorporate in due parti; a ciò si aggiunga che normalmente nelle società di persone non esiste statuto e non v'è ragione di ipotizzare che il procedimento di seconda istanza sia riservato alla sola società a responsabilità limitata.

Il terzo comma della norma prevede che gli atti costitutivi possano altresì prevedere che il soggetto (o il collegio) chiamato a dirimere i contrasti di cui ai precedenti commi possa dare «indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli».

Note:

(*) Intervento svolto il 22 settembre 2004 presso la Camera di Commercio di Modena in occasione del convegno sull'*Arbitrato e (la) risoluzione dei conflitti gestionali nel nuovo diritto societario*, aggiornato e integrato con l'aggiunta della tecnica contrattuale.

(1) Così la *Relazione* al provvedimento legislativo in esame.

(2) Sui limiti di applicazione dell'art. 34 v. La China, *L'arbitrato, Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, p. 244 il quale esclude che l'art. 34 possa trovare applicazione anche con riferimento alle società costituite all'estero di cui all'art. 7 del D. Lgs. 6/2003, con riferimento alle società di fatto ed alle società semplici; cfr. anche Carratta, *sub art. 1*, in Chiarloni, *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, p. 43 ss.; v. anche Soldati, *La nuova clausola compromissoria statutaria*, in www.judicium.it, p. 1 (sito consultato il 9 settembre 2004). In argomento v. anche Guidotti, *Clausola compromissoria, compromesso e arbitrabilità soggettiva*, in AA. VV., *Arbitrato e procedure di conciliazione nelle controversie societarie*, nelle *Monografie di dir. e prat. soc.*, Milano, 2003, p. 39 ss.; cfr. da ultimo Auletta, Zoppini, *Doppia chance di arbitrato per le società*, ne *Il Sole 24Ore* del 2 settembre 2004 che contestano l'opinione secondo la quale le clausole compromissorie contenute negli statuti delle società che rimettono la nomina anche solo di alcuni arbitri al potere delle parti sarebbero nulle dal 1 gennaio 2004 ritenendo che per il combinato disposto degli art. 808, u.c., c.p.c. e 1424 c.c. «la clausola compromissoria può essere nulla alla stregua dell'art. 34 del decreto 5/03, e tuttavia continuare a valere come clausola compromissoria di diritto comune poiché contiene tutti i requisiti di sostanza e di forma del (diverso) contratto descritto nel codice di rito»; nonché la replica di Cabras, *Arbitrato e società, la svolta è «piena»*, ne *Il Sole 24Ore* del 9 settembre 2004.

(3) La misura rilevante è disciplinata nel nuovo art. 111-bis disp. att. il quale a sua volta rinvia a quanto stabilito dalla Consob ai sensi dell'art. 116 del t.u.f.

Il quarto e ultimo comma dice poi che la decisione resa dal soggetto incaricato o dal collegio è impugnabile a norma dell'art. 1349, secondo co., c.c. il quale - com'è noto - dispone a sua volta che se la determinazione dell'oggetto del contratto è rimessa al mero arbitrio del terzo, la stessa non può essere impugnata se non provando la sua mala fede.

L'istituto in esame è stato denominato in vario modo: la *Relazione* governativa si esprime in termini di arbitrato c.d. «economico» (4); la dottrina ha parlato di arbitrato gestionale (5); di arbitrato economico-gestionale (6) o di arbitraggio c.d. economico (7).

Sicuramente la disciplina tracciata dal legislatore - anche in considerazione dell'assoluta novità dell'istituto per il nostro ordinamento societario e, più in generale, per il diritto dell'impresa (8) - avrebbe potuto essere più articolata tanto che si è parlato di disciplina «gravemente lacunosa» (9).

Sotto diverso profilo la norma lascia ampia libertà ai soci nel redigere la clausola in oggetto (10); nulla viene ad esempio imposto con riferimento ai tempi entro i quali gli arbitratori devono rendere il proprio parere o sulle modalità con le quali deve svolgersi il procedimento.

ESEMPIO DI CLAUSOLA PER LA RISOLUZIONE DEI CONTRASTI SULLA GESTIONE DELLA SOCIETÀ

I contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrare in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società, quando determinano l'insorgenza di un dissidio insanabile a causa dell'impossibilità di adottare decisioni, sono deferite ad un arbitratore imparziale nominato su istanza della parte più diligente dal Presidente dell'Ordine dei commercialisti di (...). L'istanza dovrà contenere una indicazione dettagliata del contrasto.

Il terzo dovrà comunicare mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alle parti la propria accettazione entro e non oltre (...) giorni, specificando modalità e termini del procedimento, assicurando peraltro in ogni caso il rispetto del contraddittorio.

Il terzo, che dovrà decidere secondo equità, potrà richiedere ulteriori informazioni alle parti circa contrasto sempre nel rispetto del contraddittorio tra le stesse; dovrà comunicare, mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, la propria determinazione ai fini della risoluzione del conflitto entro e non oltre (...) giorni dall'accettazione dell'incarico; le spese del procedimento saranno in ogni caso a carico della società.

COSTITUZIONALITÀ DELLA NORMA

La *Relazione* governativa - dopo aver ricordato che l'istituto in esame è «da annoverare tra quelli che non direttamente dirimono “controversie” ai sensi dell'art. 806 c.p.c.» e che il suo ambito di applicazione è limitato, come si è già ricordato, alle società a responsabilità limitata e alle società di persone - testualmente dispone che l'arbitrato c.d. economico è stato introdotto «secondo quanto appare consentito dalle principali direttive della l. 366 del 2001, vale a dire l'art. 1, commi 1 e 2 (oltre che non vietato dall'art. 12)».

La giustificazione della *Relazione* all'introduzione dell'istituto non convince (11). I primi due commi della legge appena citata non considerano neppure indirettamente l'istituto in esame; inoltre le disposizioni di cui sopra non fanno riferimento alle società di persone, ma solo alle società di capitali ed alle cooperative; come indica la *Relazione* stessa, l'art. 12 della l. 366/01 si limita poi, per quanto interessa in questa sede, a non contenere una norma che vieti l'istituto introdotto dall'art. 37.

La norma in esame appare quindi viziata da un eccesso di delega per quanto riguarda le società personali

Note:

(4) V. anche Arieta, De Santis, *Il nuovo processo societario*, Padova, 2004, p. 687 ss.

(5) Corsini, *La risoluzione dei contrasti nell'amministrazione sociale mediante «arbitrato gestionale»*, in *Società*, 2003, p. 1203 ss.; Id., *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, in *Il nuovo processo societario*, diretto da Chiarloni, Bologna, 2004, p. 1013 ss. (le citazioni nel seguito saranno fatte con riferimento a quest'ultima opera che raccoglie e sviluppa gli appunti contenuti nel primo articolo).

(6) Sassani, Tiscini, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 72 ss.

(7) Soldati, *L'«arbitrato» c.d. economico per la risoluzione dei contrasti sulla gestione delle società*, in corso di pubblicazione su *Dir. e prat. soc.*; nonché Id., in Amadei, Soldati, *Il processo societario*, Milano, 2003, p. 152.

(8) Così anche Morera, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, in *An. giur. dell'econ.*, 2003, p. 313; v. Cabras, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in *www.dircomm.it*, p. 5 (sito consultato il 21 luglio 2004).

(9) E. Minervini, *Risoluzione dei contrasti sulla gestione sociale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 880.

(10) Cfr. Soldati, *L'«arbitrato» ...*, cit.

(11) Corsini, *op. cit.*, p. 1022.

sulla disciplina delle quali il legislatore in forza dei primi due commi dell'art. 1 della l. 366/01 non avrebbe potuto intervenire. La norma avrebbe forse potuto essere collocata, limitata nell'applicazione come appena indicato, all'interno della disciplina sostanziale dell'amministrazione della società a responsabilità limitata (12).

Ma anche sulla costituzionalità della norma così limitata continuerebbero a sussistere ragionevoli margini di dubbio e tanto in considerazione del fatto che la nostra giurisprudenza è orientata nel ritenere che i principi ed i criteri direttivi di cui all'art. 76 cost. devono consentire al legislatore delegato solo «la possibilità di valutare le particolari situazioni giuridiche da regolamentare nella fisiologica attività di "riempimento" che lega i due livelli normativi» (13) e non quella di creare nuovi istituti (anche se non in contrasto con la delega).

LA NATURA DELL'ISTITUTO

La dottrina è praticamente concorde nell'escludere che la fattispecie di cui all'art. 37 del D.Lgs. 5/2003 sia un'ipotesi di arbitrato e nel ritenere di individuare nella norma in esame una ipotesi di arbitraggio (14).

In via di prima approssimazione si può ricordare come per arbitraggio (15) si faccia riferimento ad una clausola del contratto con la quale gli autori della dichiarazione negoziale «qualora non vogliamo o non possiamo determinare subito in tutti i suoi elementi essenziali o accidentali il programma negoziale, dettano i criteri per la sua determinazione in un momento successivo» (16) demandando ad altro soggetto la determinazione del contenuto del negozio già concluso, ma non completo (17); sempre in prima approssimazione si può poi altresì ricordare come la distinzione tra arbitraggio e arbitrato sia ravvisata dalla nostra giurisprudenza nel fatto che con l'arbitrato le parti attribuiscono agli arbitri il compito di risolvere divergenze insorte in ordine ad un rapporto precostituito in tutti i suoi elementi in ciò esplicitando una funzione essenzialmente giurisdizionale, mentre con l'arbitraggio, lo si è visto, le parti demandano ad altro soggetto la determinazione del contenuto di un contratto già concluso, ma non completo (18).

Non è questa evidentemente la sede per approfondire ulteriormente la distinzione tra arbitrato ed arbitraggio; è peraltro indispensabile rilevare come il confine tra i due istituti non sia di facile individuazione come di recente si è ricordato (19).

È più utile allora notare come la disciplina dettata dal legislatore non sia compatibile con quella dell'arbitrato mentre sia tendenzialmente compatibile con quella dell'arbitraggio.

Come già evidenziato dalla dottrina infatti, al di fuori della specifica ipotesi statutaria che preveda la possibilità che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio, a) non è prevista in via di principio la possibilità di impugnare la decisione resa dagli arbitratori; b) v'è un richiamo specifico al secondo co. dell'art. 1349 c.c. ovvero indirettamente alla possibilità di rimettere la decisione al mero arbitrio del terzo (20); c) è prevista la possibilità per gli arbitratori di fornire indicazioni anche su questioni collegate (21).

Note:

(12) Morera, *op. cit.*, p. 315.

(13) Corte cost., 3 giugno 1998, n. 198, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3026 s.; Corte cost., 24 luglio 1995, n. 362, *ivi*, 1996, I, c. 2671; v. anche Corsini, *op. cit.*, p. 1022.

(14) Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 430; La China, *op. cit.*, p. 252; Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 446; Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 517; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 705; seppur in senso parzialmente critico Corsini, *op. cit.*, p. 1023 ss.; Soldati, *L'arbitrato* ..., *cit.*; Morera, *op. cit.*, p. 314.

(15) O arbitramento.

(16) V. Dimundo, *L'arbitraggio*, in Alpa, *L'arbitrato, Profili sostanziali*, I, Torino, 1999, p. 149.

(17) In questo senso v. Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, in *Mass. Foro it.*, c. 937.

(18) V. Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, *cit.*; nello stesso senso v. anche Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2936; Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «contratto in genere» n. 263; cfr. anche Carpi, Zucconi Galli Fonseca, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, p. 76 s.

(19) Festi, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, a p. 63 rileva, innanzitutto, criticando l'opinione della giurisprudenza riportata nel testo come «gli atti dell'arbitratore e dell'arbitro non possano essere distinti sotto il profilo della natura del negozio, quanto entrambi possono rientrare nella categoria oppure restarne fuori, a seconda della nozione di negozio prescelta»; rileva poi in conclusione dell'analisi sulla differenza degli istituti come l'unico caso in cui l'arbitratore può fare qualcosa di diverso rispetto all'arbitro «si ha quando gli venga demandato di stabilire l'entità di una prestazione contrattuale, senza che dal contratto o *aliunde* emergano criteri per poter addivenire alla determinazione stessa. Se, infatti, - prosegue l'autore - nell'ambito di un analogo contratto privo di oggetto e in assenza di criteri per la sua determinazione, una delle parti dovesse ricorrere al giudice (o all'arbitro), questi non potrebbe che dichiarare la nullità del contratto per indeterminazione dell'oggetto» (p. 76).

(20) Si noti come nella bozza (pubblicata su *Il Sole 24Ore* del 4 ottobre 2002) del testo del decreto legislativo mancasse nell'art. 37 il riferimento all'art. 1349 c.c.

(21) Morera, *op. cit.*, p. 314.

A conforto della tesi che l'istituto in esame è da inquadrarsi nella fattispecie dell'arbitraggio si è osservato ulteriormente (22) come il legislatore nella norma in esame utilizza il termine "contrastati" e non il termine "controversie"; la circostanza non appare peraltro rilevante ove si consideri che lo stesso legislatore utilizza poi nella norma il termine "decisione" e non quello di "determinazione" (come accade invece nell'art. 1349 c.c.).

Sotto diverso profilo v'è inoltre da dire come la materia posta all'esame dell'arbitratore, inerente alla scelte da adottare sulla gestione della società, non potrebbe essere devoluta in linea di principio ad un giudizio ordinario (e quindi conseguentemente neppure ad un giudizio arbitrale); incidentalmente si può anche affermare che il mancato richiamo da parte dell'art. 37 al primo co. dell'art. 1349 c.c. permette di escludere che la determinazione sul contrasto possa essere presa dal giudice (23).

Si può quindi convenire con chi, pur condividendo il fatto di essere di fronte ad un istituto che si avvicina all'arbitraggio, ha sottolineato come «l'istituto in esame non può nemmeno essere incluso *de plano* nella pur multiforme categoria dell'arbitraggio» dato che nella fattispecie in esame esiste già un contratto (di società) completo in tutte le sue parti (24).

Da ultimo sia consentito osservare come l'espressione arbitratore c.d. economico riporta il pensiero a quanto affermava Carnelutti quando fondava la distinzione tra arbitratore e arbitraggio facendo riferimento, per il primo istituto, alle controversie giuridiche e, per il secondo, alle controversie economiche (25).

I LIMITI DI APPLICAZIONE

La riforma riconosce espressamente la validità dei c.d. *deadlock (26)-breaking systems* quantomeno con riferimento agli organi amministrativi; è peraltro subito da chiedersi perché il legislatore abbia limitato l'applicazione dell'art. 37 alle sole società di persone e a responsabilità limitata (escludendo quindi le società per azioni e quelle in accomandita per azioni).

Se una parte della dottrina ritiene assolutamente ingiustificata la scelta del legislatore (27) altra dottrina la ritiene, per contro, del tutto coerente (28); per quest'ultima la ragione della limitazione sarebbe da individuare nel fatto che nelle società per azioni (e nelle società in accomandita per azioni) la gestione è devoluta (o da un amministratore unico o) da un organo plurisoggettivo che delibera a maggioranza; organo che, per sua natura, in caso di divergenze evita la paralisi amministrativa (29).

L'osservazione, di per sé corretta, nella fattispecie in esame non è determinante ove si consideri che, anche a seguito della riforma, pure la s.r.l. è *normalmente* amministrata ex art. 2475 c.c. (da un amministratore unico o) da un consiglio di amministrazione; la nuova disciplina del diritto societario disciplina infatti solo la *possibilità* che l'atto costitutivo preveda che l'amministrazione sia affidata a più persone disgiuntamente oppure congiuntamente (applicandosi in tali casi, rispettivamente, gli artt. 2257 e 2258 c.c.); e la norma in esame si applica alla s.r.l. indipendentemente dal regime di amministrazione prescelto alla sola condizione che sia prevista una pluralità di amministratori.

A ciò va aggiunto - e di tanto è consapevole anche la dottrina che si critica - che l'affermazione secondo la quale un organo amministrativo plurisoggettivo che delibera a maggioranza non scongiura del tutto le eventualità di stallo decisionale; si pensi, a titolo di esempio, ad un consiglio di amministrazione composto da un numero pari di soggetti.

Se è vero infatti che le situazioni di *impasse* gestionale sono di gran lunga più probabili nei sistemi di

Note:

(22) V. sempre Morera, *op. cit.*, p. 314.

(23) La China, *op. cit.*, p. 252.

(24) Corsini, *op. cit.*, p. 1029; secondo Ricci, *Il nuovo arbitratore societario*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2003, p. 517 l'art. 37 introduce «una particolare forma di amministrazione della società da parte di soggetti, ai quali la qualifica di amministratori non è stata attribuita secondo le regole relative alla formazione degli organi amministrativi societari».

(25) Carnelutti, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 123 ss.; sul punto v. anche Festi, *op. cit.*, p. 69, testo e nota n. 35.

(26) Come ricorda Bonvicini, *Le "Joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, 1977, p. 401 s. «nella letteratura statunitense si usa distinguere, concettualmente e terminologicamente, due fattispecie nell'ambito del manifestarsi di una situazione di *impasse* degli organi sociali». Da una parte il c.d. *deadlock* «ossia la paralisi dell'assemblea dei soci con partecipazioni formalmente paritetiche o del consiglio di amministrazione composto da un numero pari di membri»; dall'altra il c.d. *stalemate* «vale a dire il mancato funzionamento degli organi della *corporation* nella quale, pur non essendo azionisti ed amministratori formalmente contrapposti in due gruppi di uguali diritti, una sostanziale parità di posizioni derivi dall'esistenza di patti (sociali e non) che attribuiscono poteri di veto impongono *voting requirements* o, comunque, altri *control devices*».

(27) Cabras, *Arbitratore e conciliazione ...*, cit., p. 5.

(28) Corsini, *op. cit.*, p. 1013 ss.

(29) Corsini, *op. cit.*, p. 1014.

amministrazione disgiuntiva e congiuntiva (30) gli stessi sono ben possibili - anche se meno frequenti - anche nel caso di organi collegiali che decidono a maggioranza (31).

Da ultimo è da dire che la norma in esame sembra poter trovare applicazione anche con riferimento alle società cooperative che ai sensi del secondo co. dell'art. 2519 c.c. abbiano optato per la possibilità che alle stesse si applichino, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata (32).

I SOGGETTI AI QUALI PUÒ ESSERE DEVOLUTA LA RISOLUZIONE DELLA LITE

La risoluzione del contrasto sulla gestione, in prima istanza, può essere devoluta anche ad un soggetto singolo; in seconda istanza la decisione deve essere presa - per espressa volontà del legislatore - da un collegio (33).

Nel caso in cui la risoluzione sia rimessa al collegio è poi da chiedersi se i membri dello stesso debbano essere in numero dispari o meno (34); è evidente però che se si aderisce alla tesi secondo la quale il numero di arbitratori possano essere anche pari si rischia di perpetuare la situazione di stallo decisionale; è quindi più che opportuno la clausola specifichi espressamente che gli arbitratori devono essere in numero dispari.

È da notare poi che mentre il testo dell'art. 37 nello schema del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri il 30 settembre 2002 (35) prevedeva espressamente che la nomina degli arbitratori dovesse avvenire, sia in prima istanza sia in fase di reclamo, ad opera di un soggetto estraneo alla società, nella versione definitiva della norma di tale espressione non c'è più traccia.

Anche se la nomina può quindi essere fatta dagli stessi soggetti che si trovano in contrasto tra loro, il terzo o i terzi debbono peraltro trovarsi in una situazione di imparzialità (36) cosicché non potranno essere, ad esempio, nominati arbitratori gli amministratori stessi; non è invece da escludere che, in linea di principio, possa svolgere la funzione di arbitratore anche il socio di s.r.l. (che naturalmente non svolga anche funzioni amministrative) o il socio accomandante (37).

In assenza di una espressa disposizione che lo consideri necessario, non pare che il contrasto tra gli amministratori debba essere in qualche modo formalizzato prima che si dia corso al procedimento (38); naturalmente detta condizione potrà però essere prevista dalla clausola che lo disciplina.

Diverso problema è quello di stabilire, sempre in assenza di espressa previsione dell'atto costitutivo, quali siano i soggetti che possono instaurare il procedimento ovvero se legittimati siano solo gli amministratori o possano farlo, ad esempio, anche i soci (39) o i sindaci (40).

LA DECISIONE

Gli arbitratori dovranno normalmente deliberare secondo il loro equo apprezzamento (41); alternativa-

Note:

(30) In argomento v. Lubrano, *Insanabile dissidio tra i soci di società di persone, prevalenza dello scioglimento del vincolo particolare e modalità di liquidazione della quota*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 868 ss.

(31) Morera, *op. cit.*, p. 316; in argomento, ad esempio, v. Salvatore, *Stallo decisionale nella s.r.l. a ristretta base sociale: riflessioni e spunti operativi diretti a favorire la continuazione dell'impresa*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 993 ss.

(32) *Contra* Corsini, *op. cit.*, p. 1013 ss.

(33) Cfr. anche Minervini, *op. cit.*, p. 883.

(34) Ritengono che il numero di arbitratori possa essere anche pari Corsini, *op. cit.*, p. 1033; Minervini, *op. cit.*, p. 881.

(35) Vedilo pubblicato da *Il Sole 24Ore* del 24 ottobre 2002.

(36) Cfr. Minervini, *op. cit.*, p. 881; sul requisito dell'imparzialità in materia arbitrale v. Guidotti, *Clausole statutarie che devolvono agli organi sociali la risoluzione delle liti tra i soci e la società*, in questa *Rivista*, 2002, p. 599 ss.; Id., *Le limitazioni imposte agli organi sociali aventi funzioni di arbitri (anche con riferimento alla riforma delle società di capitali)*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 211 s.; Id., *Clausola*, *cit.*, p. 39 ss.

(37) *Contra* Minervini, *op. cit.*, p. 882 e Corsini, *op. cit.*, p. 1034.

(38) Cfr. Minervini, *op. cit.*, p. 882.

(39) Incidentalmente sia consentito osservare come sia dubbia la possibilità di utilizzare il procedimento di cui all'art. 37 nella particolare ipotesi di stallo gestionale conseguente all'incapacità dei soci di decidere in merito all'opposizione di uno o più amministratori (art. 2257); in argomento v. Morera, *op. cit.*, p. 316.

(40) Secondo Minervini, *op. cit.*, p. 881 il terzo deve essere necessariamente una persona fisica; *contra* Corsini, *op. cit.*, p. 1034 che non si possa escludere a priori che l'arbitratore sia una persona giuridica particolarmente qualificata, quale una società di consulenza o di revisione, che si occupi anche di strategia di impresa.

(41) In argomento v. Criscuolo, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, p. 186 ss. il quale a pag. 201 e ss. precisa come talvolta la fonte integrativa richiamata dal primo comma dell'art. 1349 c.c. possa talvolta essere individuata anche nel mercato; Zuddas, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, p. 113 ss.

mente l'atto costitutivo potrà prevedere particolari diversi criteri di decisione ovvero ammettere che la pronuncia sia resa secondo il mero arbitrio del terzo così come prevede il secondo co. dell'art. 1349 c.c. (42).

Gli arbitratori dovranno limitarsi a optare per l'una o per l'altra soluzione gestionale proposta dagli amministratori (43); è invece da escludere che essi possano assumere una decisione diversa rispetto ad una delle proposte avanzate dai gestori della società (44). Come è già stato osservato una interpretazione tanto restrittiva della norma si giustifica in considerazione dell'eccezionalità dei poteri attribuiti agli arbitratori che si sostituiscono agli amministratori nel decidere di una attività relativa al governo della società (45).

Nonostante la norma non lo dica espressamente la decisione degli arbitratori deve considerarsi vincolante; di tanto è infatti agevole convincersi ove si consideri che il terzo comma della disposizione in esame prevede espressamente che devono considerarsi vincolanti le indicazioni sulle questioni collegate cosicché, a maggior ragione, lo dovranno essere quelle fornite dagli arbitratori sulla questione principale loro devoluta.

Se è corretto quanto sopra ipotizzato e cioè che gli arbitratori devono limitarsi ad optare per l'una o l'altra soluzione gestionale proposta dagli amministratori ne discende che come la scelta gestionale non faccia mai capo agli arbitratori (ma sempre all'amministratore, o agli amministratori, che la hanno proposta e caldeggiata).

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Da quanto sopra esposto segue che nella fattispecie in esame troveranno applicazione le normali regole sulla responsabilità degli amministratori (46); ove la scelta gestionale, seppur avallata dagli arbitratori, possa essere fonte di responsabilità la stessa non potrà che far capo ai gestori (secondo le normali regole di cui rispettivamente agli artt. 2260 e 2476 c.c.).

Il successivo problema è quello di stabilire la sorte - sempre sotto il profilo della eventuale responsabilità - degli amministratori la cui scelta gestionale non è stata recepita dagli arbitratori.

Sembra coerente ritenere che gli stessi non possano essere considerati responsabili per un atto che non solo non hanno voluto, ma che hanno addirittura osteggiato sino al punto di rendere necessario lo svolgimento del procedimento di cui ci si occupa; e tale conclusione sembra trovare avallo anche nelle disposizioni legislative dettate in tema di responsabilità degli amministratori di società di persone e di società a responsabilità limitata (47).

Con riferimento alle prime il secondo comma dell'art. 2260 c.c. dispone infatti che «la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa»; con riferimento alle secondo l'ultima parte del primo comma dell'art. 2476 c.c. dispone che la responsabilità non si estende agli amministratori «che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare il proprio dissenso»; in entrambi i casi si può ipotizzare che il fatto di aver osteggiato la decisione provocando il procedimento di arbitraggio (e avverso nello stesso la decisione poi adottata) sia comportamento idoneo ad esonerarli da responsabilità.

L'altra conseguenza dell'impostazione che si è data in merito al problema dei poteri degli arbitratori nel decidere (ed al connesso problema della responsabilità degli amministratori) è quella che la vincolatività del *dictum* degli arbitratori opererà solo ove gli stessi, nell'espletare il loro compito, si siano limitati a recepire una delle scelte gestionali proposte dagli amministratori stessi; nell'ipotesi patologica in cui il *dictum* degli arbitratori dovesse infatti discostarsi da una delle posizioni espresse dagli amministratori questi ultimi legittimamente potrebbero non eseguire la decisione in quanto proveniente da un soggetto sprovvisto della titolarità della funzione amministrativa (48).

Sul punto si potrebbe ulteriormente argomentare poi che nell'ipotesi in cui - pur non essendovi tenuti per il motivo appena esposto - gli amministratori provvedessero ad eseguire una decisione degli arbitra-

Note:

(42) Corsini, *op. cit.*, p. 1035.

(43) V. sempre Corsini, *op. cit.*, p. 1035.

(44) Morera, *op. cit.*, p. 320.

(45) Corsini, *op. cit.*, p. 1035.

(46) *Contra* Minervini, *op. cit.*, p. 884; nel senso del testo v. invece Morera, *op. cit.*, p. 332.

(47) Cfr. Corsini, *op. cit.*, p. 1036.

(48) Morera, *op. cit.*, p. 322.

tori (contenente una soluzione diversa dalle opzioni loro proposte) gli amministratori stessi sarebbero ancora una volta responsabili per un atto che si dovrebbe ritenere provenga direttamente da loro; e tanto in considerazione del fatto che non hanno nessun dovere di eseguirlo.

Si può quindi convenire con chi ha ritenuto che gli arbitratori non assumono mai la funzione amministrativa e non possono determinare mai l'atto di gestione in via originaria (49).

LE QUESTIONI COLLEGATE

Come si è già accennato il terzo comma della norma prevede che gli atti costitutivi possano altresì prevedere che il soggetto (o il collegio) chiamato a dirimere i contrasti di cui ai precedenti commi possa dare «indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli».

Al proposito è innanzi tutto da osservare come la prima versione della norma (50) facesse riferimento non alle questioni collegate ma a questioni connesse; nella versione attuale e definitiva l'estensione dell'attività è stata quindi sicuramente fortemente limitata.

Così formulata la norma sembra poter essere interpretata nel senso che la «questione collegata rappresenta un "segmento" interno del contrasto, non si posiziona su un terreno esterno allo stesso» (51) e l'opportunità della norma può essere individuata nella circostanza che «la questione collegata non rappresenta oggetto del contrasto soltanto perché non si è ancora potuta formare la decisione gestionale che ne costituisce il presupposto» (52).

Se l'interpretazione proposta è quella corretta la disposizione non pare creare *normalmente* ulteriori problemi interpretativi rispetto a quelli evidenziati con riferimento alla vincolatività delle indicazioni espresse ai sensi del secondo comma della norma ovvero a quelle espresse con riferimento alle questioni espressamente deferite agli arbitratori (53).

IL RECLAMO

Si è già ricordato che gli atti costitutivi possono *anche* prevedere che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio nei termini e con le modalità stabilite nella clausole che disciplina il procedimento; si è detto che in seconda istanza l'organo al quale è devoluta la risoluzione della lite non può essere un organo monocratico.

Ove l'atto costitutivo non preveda la possibilità di reclamo la decisione deve ritenersi, con l'eccezione di cui al quarto comma della norma in esame, intangibile; parimenti deve ritenersi intangibile ove la stessa non venga reclamata nei termini previsti dall'atto costitutivo.

Sembra infatti logico argomentare dal mancato richiamo della norma in esame al primo comma dell'art. 1349 c.c. che la decisione degli arbitratori non possa essere impugnata ai sensi della norma appena citata se la decisione è manifestamente iniqua o erronea.

Non è invece chiaro il rapporto tra il terzo ed il quarto comma della norma ovvero se la decisione, ove ne ricorrano naturalmente gli estremi, possa essere impugnata per mala fede del terzo quando siano perenti i termini stabiliti dall'atto costitutivo per il reclamo (54); non è più in generale, chiaro quale sia il rapporto tra questi due mezzi di impugnazione.

Note:

(49) Morera, *op. cit.*, p. 322.

(50) V. sempre *Il Sole 24Ore* del 24 ottobre 2002.

(51) Morera, *op. cit.*, p. 320.

(52) V. sempre Morera, *op. cit.*, p. 320; fortemente critico nei confronti della norma è invece Corsini, *op. cit.*, p. 1037 il quale peraltro sembra dare del disposto normativo una interpretazione troppo ampia sulla possibilità di intervento degli arbitratori; tale interpretazione ha poi - secondo l'autore citato - il fatto che la norma comporterebbe «la sostituzione agli amministratori degli arbitratori, senza però che siano state prese idonee contromisure affinché i primi possano essere spogliati della loro responsabilità, investendone nel contempo i secondi». Secondo Minervini, *op. cit.*, p. 884 il terzo potrebbe dare indicazioni vincolanti su questioni collegate anche in assenza di una apposita richiesta al riguardo.

(53) Altro problema è quello di stabilire quale sia il soggetto al quale fanno carico i costi del procedimento. L'assenza di qualsivoglia indicazione sembra dover essere colmata ritenendo che i costi facciano carico alla società e non ai soggetti che hanno il potere di amministrazione (cfr. Minervini, *op. cit.*, p. 882) anche se la soluzione non convince del tutto in considerazione del fatto che non penalizza in alcun modo l'amministratore particolarmente litigioso che instaura continuamente i procedimenti di cui ci occupiamo. Le alternative peraltro sarebbero quelle di far gravare i costi in parti uguali tra gli amministratori in contrasto tra loro; di farle gravare su quello che ha provocato il procedimento ovvero di applicare alla fattispecie in esame il principio della soccombenza.

(54) Nel senso che la decisione diventa definitiva e non può essere impugnata ai sensi dell'ultimo comma si esprime Minervini, *op. cit.*, p. 883; in senso contrario invece Corsini, *op. cit.*, p. 1041.

Fusione

La revoca della delibera di fusione (*)

di PAOLO GUIDA

Nelle ipotesi in cui, per motivazioni le più varie, il procedimento di fusione non giunga al suo perfezionamento, le società coinvolte potrebbero avere interesse a far assumere una delibera con la quale ne vengano revocati gli effetti. L'analisi di tale eventualità è stata poco affrontata dalla dottrina, e dalla giurisprudenza, lasciando così all'interprete molti interrogativi, teorici e pratici. Il presente lavoro approfondisce in sequenza due profili: il primo con riferimento al contenuto della delibera di revoca ed il secondo ai controlli ed agli adempimenti successivi alla delibera stessa. Molto delicata è la posizione del Notaio per la sua natura allo stesso tempo di pubblico ufficiale e di libero professionista.

Nel corso del procedimento di fusione possono intervenire nuove vicende che inducono a ritenere non più utile per la strategia societaria giungere al suo perfezionamento.

Le motivazioni possono essere le più varie - un diverso sviluppo dei mercati, un improvviso stato di decozione di una delle società partecipanti alla fusione, il cambio di una o più compagini societarie - e devono poter essere valutate con la necessaria ponderazione da parte di tutte le società interessate, al fine di evitare inutili ed eventualmente irrimediabili danni non precedentemente ipotizzati.

In tale ipotesi le società interessate potrebbero avere interesse a far assumere una delibera con la quale vengano revocati gli effetti contenuti nella - o nelle - delibera di fusione previsti dalla legge.

L'analisi di tale decisione è stata poco affrontata dalla dottrina, e la giurisprudenza edita appare limitata ad un solo caso, lasciando così all'interprete molti interrogativi, teorici e pratici.

Tale approfondimento può essere scisso in due parti: con riferimento al contenuto della delibera e, dall'altra parte, ai controlli ed agli adempimenti successivi alla delibera stessa.

È evidente, poi, che i controlli che devono essere effettuati non possono prescindere dal contenuto, per cui è preferibile approfondire prima questo, per giungere dopo alle conclusioni circa gli adempimenti successivi. (1)

1. Legittimità

Il procedimento di fusione (2) è assimilabile ad una fattispecie a formazione progressiva, componendosi di varie fasi che si concretizzano in differenti manifestazioni di volontà.

Va, quindi, preliminarmente individuata la legittimità di revoca della delibera di fusione ed eventualmente in caso di risposta affermativa verificare il limite temporale massimo entro la quale la stessa può essere effettuata. La delibera di fusione costituisce senz'altro il punto base

del procedimento, anche se non è cronologicamente il più anteriore, in quanto costituisce la manifestazione di volontà di ogni singola società di voler addivenire alla fusione.

Pur rientrando nelle delibere di assemblea straordinaria può essere qualificata come atto interno della società (3) in quanto diretto ad incidere sull'organizzazione del

Note:

(*) Il presente lavoro è stato presentato, in forma sintetica e discorsiva, al VII Convegno di studi giuridici "Invalidità: sanzioni e rimedi. Il notaio garante della legalità", organizzato dal Comitato Notarile Pontino, tenutosi a Gaeta il 28-29 maggio 2004.

È destinato agli Studi in onore di Antonio Venditti.

(1) Al fine di semplificare la analisi si è limitato l'approfondimento all'ipotesi di società per azioni amministrata con sistema tradizionale.

(2) Per una disamina completa dell'istituto della fusione ed una ricostruzione circa la sua natura giuridica si veda: Campobasso, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle Società*, p. 553 ss.; Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*, p. 99 ss.; Cottino, *Diritto Commerciale*, Vol. I, tomo II, *Manuali di Scienze Giuridiche*, p. 641 ss.; De Angelis, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella Legge Delega*, Riv. Soc. 2002, p. 41 ss.; Di Sabato, *Manuale delle Società*, p. 608 ss.; Ferrara-Corsi, *Gli Imprenditori*, p. 737 ss.; Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, p. 443 ss.; Frè, *Società per Azioni, Commentario al Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, p. 420; Galgano, *Diritto Commerciale, Le società*, p. 251 ss.; Gasperoni, *Trasformazione e fusione di società*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, p. 1055 ss.; Graziani - Minervini - Belviso, *Manuale di Diritto Commerciale*, p. 252 ss.; Mossa, *La società per azioni - Trattato del nuovo diritto commerciale*, p. 582 ss.; Oppo, *Fusione e scissione delle società secondo il d. leg. 1991 n. 22: profili generali*, in Riv. Dir. Civ., V, 1991, p. 504 ss.; Pacchi Pescucci, *Trasformazione, fusione e scioglimento*, in Riv. Soc., p. 1233 ss.; Pettarin, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, p. 120 ss.; Santagata, *La fusione tra società*, p. 93 ss.; Serra, *La trasformazione e la fusione*, p. 340 ss.; Serra-Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società. Commento al D.Lg. 16 gennaio 1991 n. 22. Quaderni di Diritto Commerciale Europeo a cura di Carlo Angelici e Giorgio Marasà*, p. 90 ss.; Simonetto, *Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero. Commentario al Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, p. 230 ss.; *Della Fusione*, p. 186 ss.

(3) In questo senso, in dottrina: Chiomenti, *La revoca delle deliberazioni assembleari. Saggi di Diritto Commerciale*. Collana fondata da Tullio Ascarelli, nuova serie a cura di G. Ferri, p. 146 ss.; Pettarin, *op. cit.*, p. 128; Simonetto, *op. cit.*, p. 337. In giurisprudenza: Appello Milano 7 maggio 1974, in Riv. Soc., 1980, p. 1245.

Qualche perplessità propone invece Oppo, *op. cit.*, pagg. 510-511.

soggetto. Ma a differenza delle modifiche oggetto di altre delibere di assemblea straordinaria relative alla organizzazione, questa ha anche incidenza su altri soggetti. (4)

Pur essendo, quindi, atto interno con il quale, quindi, l'organo sociale non agisce esternamente ma, quale atto meramente preparatorio, delega ad altri la azione esterna, deve ricevere adeguata pubblicità mediante iscrizione nel registro delle imprese.

Trattandosi, quindi, di volontà interna la società ben potrà revocarla mediante delibera di revoca (5) lasciando aperto il problema circa la necessità di darne adeguata pubblicità. (6)

Facendo comunque un passo indietro può essere utile esaminare la natura della delibera di fusione e del conseguente atto di fusione proprio perché da tale analisi possiamo trarre interessanti riflessi sul nostro problema. Occorre cioè preliminarmente determinare in quale momento si producono gli effetti della fusione e, quindi, solo successivamente fino a quale momento è possibile sospenderne il procedimento.

Secondo autorevole dottrina (7) l'effetto della fusione va visto come il risultato della concordanza oggettiva delle società che hanno deliberato di fondersi, per cui una volta realizzatasi, mediante le rispettive delibere, "la coincidenza oggettiva dello statuto di tutte le società partecipanti alla fusione, ne deriva l'imputazione di tutti i rapporti ad un solo Ente e l'inutilità di distinti centri di imputazione. Si estinguono, pertanto, tutte quelle qualificazioni soggettive strettamente funzionali all'operatività dello statuto e collegate a quel centro di imputazione ormai venuto meno per inutilità".

Tale tesi, quindi, sintetizzando, vede perfezionata la fusione in seguito alla semplice coincidenza degli statuti delle società partecipanti, e quindi, dopo l'ultima delle delibere delle società coinvolte. Tale impostazione, perciò, svaluta molto l'atto di fusione, in quanto la funzione dello stesso "si esaurisce nella verifica della concordanza fra le deliberazioni, esigenza questa particolarmente viva dal momento che la legge non prevede alcun controllo da parte dell'ufficio che procede all'iscrizione della fusione".

Altro orientamento (8), viceversa, sostiene che l'atto di fusione non possa avere natura meramente esecutiva, ma costituisca un vero e proprio atto di autonomia. Ovvero si sostiene che la valutazione dello stesso debba avere un duplice aspetto: rispetto alle deliberazioni assembleari di fusione, è un atto esecutivo in senso stretto; rispetto alla fusione è l'atto determinativo della stessa. (9)

Aderendo alla seconda tesi si può sostenere che la delibera di fusione possa essere revocata prima che l'atto di fusione sia stato sottoscritto, (10) in quanto le delibere relative non hanno ancora trovato esecuzione.

Va, pertanto, esclusa la possibilità di revocare la delibera dopo l'iscrizione dell'atto di fusione, (11) pur se si sostiene che non essendo sottoposto a giudizio omologa-

torio (12) l'atto di fusione è efficace sin dal momento in cui è stipulato.

Interessante è, poi, l'ipotesi ammessa dalla dottrina della stipula dell'atto di fusione prima dell'assunzione delle delibere di fusione, normalmente ritenute il naturale presupposto.

Si è sostenuto cioè che nulla impedisce agli organi amministrativi delle società di sottoscrivere l'atto di fusione, anche prima delle delibere al fine di evitare ripensamenti successivi, e/o evitare la assunzione di delibere (complesse e costose) laddove, poi, non si giunga al perfezionamento della fattispecie.

In tale ipotesi, pertanto, l'atto di fusione produrrebbe i suoi effetti immediatamente dopo l'iscrizione di tutte le delibere di fusione delle società, rendendo così di fatto inipotizzabile la possibilità di revocare una delibera che, viceversa, avrebbe già prodotto effetti definitivi e, quindi, irrevocabili.

Altre ipotesi interessanti da approfondire sono poi quelle nelle quali, ad esempio, l'atto di fusione venga stipulato prima che sia trascorso il termine previsto per le opposizioni, dando luogo così ad un negozio sospensivamente condizionato, e cioè come atto astrattamente idoneo a produrre il suo effetto tipico. (13)

Così come di estremo interesse sarebbe l'approfondimento dell'ipotesi in cui il procedimento di fusione venga perfezionato sulla base di una delibera assembleare successivamente riconosciuta nulla.

2. Limite cronologico

Il procedimento di fusione è un procedimento complesso che si compone di vari elementi cronologicamente e contenutisticamente distinti, che parte dalla delibera dell'organo amministrativo relativa al-

Note:

(4) Campobasso, *op. cit.*: "la fusione può pregiudicare la posizione dei creditori delle società partecipanti dato che, attuata la fusione, tutti concorreranno sull'unico patrimonio risultante dall'unificazione dei patrimoni delle singole società."

(5) Appello Milano, 7 maggio 1974, *cit.*.

(6) Questo aspetto problematico sarà affrontato innanzi (*par. 10*).

(7) Santagata, *op. cit.*, p. 181.

(8) Campobasso, *op. cit.*, p. 553 ss.; Chiomenti, *op. cit.*, p. 146 ss.; Ferri, *op. cit.*, p. 72 ss., p. 186 ss.; Serra-Spolidoro, *op. cit.*, p. 90 ss.; Simonetto, *op. cit.*, p. 186 ss..

(9) In questo senso, Chiomenti, *op. cit.*, e per altre ipotesi - in quanto fenomeno non esclusivamente proprio degli enti corporativi - si veda Romano, *L'atto esecutivo*, p. 79 ss..

(10) *Infra par. 2, a) e b)*.

(11) *Infra par. 2, a)*.

(12) In questo senso: Ferrara Jr., *op. cit.*, p. 573; Santagata, *op. cit.*, p. 76.

(13) Per entrambe le ipotesi si veda Simonetto, *op. cit.*, p. 182 ss.. A favore della "essenzialità" della successione stabilita dalla legge fra gli atti costitutivi della fattispecie "fusione", si è invece espresso Chiomenti, *op. cit.*, pag. 155 ss., secondo il quale la delibera di fusione ha una posizione centrale, essendo atto indispensabile per l'esistenza, non solo per l'efficacia, del rapporto. Nello stesso senso: Ferri, *op. cit.*, p. 86.

l'approvazione del progetto di fusione per concludersi con la iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione. Le esigenze societarie possono modificarsi dopo ciascuno di tali momenti determinando il problema circa la individuazione nel limite massimo entro il quale poter arrestare la fusione.

a) Dopo la assunzione della delibera di fusione

Il tema centrale della nostra riflessione è rappresentato dalla possibilità di poter revocare la volontà espressa dall'assemblea tendente a procedere alla fusione della società con altre.

Ci si chiede, infatti, non solo se sia possibile per i soci modificare i propri intendimenti anche quale sia il momento oltre il quale ciò non sia possibile.

Mentre appare evidente che i soci possono non accettare la proposta degli amministratori contenuta nel progetto di fusione, non approvandolo nella relativa assemblea, va approfondita la circostanza in base alla quale i soci dopo aver approvato il detto progetto intendono modificare la strategia.

La risposta in senso generale va inquadrata, come già detto, nell'ampio fenomeno delle fattispecie a formazione progressiva della quale può far parte la fusione, proprio perché questa si compone di più elementi distinti nel contenuto e cronologicamente distribuiti nell'arco di un periodo anche non breve.

L'argomento non è stato particolarmente approfondito e non risultano provvedimenti editi se non uno isolato in tema di controllo omologatorio di cui vedremo in seguito.

Riterrei, pertanto, che sia ben possibile interrompere il procedimento di fusione, anche dopo l'assunzione della relativa delibera, mediante una nuova delibera assembleare di senso contrario con la quale si procede alla revoca di quella precedentemente assunta, così come in generale è sempre possibile procedere alla revoca di una delibera, ampiamente riconosciuta in generale da dottrina e giurisprudenza (14).

b) Dopo la iscrizione nel registro imprese della delibera di fusione

Il mutamento di strategie per le cause più svariate come sopra evidenziato potrebbe intervenire non solo dopo la assunzione della delibera di fusione, ma anche dopo la iscrizione nel registro delle imprese della stessa.

Ci si chiede, infatti, se tale nuova e diversa volontà possa essere concretizzata anche dopo l'adempimento pubblicitario collegato alla delibera di fusione.

La effettuazione dell'adempimento pubblicitario non sembra modificare i presupposti necessari per procedere all'interruzione del procedimento, in quanto nulla aggiunge di sostanziale alla volontà manifestata dai soci, né pone gli stessi dinanzi ad un ostacolo irremovibile.

Riterrei, pertanto, che le considerazioni sopra fatte per semplice assunzione della delibera possano essere con-

fermate anche nell'ipotesi di avvenuta iscrizione della delibera nel registro delle imprese. (15)

c) Dopo l'atto di fusione

Ipotesi diversa è rappresentata dal venir meno nell'interesse a completare il procedimento di fusione dopo la stipula dell'atto stesso, ma prima dell'adempimento pubblicitario.

La fattispecie appare di particolare interesse poiché investe sia profili interni (e cioè endosocietari), che profili esterni (nei confronti dei terzi). In tale ipotesi, infatti, i terzi non sono ancora giunti a conoscenza del perfezionamento della fattispecie per cui apparirebbe possibile interrompere il procedimento in quanto ancora non sono nati diritti nei confronti dei terzi, né si sono perfezionate le aspettative nascenti dall'assunzione delle relative delibere.

A norma dell'articolo 2504 comma secondo cod. civ., infatti, l'atto di fusione deve essere depositato per l'iscrizione a cura del Notaio o dei soggetti cui compete l'amministrazione della società risultante dalla fusione entro 30 giorni, per cui tale volontà di interrompere il procedimento ben potrebbe emergere durante questo periodo.

Tale ipotesi appare invero decisamente complessa, perché pur ipotizzando il caso di scuola nel quale con decisa tempestività le assemblee delle società interessate potessero deliberare, occorrerebbe non soltanto la indispensabile volontà di tutte le società coinvolte, ma occorrerebbe inoltre ipotizzare la possibilità, anche sotto il profilo squisitamente civilistico, di un "*contrarius actus*" dei legali rappresentanti ulteriore, rappresentato anche dalla risoluzione consensuale dell'atto di fusione stipulato tra i rappresentanti di tutte le società coinvolte, con esonero pattizio dell'adempimento pubblicitario.

Si potrebbe, comunque, ipotizzare in senso favorevole tale soluzione (16) pur se ammissibile soltanto nell'ipotesi in cui si ritiene corretta e illecita la assunzione della delibera di revoca della fusione stessa.

Note:

(14) In questo senso si sono espressi Ferri, *op. ult. cit.*, p. 186; Serra-Spolidoro, *op. cit.*; Simonetto, *op. cit.*, p. 183.

Unico contrario sembra essere il Mossa, *op. cit.*, in Trattato del nuovo diritto commerciale, p. 582, secondo il quale la delibera di fusione è irrevocabile per se stessa. Tale opinione, tuttavia, sembra essere isolata nella dottrina moderna.

(15) A favore dell'opinione espressa nel testo si sono pronunciati: Ferrara, *op. cit.*, p. 740 ss.; Ilarda-Saguto, *La fusione delle società nella pratica negoziale: attuazione della terza direttiva C.E.E.*, p. 55.

(16) Santagata, *op. cit.*, p. 294, p. 345 e p. 370, ammette la revoca fino al momento dell'iscrizione dell'atto nel Registro delle Imprese poiché fa derivare da questo momento gli effetti costitutivi della fusione, e lo conferma esplicitamente in *Le fusioni*, in *Trattato delle Società per azioni* diretto da Colombo e Portale, volume 7**1, 2004, p. 441, quando ipotizza il mutuo dissenso.

d) Dopo l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione

Al fine di valorizzare tutte le fasi del procedimento, occorre chiedersi se sia possibile revocare la volontà di fusione dopo l'iscrizione dell'atto di fusione, momento conclusivo dell'iter.

Ci si chiede, cioè, se sia possibile porre in essere un atto simmetrico e contrario con il quale porre nel nulla gli effetti dell'intero procedimento.

A ben vedere tale possibilità appare esclusa sia dalla logica del sistema, sia dalla normativa.

Appare, infatti, evidente che laddove un procedimento, sia pure a formazione progressiva, si sia ormai completato non sia possibile porre nel nulla i relativi effetti trattandosi di fattispecie ormai complete. Con l'iscrizione nel registro delle imprese, infatti, la fattispecie deve intendersi perfezionata sotto tutti i profili, come qualsiasi altro negozio giuridico, per cui ritenere ancora aperta la possibilità di interromperne gli effetti vanificando le operazioni effettuate, appare contraria ad ogni riflessione giuridica.

Anche sotto l'aspetto strettamente normativo, poi, tale soluzione appare in contrasto con la volontà del legislatore, il quale all'art. 2504-*quater*, in tema di invalidità, testualmente prevede che "eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del II comma dell'art. 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata" dando pertanto, rilevanza fondamentale all'adempimento pubblicitario per la conclusione dell'intero procedimento, addirittura impedendo la pronuncia dell'invalidità dell'atto di fusione stesso, e rendendo ormai definitivi gli effetti del procedimento finanche in ipotesi patologiche. (17)

Riterrei, pertanto, impossibile procedere alla interruzione del procedimento dopo l'iscrizione dell'atto di fusione, in quanto gli effetti della stessa si sono irrevocabilmente prodotti, lasciando ai soci l'unica possibilità di procedere ad una nuova riorganizzazione societaria, con nuovi atti, nuovi effetti e nuove decorrenze.

3. Società interessate

a) Solo una società

Ci si chiede se per interrompere il procedimento di fusione sia sufficiente la volontà di una sola delle società, ovvero se occorra la volontà di tutte quelle interessate.

Per procedere alla fusione, infatti, occorre la contemporanea espressa volontà di tutte le società coinvolte nella riorganizzazione trattandosi di un fenomeno modificativo che coinvolge direttamente la struttura dei vari organismi; in particolare occorre che la volontà delle varie società si concretizzi sia a livello di organo amministrativo, sia soprattutto in sede assembleare, laddove ciascuna compagine deve deliberare, con le rispettive maggioranze statutarie, di addivenire alla fusione.

Mentre dunque, per procedere alla fusione è necessario

il concorso delle varie volontà, potrebbe manifestarsi in una sola di queste l'esigenza di modificare il proprio atteggiamento.

In realtà per il perfezionarsi della fattispecie non è sufficiente la esplicita manifestazione in tal senso dell'assemblea, in quanto è necessario ed indispensabile un ulteriore tassello rappresentato dalla sottoscrizione dell'atto di fusione da parte dei rappresentanti di ciascuna società, dopo gli adempimenti pubblicitari collegati alle delibere ed allo spirare dei termini previsti dalla legge.

Ben potrebbe, pertanto, verificarsi la mancata partecipazione da parte di uno o più rappresentanti all'atto di fusione, bloccando di fatto il perfezionamento della fattispecie. Saremmo, pertanto, in presenza di una implicita volontà di una o più società di non procedere alla fusione.

Appare, però, evidente che per addivenire a tale determinazione, ovvero a non addivenire alla stipula dell'atto di fusione, occorre che i singoli rappresentanti si muniscano delle opportune autorizzazioni, proprio per la delicatezza della loro decisione, questa volta di segno negativo.

Ecco perché, come vedremo in seguito, appare necessario proprio per la tutela degli organi amministrativi che le singole società che intendono interrompere il procedimento, formalizzino tale diversa e nuova volontà in sede di specifica ed autonoma assemblea.

Il tutto sempre ovviamente salva la responsabilità di ciascuna società nei confronti delle altre circa il cambio di strategia "in corso d'opera" che potrebbe causare danni non indifferenti.

Concludendo, riterrei che così come per procedere alla fusione occorre la volontà univoca e coincidente di tutte le società interessate, che si concretizza nella sottoscrizione dell'atto finale di fusione, conseguentemente il procedimento può essere interrotto dalla volontà di una sola delle società coinvolte, mediante la mancata sottoscrizione dell'atto di fusione, preceduta, cautelativamente, da una delibera che modifichi i poteri precedentemente attribuiti al rappresentante.

b) Tutte le società

Alla luce di quanto sopra analizzato non appare indispensabile la espressa interruzione del procedimento di fusione da parte di tutte le società interessate, ben potendo lo stesso essere annullato dalla volontà di una sola.

Resta aperto evidentemente, invece, il problema della responsabilità della società che intende bloccare gli atti fin qui effettuati, per cui unicamente sotto tale profilo appare opportuno che tutte le società procedano ad una manifestazione di volontà in tal senso, laddove la revoca di tale intenzione sia il frutto di una strategia comu-

Nota:

(17) In questo senso, Chiomenti, *op. cit.* p. 152 ss..

ne e non già della volontà diversa da parte di una sola delle società.

4. Organo societario legittimato

a) Organo amministrativo

Ammessa, quindi, la possibilità di procedere alla interruzione del procedimento di fusione, occorre adesso individuare quale sia l'organo legittimato a modificare le strategie societarie.

Appare evidente che il soggetto più adatto a valutare il verificarsi delle nuove circostanze che possono danneggiare la società da una fusione precedentemente vista come strumento ottimale di sviluppo sul mercato, sia l'organo amministrativo.

Per la sua competenza sulle strategie societarie e per l'equilibrio che rappresenta, con riferimento alla compagine che lo ha nominato, è il soggetto naturalmente più indicato per valutare la opportunità di interrompere il procedimento di fusione.

Va, però, considerato che la fusione rappresenta una modifica della struttura societaria di tale importanza da essere di competenza dell'assemblea, così come abbiamo in precedenza visto, per cui non sembra sufficiente la mera volontà dell'organo amministrativo per vanificare gli effetti prodotti da una volontà assembleare espressa in sede straordinaria.

Per essere corretto, il procedimento, pertanto, dovrà consistere in una valutazione dello stato dei fatti da parte dell'organo amministrativo da sottoporre alla decisione dell'assemblea che, quale organo sovrano della società, si esprimerà in merito, evitando che competenze e valutazioni si sovrappongano in maniera anomala.

b) Assemblea ordinaria

In seguito, quindi, alla analisi dell'organo amministrativo dovrà essere l'assemblea a pronunciarsi sull'eventualità di una revoca della delibera di fusione, proprio perché i soci dovranno essere coinvolti direttamente nella delicata decisione.

Si pone, viceversa, il problema se tale decisione possa essere presa in sede ordinaria, trattandosi di una decisione che pare non incidere direttamente sull'assetto societario, non essendosi questo ancora modificato.

In realtà la soluzione non è così semplice, perché se da un lato è giusta la affermazione in base alla quale non si è ancora perfezionata la modifica societaria, è altrettanto vero che il tassello che si intende rimuovere è stato introdotto in sede straordinaria, perché destinato a produrre effetti importanti per la struttura societaria, sia pure in un momento cronologicamente successivo.

Trattandosi, quindi, di modificare una volontà espressa in sede straordinaria, dovrà essere competente in tale materia lo stesso organo, l'assemblea e nella stessa sede cioè, straordinaria, con le relative regole, soprattutto in tema di quorum costitutivo e deliberativo.

c) Assemblea straordinaria

Si può, pertanto, concludere che il soggetto legittimato ad incidere sulla delibera di fusione può essere unicamente la assemblea riunita in sede straordinaria, in quanto deve deliberare l'interruzione degli effetti di un procedimento attivato dallo stesso organo nella stessa sede. (18)

5. Impulso

a) Organo amministrativo

Come abbiamo già visto il procedimento di fusione può essere interrotto anche mediante una semplice "inerzia" rappresentata dalla mancata sottoscrizione dell'atto di fusione.

Tale inerzia evidentemente dovrebbe essere il frutto di una attenta valutazione da parte della società che non intende più procedere alla fusione, e può essere il punto di arrivo di reali ed effettive valutazioni di tutti gli organi della società.

Si potrebbe, infatti, verificare che la nuova analisi dell'organo amministrativo venga condivisa da tutti i soci, i quali, possono quindi invitare i rappresentanti a non andare oltre nelle attività previste.

Tale invito, poi, soprattutto nelle società di piccole dimensioni, se non addirittura in quelle di carattere familiare, può ben essere espresso in maniera non rituale proprio per le peculiarità della compagine. In tale circostanza, quindi, può apparire anche inutile la assunzione di una solenne delibera dell'assemblea straordinaria, che comporta evidentemente un appesantimento burocratico, se non anche economico, non necessario.

Va, peraltro, considerato che la mancata sottoscrizione da parte dell'organo amministrativo dell'atto di fusione può comportare gravi responsabilità nei confronti delle altre società le quali evidentemente avevano confidato nel perfezionamento della fattispecie, per cui il rappresentante della società "recedente" si assume una grande responsabilità in questo comportamento omissivo.

Appare, pertanto, consigliabile per lo stesso di munirsi di adeguata autorizzazione in senso contrario espressa proprio dall'organo che la aveva deliberata su espresso impulso e richiesta dell'organo amministrativo.

Allo stesso modo i soci della società che intende cambiare idea potrebbero aver confidato nella fusione per migliorare le proprie strategie, per cui anche nei confronti di questi diventerebbe delicata la mancata sottoscrizione dell'atto di fusione, e quindi, anche nei confronti di questi è opportuno che l'organo amministrativo

Nota:

(18) La competenza dell'assemblea straordinaria è sostenuta anche da Serra-Spolidoro, *op. cit.*, p. 100 (nonché da Gasperoni, *ivi cit.*) facendo applicazione del principio secondo cui, "ancorché la revoca non determini modifica dell'atto costitutivo, (...) per disfare ciò che si è fatto occorre una forza uguale a quella impegnata per fare ciò che si vuole distruggere." In tale senso appare Santagata, *Le fusioni, cit.*, p. 441.

vo faccia constare da regolare delibera assembleare il mutamento di prospettive, al fine di preconstituire il punto di partenza sul quale fondare il proprio comportamento omissivo.

Allo stesso tempo, poi, non può escludersi la ipotesi di una modifica della compagine sociale, avvenuta proprio in virtù della fusione, e nei confronti della quale, a maggior ragione, resterebbe aperta la responsabilità dell'organo amministrativo.

Più in generale, quindi, esiste un legittimo interesse da parte dell'organo amministrativo di convocare l'assemblea straordinaria nel corso della quale i soci deliberino la revoca della delibera di fusione precedentemente assunta.

b) Soci

Nell'ambito dello schema societario l'organo amministrativo deve seguire le indicazioni dei soci, i quali normalmente in maniera rituale, ma soprattutto nelle società di piccole dimensioni, anche in maniera irrituale, indicano all'organo amministrativo le strategie da seguire.

Come già visto i soci sono gli unici ai quali spetta la valutazione definitiva circa la revoca della volontà espressa in sede di delibera di fusione. Anche in questa sede, peraltro, può ribadirsi che l'organo amministrativo potrà concretizzare tale volontà mediante la semplice non sottoscrizione dell'atto di fusione in virtù di istruzioni ricevute in tal senso.

Può viceversa manifestarsi l'ipotesi in cui i soci hanno indicato tale diversa volontà in via irrituale, ma il rappresentante, viceversa, in assenza di istruzioni rituali possa ritenere di dover sottoscrivere ugualmente l'atto conclusivo, specialmente in ipotesi di divergenze abituali tra i soci.

Si verifica, pertanto, la necessità per i soci proprio per evitare il prodursi di danni causati da una fusione non più gradita, di procedere ad una espressione rituale di tale nuova volontà al fine di far conformare alla stessa la attività dell'organo amministrativo.

6. "Quorum" deliberativo

a) Totalitaria

Trattandosi, quindi, di una normale assemblea in sede straordinaria va affrontato il problema del *quorum* deliberativo necessario per assumere validamente la decisione.

Appare evidente che la soluzione più semplice sia quella di prevedere la volontà unanime di tutti i soci in tal senso, al fine di ottenere una univoca volontà senza possibili opposizioni.

Tale tesi potrebbe trovare il suo fondamento nell'aspettativa sorta in tutti i soci, e quindi anche negli assenti o nei dissenzienti, al perfezionamento del procedimento di fusione.

Laddove si reputasse legittima tale aspettativa, dovranno

no essere tutti i soci, all'unanimità, a deliberare la revoca della fusione.

b) Stesso "quorum" della delibera di fusione

Una diversa interpretazione del fenomeno può individuare nella stessa percentuale del capitale che ha deliberato la fusione il *quorum* necessario per revocarla.

Laddove, cioè, ad esempio l'80% del capitale sociale abbia votato in senso favorevole alla delibera, analogamente la stessa percentuale dovrà votare la revoca.

Tale soluzione sarebbe conforme ad un generico principio di simmetria (19) in base al quale per annullare gli effetti di una volontà ne occorre una di analoga rilevanza.

c) Volontà degli stessi soci che hanno deliberato la fusione

Altra soluzione può essere rappresentata dalla necessità che la revoca della delibera sia assunta non soltanto dallo stesso *quorum* aritmetico, come sopra visto, ma addirittura dagli stessi soci che hanno deliberato la fusione.

Tale soluzione darebbe una estrema rilevanza ai soggetti quali singoli soci in sede di formazione della volontà assembleare, ma se può essere ipotizzata in sede puramente civilistica, appare decisamente forzata in sede di formazione di una volontà assembleare, in seguito alla quale il deliberato si stacca dai soci che hanno contribuito a formarlo.

d) "Quorum" previsto dallo statuto della singola società

Altra soluzione ancora può fondarsi sui principi generali che accompagnano la vita della società, la quale è regolata principalmente dalle norme statutarie.

Si può, pertanto sostenere che trattandosi di una normale delibera di assemblea straordinaria debba essere il singolo statuto della società ad indicare il *quorum* deliberativo, che, pertanto, varierà da società a società, ma sarà sempre identico nella singola società indipendentemente dal contenuto, salva diversa previsione ovvero diversa ipotesi prevista dalla legge.

In ipotesi normale, quindi, la delibera di revoca potrà essere assunta dall'assemblea con il normale *quorum* statutario, indipendentemente dal *quorum* che ha contribuito a formare la delibera di fusione.

e) "Quorum" legato a particolari maggioranze necessarie in sede di delibera di fusione per modifiche collegate

Spesso in sede di fusione la società provvede ad effettuare altre modifiche statutarie, le quali in alcuni casi abbisognano di *quorum* particolarmente rafforzati in ragione dalla peculiarità della modifica.

Si può, infatti, immaginare una società che in sede di delibera di fusione, ed in particolare prima di assumere

Nota:

(19) Vedi nota *sub* 18.

la delibera, proceda ad una revoca della liquidazione ovvero che proceda alla trasformazione, al trasferimento sede con la modifica dell'oggetto ovvero ad una delibera che trasformi una società di capitale in società di persone, se non ancora ad una delibera di s.p.a. assunta in terza convocazione.

In tutte queste ipotesi si pone il problema se la delibera di revoca della fusione debba tener conto di tali peculiari circostanze, con la relativa ricaduta sui *quorum*, ovvero se trattandosi di ristabilire precedenti situazioni si possa procedere con le normali maggioranze di cui sopra.

Il problema è di difficile soluzione, ma è forse più prudente prevedere lo stesso *quorum* previsto ed utilizzato per la assunzione della delibera di fusione. (20)

7. Revoca di delibere necessarie per fusione

a) *Assemblea categoria di azioni*

La presenza di speciali categorie di azioni, introduce un ulteriore problema: in tale ipotesi per procedere alla fusione è necessario il parere favorevole di tali assemblee speciali, per cui laddove l'assemblea delle azioni ordinarie intende revocare la delibera assunta resta l'interrogativo se debba essere ascoltata anche per la categoria speciale.

Trattandosi di delibere necessarie per il perfezionamento della operazione può probabilmente ritenersi non necessaria la delibera dell'assemblea delle azioni speciali, in quanto si creerebbe un paradossale diritto di veto in tali azionisti alla attività ordinaria non commisurato all'acquisto della aspettativa di fusione.

b) *Obbligazioni*

Discorso analogo si pone con riferimento agli obbligazionisti, anch'essi costituenti una assemblea speciale. Ma a maggior ragione delle azioni speciali di cui sopra, anche in tale ipotesi deve ritenersi che gli obbligazionisti non possano opporsi alla diversa volontà maturata dagli azionisti, in quanto, dal mancato perfezionamento dell'operazione non subiscono alcun peggioramento con riferimento alla situazione ante delibera di fusione.

Non riterrei, pertanto, necessaria alcuna delibera dell'assemblea degli obbligazionisti, pur se assunta in occasione della delibera di fusione ed anche indipendentemente dalla convertibilità in azioni delle stesse.

8. Tipi di fusione

a) *Fusione semplificata per incorporazione (nessuna modifica statuto)*

È interessante notare la diversa natura delle delibere da assumere in ragione dei diversi tipi di fusione.

La situazione appare decisamente più semplice in caso di fusioni semplificate, quando ad esempio si ha una fusione per incorporazione di una società completamente posseduta dalla incorporante.

Tale fattispecie, infatti, oltre a semplificare il procedimento dal punto di vista burocratico, non comporta naturalmente alcuna ulteriore modifica statutaria, sia nell'incorporata, che verrà cancellata dal registro delle imprese, sia nell'incorporante, che non modifica alcun punto del proprio statuto.

In tale circostanza, dunque, nulla essendosi modificato statutariamente nell'incorporante, né nell'incorporata, la delibera di revoca di fusione ha un contenuto assai semplice e non comporta la riviviscenza di patti eventualmente modificati, lasciando, quindi, soci e terzi in una situazione praticamente identica.

Tale delibera di revoca di fusione, pertanto, potrà essere assunta senza particolari precauzioni.

b) *Altre fusioni (con modifica statuto)*

Discorso differente potrà porsi in caso di fusioni di altro genere nelle quali la società incorporante modifica naturalmente il proprio statuto ad esempio con riferimento al capitale sociale.

La delibera di revoca di fusione, pertanto, dovrà tener conto di tali circostanze dando luogo, quindi, ad un deliberato più articolato e certamente da seguire con maggiore attenzione per la rilevanza nei confronti dei soci e dei terzi.

9. Il controllo del notaio

Molto delicata è la posizione del Notaio in tale delibera in quanto la natura della stessa indurrà il pubblico ufficiale ed il libero professionista a prestare la loro funzione e la loro opera con particolare attenzione (21).

Con la riforma introdotta dalla legge n. 340/2000 l'attività di controllo del Notaio ha assunto una particolare valenza in quanto lo stesso deve articolarsi su due piani che sono stati nettamente distinti. (22)

Il primo piano è rappresentato dal controllo *sull'atto-verbale*, cioè sull'atto che documenta l'assemblea, controllo tipico dell'attività notarile che si esplica nel ricevimento di tutti gli atti notarili.

Il secondo piano, viceversa, è rappresentato dal controllo *dell'atto-delibera* il cui contenuto negoziale è soggetto ad un controllo di legalità.

Il quesito che si pone è rappresentato dalla ampiezza del controllo del Notaio con riferimento alla delibera in oggetto, e cioè alla delibera dell'assemblea straordinaria avente ad oggetto la revoca della fusione.

Si può sostenere che il controllo del Notaio possa, ed anzi debba, limitarsi all'atto-verbale, che rappresenta il

Note:

(20) Alcuni accenni sono contenuti in Spolidoro, *op. cit.*, p. 91 ss.

(21) Campobasso, *op. cit.*, p. 561; Santagata, *op. cit.*, p. 18; Spolidoro, *op. ult. cit.*, pag. 92.

(22) Laurini, *Autonomie e controllo di legalità dopo la riforma delle società di capitali*, in *Riv. Not.*, 2004, p. 21.

negozio sul quale il Notaio Pubblico Ufficiale deve limitarsi ad effettuare.

Circa l'atto-delibera riterrei che lo stesso non sia soggetto ad alcun controllo di carattere omologatorio, trattandosi di atto che non produce alcuna modifica statutaria né rientra in quelli soggetti a particolari controlli. Scarsa è stata l'attenzione a tale circostanza e si rinvie a tal proposito un solo provvedimento edito "ante" riforma introdotta dalla legge n. 340/2000 in base alla quale si è sostenuto che "deve essere omologata la deliberazione con cui l'assemblea di una società cooperativa revoca la fusione precedentemente decisa e non attuata." (23)

In tale circostanza il Tribunale ha ritenuto che anche le delibere con le quali vengono revocati gli effetti delle deliberazioni già sottoposte al controllo del Tribunale siano soggette ad omologazione, e ciò non soltanto quando essere rappresentino delle vere e proprie modifiche statutarie ripristinando lo statuto originario, ma anche quando non abbiamo determinato una modifica statutaria.

Riterrei troppo rigida tale interpretazione, così come anche è stato sostenuto in un diverso provvedimento, sia pure non edito, nel quale il Tribunale (24) ha ritenuto che la revoca totalitaria non è atto omologabile in quanto, pur astrattamente possibile, non rientra negli atti (tipici e tassativi) indicati dalla legge come bisognosi, per effetto della modifica dell'atto costitutivo e dello statuto, di omologa.

Tale seconda tesi appare certamente preferibile proprio per le considerazioni di cui sopra. (25)

Al fine di verificare la correttezza di tale ragionamento può farsi un paragone con altra fattispecie deliberativa dalla quale possono trarsi punti di contatto.

Si può, infatti, ipotizzare il caso di una delibera di aumento di capitale non sottoscritto e, quindi, in attesa di perfezionamento. Anche in tale ipotesi infatti e nelle more della sottoscrizione potrebbe intervenire una volontà contraria da parte dell'assemblea di giungere al perfezionamento dell'aumento.

Non c'è dubbio che tale delibera di aumento di capitale possa essere revocata da un'altra delibera di assemblea straordinaria, soggetta anch'essa - questa sì - a controllo omologatorio e successiva iscrizione nel Registro delle Imprese.

A ben guardare però, la fattispecie appare diversa in quanto l'aumento del capitale è stato già deliberato ed ha già prodotto i suoi effetti nell'ordinamento, si tratta cioè dell'espressione di una volontà assembleare per la quale l'ordinamento prevede una produzione di effetti di per sé definitivi nei confronti della società, salva l'adesione dei soci al lanciato aumento di capitale.

Trattandosi, cioè di una delibera che produce i suoi effetti immediatamente - ripetesesi pur se in attesa di adesione da parte dei soci o dei terzi - per porla nel nulla occorrerà una nuova delibera anch'essa soggetta agli stessi controlli.

Nel nostro caso, invece, la delibera di fusione non ha prodotto alcun effetto definitivo e la relativa revoca può essere effettuata con controlli diversi, proprio perché non può essere considerata produttiva di immediati effetti nei confronti della società.

Nell'ipotesi di aumento di capitale la volontà sociale si è già espressa in maniera definitiva e non attende alcuna volontà di pari grado da parte di altri soggetti, ma solo una adesione di tipo giuridicamente diverso.

Nel nostro caso in assenza di analoga delibera di fusione da parte delle altre società, la delibera già assunta sarebbe priva di qualsiasi effetto pratico, da cui la completa differenza tra le due fattispecie.

10. Pubblicità ed adempimenti

Altro problema è rappresentato dagli adempimenti successivi al ricevimento della delibera di revoca della fusione.

Ci si chiede, infatti, se la stessa debba essere iscritta nel registro delle imprese. (26)

Espressamente per l'iscrizione, si sono pronunciati i provvedimenti sopra citati pur se sono giunti a conclusione diversa circa la intensità del controllo.

In linea generale va ribadito (27) che il principio della tipicità dell'iscrizione non è contraddetto dal principio di completezza delle registrazioni in virtù del quale devono ritenersi soggetti a pubblicità "tutti gli atti modificativi di situazioni soggetti a pubblicità e pubblicati, anche in assenza di espressa previsione in normativa."

Anche per quanto possa avere carattere cogente, e a meri fini di notizia, si può ricordare che nella modulistica predisposta dal Registro delle Imprese (Modello S2) è prevista la possibilità di dare pubblicità alla delibera di revoca di fusione.

Note:

(23) Tribunale Verona, Decreto, 19 febbraio 1991, Pres. Nuzzi - Rel. Platania - Ric. "Cassa Rurale ed Artigiana di San Pietro di Legnano S. Coop. a r.l.", in *Riv. Not.*, 1991, p. 801; e in Manzini, *Trasformazione, fusione, scissione di società. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* - Collana diretta da F. Galgano, p. 535.

(24) Tribunale Napoli, 15 novembre 1998, Decr., Pres. e Rel. Dacono - Ric. "SPRA S.p.A."

(25) In dottrina esprimono dubbi circa la necessità dell'omologa, Serra-Spolidoro, *op. cit.*, p. 100.

(26) Secondo Simonetto, *op. cit.*, p. 337, non occorre depositare la delibera di revoca in quanto, in tale ipotesi, non vengono in rilievo profili di tutela di interessi dei soci o dei terzi. Pur tuttavia - continua l'Autore - potrebbe ipotizzarsi un interesse meritevole di tutela per le altre società partecipanti alle fusioni le quali hanno legittimamente confidato nella futura conclusione del contratto di fusione. Dubbi sono espressi anche Serra-Spolidoro, *op. cit.*, p. 100.

(27) Bocchini, *Manuale del Registro delle Imprese*, p. 81.

Registro delle imprese

Il ruolo del registro delle imprese nella riforma societaria

di FEDERICO MAGLIULO

La riforma del diritto societario non poteva non avere un notevole impatto anche sul sistema di pubblicità legale degli atti societari con il risultato che il ruolo del registro delle imprese è stato notevolmente potenziato con un ampliamento dell'efficienza del sistema pubblicitario e, quindi, del novero degli atti soggetti a pubblicità, e in taluni casi, con un ampliamento degli effetti della pubblicità.

La riforma del diritto societario, nell'operare un'ampia rivisitazione dei principi normativi che governano le società di capitali, non poteva non avere un notevole impatto anche sul sistema di pubblicità legale degli atti societari.

Tale conseguenza appare inevitabile, considerato il ruolo di grande importanza che la pubblicità degli atti assume in un ambito, quale è quello societario, in cui l'affidamento dei terzi sulle risultanze dei pubblici registri è di fondamentale importanza per l'efficienza ed il corretto funzionamento del sistema nel suo complesso.

Alla stregua delle esposte considerazioni non è certamente casuale che il ruolo del registro delle imprese risulti notevolmente potenziato ad opera del legislatore della riforma.

A tale riguardo deve sottolinearsi che le innovazioni contenute nella riforma del diritto societario costituiscono un ulteriore sviluppo di un'evoluzione che parte da lontano e che ha subito una notevole accelerazione negli ultimi anni.

Le esigenze di efficienza del sistema cui si è fatto cenno poc'anzi hanno infatti condotto, soprattutto in epoca recente, ad un progressivo allargamento delle funzioni della pubblicità nel settore degli atti di impresa (1).

Tale allargamento è stato operato in un triplice senso.

In primo luogo si è trattato di un ampliamento dell'efficienza del sistema pubblicitario.

In secondo luogo si è proceduto ad un ampliamento del novero degli atti soggetti a pubblicità.

In terzo luogo si è determinato in taluni casi un ampliamento degli effetti della pubblicità.

L'ampliamento dell'efficienza del sistema pubblicitario

L'esigenza di un potenziamento dell'efficienza del sistema pubblicitario relativo agli atti di impresa era stata avvertita dal legislatore sin dall'emanazione del codice del '42, il quale aveva previsto agli artt. 2188 e segg c.c. l'istituzione del registro delle imprese,

quale generale strumento di pubblicità di tutti i più importanti atti relativi all'impresa commerciale, sia essa svolta in forma individuale o in forma societaria.

Nelle intenzioni del legislatore del '42 l'attuazione di tale strumento pubblicitario sarebbe dovuta avvenire in breve termine e solo in via transitoria era stato previsto, all'art. 100 disp. att., che nelle more dell'attuazione del registro delle imprese continuava ad applicarsi la pubblicità nei registri di cancelleria presso il tribunale prevista dal codice di commercio abrogato.

Si trattava peraltro di una forma di pubblicità assolutamente insoddisfacente sia perché limitata ai soli atti societari ed a poche altre e specifiche ulteriori fattispecie sia perché attuata attraverso meccanismi di consultazione obsoleti, in quanto basati su registri cartacei.

Tale sistema, che doveva aver carattere provvisorio, è invece rimasto in vigore per oltre cinquant'anni poiché l'attuazione del registro delle imprese è stata operata solo a seguito dell'emanazione della legge 29 dicembre 1993 n. 580.

Non v'è dubbio che l'attuazione di detto registro ha comportato un enorme miglioramento dell'efficienza del sistema pubblicitario poiché, oltre ad ampliare il novero degli atti soggetti a pubblicità legale ben al di là dei soli atti societari, per comprendere anche le imprese commerciali individuali, ha consentito di gestire il sistema pubblicitario con mezzi informatici per il tramite delle camere di commercio.

La gestione informatica invero ha consentito alla pubblicità legale di svolgere appieno e con grande efficienza il ruolo che le è proprio, rendendo nel contempo superflue forme di pubblicità ulteriori, quale quella di pubblicazione nel Busar, che non a caso è stata abrogata ad opera della L. 24 novembre 2000 n. 340.

In quest'ottica un ulteriore potenziamento all'efficienza

Nota:

(1) Nello stesso ordine di idee v. N. Salanitro, *Società di capitali e registro delle imprese*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 678.

del sistema è stato operato a seguito dell'art. 31, co. 2, della legge 24 novembre 2000, n. 340, in forza del quale è stato previsto che l'obbligo per le società di inviare all'ufficio del Registro delle imprese le domande, le denunce e gli atti che le accompagnano per via telematica ovvero su supporto informatico mediante l'utilizzo della firma digitale (2).

Ulteriore impulso all'efficienza del sistema è inoltre derivato dal Decreto 20 gennaio 2004 del ministero delle Attività produttive, che prevede l'estensione a tutte le Camere di commercio della «protocollazione automatica» sperimentale per le pratiche trasmesse per via telematica al registro delle imprese, anche se detto decreto non pone un termine certo per la conclusione della sperimentazione e il passaggio a regime di tale sistema.

Recentemente è intervenuta la legge 24 dicembre 2003 n. 350, che ha aggiunto, dopo il co. 2-ter dell'articolo 31 della legge 24 novembre 2000 n. 340, i seguenti commi:

“2-quater. Il deposito dei bilanci e degli altri documenti di cui all'articolo 2435 del codice civile può essere effettuato mediante trasmissione telematica o su supporto informatico degli stessi, da parte degli iscritti negli Albi dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali, muniti della firma digitale e allo scopo incaricati dai legali rappresentanti della società”

“2-quinquies. Il professionista che ha provveduto alla trasmissione di cui al co. 2-quater attesta che i documenti trasmessi sono conformi agli originali depositati presso la società. La società è tenuta al deposito degli originali presso il Registro delle imprese su richiesta di quest'ultimo. Gli iscritti agli Albi dei dottori commercialisti e dei ragionieri e periti commerciali, muniti di firma digitale incaricati dai legali rappresentanti della società, possono richiedere l'iscrizione nel Registro delle imprese di tutti gli altri atti societari per i quali la stessa sia richiesta e per la cui redazione la legge non richieda espressamente l'intervento di un notaio”.

Si tratta di una norma che ha dato luogo a notevoli contrasti e dubbi interpretativi tra le categorie professionali interessate (3), ma che comunque si pone nell'ottica del potenziamento dell'efficienza del sistema.

Da ultimo il potenziamento dell'efficienza del sistema del registro delle imprese è stato perseguito mediante l'adozione del Decreto del Presidente della Repubblica 23 luglio 2004, n. 247, (recante il regolamento di sem-

Da tale ultima disposizione è stato dedotto un ampliamento del ruolo del notaio in ordine al controllo di iscrivibilità degli atti societari diversi da quelli delle società di capitali.

Si è infatti rilevato (nota della *Commissione studi civilistici* del CNN est. M. Leo) che “Fino alla novità legislativa in esame infatti, qualora questi atti fossero stati presentati per l'iscrizione *direttamente dall'interessato (ancorché ricevuti o autenticati da notaio)*, il controllo dell'Ufficio del Registro si estendeva non solo sul piano formale (“allegazione dei documenti ...” art. 11 co. 6 lett. d) D.P.R. 7 dicembre 1995 n. 581) ma anche su quello sostanziale di legalità, essendo esso tenuto ad accertare “la corrispondenza dell'atto o del fatto del quale si chiede l'iscrizione a quello previsto dalla legge” (art. 11 co. 6 lett. c) D.P.R. n. 581/1995); e ciò almeno secondo una diffusa interpretazione (anche se non condivisa per ciò che concerne gli atti notarili). Ora invece, stabilendo il citato co. 2-ter che i pubblici ufficiali, tenuti all'iscrizione nel Registro Imprese, possono in ogni caso richiedere direttamente l'esecuzione delle formalità per (tutti) gli atti da essi rogati o autenticati, sembra demandare al pubblico ufficiale il controllo sostanziale per l'iscrizione anche sugli atti soggetti ad iscrizione, diversi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 32 della legge 340/2000. In conclusione il citato co. 2-ter, se da un lato sottrae il controllo per l'iscrizione sugli atti ricevuti o autenticati da pubblico ufficiale al Registro Imprese, che resterebbe solo competente a verificare la mera regolarità formale della documentazione, dall'altro estende il controllo di iscrivibilità del notaio su tutti gli atti soggetti ad iscrizione.”

Peraltro come è stato rilevato dalla nota del *Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi* in data 16 maggio 2003, Prot. n. 552604, “La scelta del legislatore dell'utilizzazione del lessema possono” indicherebbe che “il legislatore ha escluso l'insorgenza di un obbligo in capo al notaio, individuando invece una mera facoltà ... Ne consegue ulteriormente, come corollario, che in tutti i casi in cui il notaio non è direttamente obbligato dalla norma al compimento di un determinato adempimento, non è sanzionabile per l'omessa attività” e dunque il legislatore “con un atto di rango primario ha voluto innovare, introducendo un potere “generale” di rappresentanza nel compimento di atti giuridicamente rilevanti nei confronti del Registro delle Imprese, a favore del notaio “rogante o autenticante””. (nello stesso senso *Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi*, 1° agosto 2003, n. 3563/C).

(3) Al riguardo è stato chiarito che:

– “le disposizioni in esame non creano alcun regime di esclusiva a favore di alcuni professionisti iscritti ai relativi Albi con conseguente esclusione per tutti gli altri soggetti dalla facoltà di eseguire il deposito e l'iscrizione degli atti nel Registro delle imprese nel rispetto dei principi generali stabiliti dalla legge. La norma disciplina, esclusivamente, la modalità con la quale i dottori commercialisti, i ragionieri e periti commerciali possono ora eseguire gli adempimenti pubblicitari verso il Registro delle imprese per il deposito del bilancio e degli altri documenti previsti dal codice civile. Per gli altri professionisti e per gli altri intermediari, per i quali si ritiene ammissibile la delegabilità da parte del soggetto legittimato o obbligato all'adempimento pubblicitario, continuano a valere le modalità di presentazione delle domande all'ufficio del Registro delle imprese illustrate nella *Guida all'invio telematico delle pratiche al Registro delle imprese* curata dall'Unioncamere e cioè la possibilità di utilizzare il modello di procura, ivi allegato. Tale procedura continua peraltro a poter essere seguita dagli stessi ragionieri e dottori commercialisti iscritti negli albi”. (*UNIONCAMERE Ufficio Legale*, nota 11 febbraio 2004, Prot. n. 1551; nello stesso senso v. *Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi*, *Circolare* n. 3575/C in data 20 aprile 2004);

– “si ritiene, infine, che i professionisti individuati dall'articolo 2, co. 54 della legge n. 350 del 2003 possano presentare all'ufficio del Registro delle imprese, con le modalità sopra rammentate, anche le denunce nel Repertorio degli adempimenti economici e amministrativi” (*UNIONCAMERE Ufficio Legale*, nota 11 febbraio 2004, Prot. n. 1551);

– “la facoltà di attestazione della conformità all'originale della documentazione trasmessa debba ritenersi limitata, per i soggetti interessati dalla norma, ai bilanci ed agli altri documenti di cui all'art. 2435 cod. civ., non potendosi estendere ad atti societari di altra natura” (*Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi*, *Circolare* n. 3575/C in data 20 aprile 2004).

Note:

(2) Ulteriori novità in materia sono poi intervenute a seguito della Legge 27 dicembre 2002 n. 284 che ha convertito con modifiche il Decreto Legge 25 ottobre 2002 n. 236 recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi in scadenza.

Detta legge ha modificato l'art. 31 della Legge 24 novembre 2000 n. 340 aggiungendovi, dopo il secondo co., tra l'altro, il seguente:

“2-ter. I pubblici ufficiali roganti o autenticanti gli atti da cui dipendono le formalità di cui ai commi 2 e 2-bis possono in ogni caso richiederne direttamente l'esecuzione al registro delle imprese che esegue le formalità, verificata la regolarità formale della documentazione”.

plificazione del procedimento relativo alla cancellazione di imprese individuali e società di persone non più operative dal registro delle imprese); e del Decreto del Ministero delle Attività Produttive 6 agosto 2004, (recante indicazioni operative relative alla gestione del registro delle imprese), che ha disciplinato i casi di mancato funzionamento degli strumenti informatici e del dispositivo di firma digitale, la gestione degli allegati voluminosi agli atti depositati presso il registro delle imprese e l'utilizzo della posta elettronica certificata per la comunicazione tra gli uffici del registro delle imprese e gli utenti.

L'ampliamento del novero degli atti soggetti a pubblicità

Gli sviluppi antecedenti alla riforma societaria

Anche la tendenza ad ampliare la cerchia degli atti soggetti ad iscrizione nel registro delle imprese ha radici risalenti nel tempo.

Come si è già avuto modo di rilevare, già l'attuazione del registro delle imprese ha comportato un notevole aumento degli atti soggetti a pubblicità commerciale rispetto al sistema previgente.

Ed anche la soppressione del Busarl, succedanea all'affermarsi del nuovo sistema, ha comportato l'assoggettamento all'iscrizione nel registro delle imprese di fatti che prima ricevevano pubblicità esclusivamente tramite pubblicazione nel Busarl, come ad esempio è accaduto per la pubblicazione dell'offerta in opzione per gli aumenti di capitale nelle S.p.A. (art. 2441 c.c.).

L'esigenza di rendere trasparenti gli assetti proprietari delle aziende e della compagine sociale di S.r.l. e S.p.A. ha inoltre ispirato la legge Mancino (L. n. 310 del 12 agosto 1993), che a tal fine si è avvalsa per l'appunto del registro delle imprese quale facile strumento per il raggiungimento di tale obiettivo (4).

E, sempre in epoca recente, il registro delle imprese è stato utilizzato, a margine dell'introduzione nel sistema codicistico delle S.r.l. unipersonali, per rendere pubbliche le vicende delle partecipazioni totalitarie.

Al generale favore del sistema verso la massima pubblicizzazione dei dati inerenti alle società non si sono potute, infine, sottrarre nemmeno l'impresa agricola e la società semplice, che pure istituzionalmente non può avere ad oggetto l'esercizio di imprese commerciali.

Già in sede di attuazione del registro delle imprese era stata prevista l'iscrizione di dette società in apposita sezione del registro, sia pure per meri fini di pubblicità notizia e non con gli effetti tipici dell'iscrizione (art. 10, L. 580/1993).

Successivamente, con l'art. 2 del D. Lgs. 18 maggio 2001 n. 228, recante orientamento e modernizzazione del settore agricolo, è stato disposto che "l'iscrizione degli imprenditori agricoli, dei coltivatori diretti e delle società semplici esercenti attività agricola nella sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo

2188 e seguenti del codice civile, oltre alle funzioni di certificazione anagrafica ed a quelle previste dalle leggi speciali, ha l'efficacia di cui all'articolo 2193 del codice civile".

Si è così giunti nella sostanza ad una sostanziale equiparazione, ai fini pubblicitari, tra l'impresa agricola e la società semplice da un lato e l'impresa commerciale e gli altri tipi sociali dall'altro (5).

Peraltro in tal caso stranamente si è scelto di operare tale equiparazione nel quadro della legislazione speciale e non, come sarebbe stato senza dubbio preferibile, intervenendo nel sistema codicistico (6).

Note:

(4) La Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante "Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003", conferma che la domanda di iscrizione di un atto recante il trasferimento della proprietà o del godimento di un'azienda deve essere presentata al R.I. ove è iscritto l'imprenditore alienante, mentre se solo l'acquirente sia imprenditore soggetto a registrazione, deve essere presentata al R.I. ove è iscritto l'acquirente. Se nessuno di costoro è iscritto, la domanda va presentata presso l'ufficio del registro delle imprese ove è ubicata la residenza o la sede del cedente.

(5) Sull'equiparazione a fini pubblicitari tra società semplici e società commerciali a seguito delle citate legislazioni speciali v. G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002, pag. 60 e, con riferimento alle modificazioni dell'atto costitutivo, pag. 112.

F. Sporta Caputi, *La riforma della disciplina dell'imprenditore agricolo*, in *Le Società*, 2003, 559 osserva che in tal modo "viene alterata la tradizionale distinzione circa gli effetti della pubblicità basata sulla sezione di iscrizione; l'iscrizione nella sezione ordinaria (cui sono tenuti gli imprenditori commerciali non piccoli e tutti gli imprenditori collettivi) produceva gli effetti della pubblicità dichiarativa, mentre l'iscrizione nella sezione speciale (cui erano tenuti gli altri imprenditori, quali imprenditori agricoli, piccoli imprenditori, artigiani, società semplici) produceva gli effetti della sola pubblicità notizia. Oggi, invece, l'iscrizione dell'imprenditore agricolo nella sezione speciale produce gli effetti tipici della pubblicità dichiarativa, fino ad ora prodotti dall'iscrizione nella sezione ordinaria. Peraltro, nell'ambito della sezione speciale del registro si rende oggi necessaria una distinzione: da un lato vi sono l'imprenditore agricolo, il coltivatore diretto (che è un piccolo imprenditore ex art. 2083 c.c.) e la società semplice esercente attività agricola, e dall'altro vi sono i piccoli commercianti, gli artigiani e le società semplici non esercenti attività agricola; per i primi, a norma dell'art. 2 sopra richiamato, l'iscrizione nella sezione speciale produce gli effetti della pubblicità dichiarativa. Ne discende quindi che, allo stato, l'iscrizione nella stessa sezione del registro delle imprese sezione produce effetti pubblicitari differenti in funzione del tipo di attività concretamente svolta imprenditore."

Quest'ultima affermazione per le società semplici appare tuttavia discutibile poiché, come osservato da G. F. Campobasso, *Diritto commerciale cit.*, 61, vi sono sicuramente società semplici non esercenti attività agricole e pur tuttavia soggette ad iscrizione nel registro delle imprese con l'efficacia propria della pubblicità legale. Si tratta delle società di revisione e di revisori contabili, tenute all'iscrizione nella sezione ordinaria con effetti di pubblicità legale (art. 6 secondo co. D.Lgs. 88/1992). Del resto appare è dubbia e discussa la possibilità di costituire società semplici con oggetto diverso da quello agricolo o di revisione (sul punto e con diverse conclusioni v. G. F. Campobasso, *Diritto commerciale cit.*, 59, e CNN, Studio n. 4256, *Una "nuova" società semplice: la società immobiliare di mero godimento e la società semplice di mero godimento in genere*, est. G. Baralis).

(6) La Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante
(segue)

Le novità della riforma societaria

Generalità

A fronte di tali sviluppi normativi l'intervento della riforma del diritto societario non ha fatto altro che portare alle estreme conseguenze la tendenza, già emersa nella legislazione precedente, confermando l'estrema importanza del sistema di pubblicità degli atti.

A tale riguardo il riformatore ha fatto un ampio utilizzo del registro delle imprese, assoggettando alla relativa pubblicità un'ulteriore serie di atti ed operazioni derivanti dai nuovi istituti introdotti dalla riforma.

Pertanto, in forza delle novità introdotte dalla riforma, sono oggi soggetti ad iscrizione nel registro delle imprese anche gli atti che di seguito sommariamente elenchiamo.

I patti parasociali

Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è previsto che i patti parasociali di cui all'art. 2341-bis c.c. debbano essere comunicati alla società e dichiarati in apertura di ogni assemblea e che la dichiarazione deve essere trascritta nel verbale e questo deve essere depositato presso l'ufficio del registro delle imprese (art. 2341-ter c.c.).

La norma dispone inoltre che in caso di mancanza della dichiarazione di cui sopra, ma a quanto sembra non anche in mancanza del deposito nel registro delle imprese (7), i possessori delle azioni cui si riferisce il patto parasociale non possono esercitare il diritto di voto e le deliberazioni assembleari adottate con il loro voto determinante sono impugnabili a norma dell'articolo 2377.

A tal fine le istruzioni per la compilazione della modulistica precisano che nella domanda di iscrizione va indicata la tipologia del patto, precisando che non sono da considerarsi patti parasociali e non sono pertanto soggetti ad iscrizione i patti strumentali agli accordi i collaborazione produttiva e relativi a società interamente possedute dai partecipanti agli accordi, in quanto non finalizzati a quella stabilizzazione degli assetti proprietari o del governo della società, come richiesto dall'art. 2341-bis c.c. (8).

Peraltro, già nel sistema ante riforma, l'art. 122 del TUF prevedeva che "I patti, in qualunque forma stipulati, aventi per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano sono:

- a) comunicati alla CONSOB entro cinque giorni dalla stipulazione;
- b) pubblicati per estratto sulla stampa quotidiana entro dieci giorni dalla stipulazione;
- c) depositati presso il registro delle imprese del luogo ove la società ha la sede legale entro quindici giorni dalla stipulazione".

In tale ultimo caso dunque la pubblicizzazione presso il registro delle imprese ha, oltre che diversi effetti (essen-

do prevista addirittura la nullità dei patti non depositati al registro delle imprese), un contenuto più ampio, poiché investe il testo integrale dei patti.

Peraltro il co. 5-bis dell'art. 122 del T.U.F., introdotto dal D. Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, dispone che "Ai patti di cui al presente articolo non si applicano gli articoli 2341-bis e 2341-ter del codice civile".

Procedimento di liquidazione

in caso di recesso del socio nelle S.p.A.

L'art. 2437-*quater* c.c. disciplina il procedimento di liquidazione in caso di recesso del socio nelle S.p.A., secondo regole del tutto innovative rispetto al sistema previgente.

Nel nuovo sistema, infatti, il rimborso del socio receduto non è in prima battuta effettuato con fondi della società, ma è previsto che si debba innanzitutto tentare di liquidare il socio uscente sollecitando l'acquisto delle sue azioni da parte degli altri soci o di terzi.

A tal fine è previsto che gli amministratori offrono in opzione le azioni del socio recedente agli altri soci in proporzione al numero delle azioni possedute. Se vi sono obbligazioni convertibili, il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio.

L'offerta di opzione è depositata presso il registro delle imprese entro quindici giorni dalla determinazione definitiva del valore di liquidazione. Per l'esercizio del diritto di opzione deve essere concesso un termine non inferiore a trenta giorni dal deposito dell'offerta.

Deliberazione costitutiva del patrimonio destinato e sua cessazione

La deliberazione costitutiva del patrimonio destinato di cui all'art. 2447-ter c.c. deve essere depositata e iscritta a norma dell'articolo 2436 (art. 2447-*quater*).

Nel termine di sessanta giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese i creditori sociali anteriori all'iscrizione possono fare opposizione. Il tribunale, nonostante l'opposizione, può disporre che la deliberazione sia eseguita previa prestazione da parte della società di idonea garanzia.

Note:

(segue nota 6)

te "Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003" precisa che, se la società semplice è stata costituita in forma verbale al modulo S1 relativo alla richiesta di iscrizione, non viene allegato alcun atto, ma il modulo stesso va sottoscritto da tutti i soci.

(7) In tal senso G. Semino, *I patti parasociali nella riforma delle società di capitali: prime considerazioni*, in *Le Società*, 2003, 345; N. Salanitro, *Società di capitali e registro delle imprese cit.*, 685.

(8) *Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi*, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante "Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003".

Analogamente l'art. 2447-*novies* c.c. dispone che quando si realizza ovvero è divenuto impossibile l'affare cui è stato destinato un patrimonio ai sensi della lettera a) del primo co. dell'articolo 2447-*bis*, gli amministratori redigono un rendiconto finale che, accompagnato da una relazione dei sindaci e del soggetto incaricato della revisione contabile, deve essere depositato presso l'ufficio del registro delle imprese.

Nel caso in cui non siano state integralmente soddisfatte le obbligazioni contratte per lo svolgimento dello specifico affare cui era destinato il patrimonio, i relativi creditori possono chiederne la liquidazione mediante lettera raccomandata da inviare alla società entro novanta giorni dal deposito di cui al comma precedente. Si applicano in tal caso, in quanto compatibili, le disposizioni sulla liquidazione della società.

Sono comunque salvi, con riferimento ai beni e rapporti compresi nel patrimonio destinato, i diritti dei creditori previsti dall'articolo 2447-*quinquies*.

I medesimi principi dovrebbero applicarsi anche agli altri casi di cessazione della destinazione del patrimonio allo specifico affare eventualmente previsti dalla deliberazione costitutiva del patrimonio destinato, poiché l'ultimo co. dell'art. 2447-*novies* c.c. dispone che in tali ipotesi ed in quella di fallimento della società si applicano le disposizioni del medesimo articolo (9).

Il contratto recante finanziamento destinato ad uno specifico affare

L'art. 2447-*decies* c.c. dispone che il contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare ai sensi della lettera b) del primo co. dell'articolo 2447-*bis* deve essere depositato in copia per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese.

Tale deposito costituisce una delle condizioni affinché i proventi dell'operazione costituiscano patrimonio separato da quello della società, e da quello relativo ad ogni altra operazione di finanziamento effettuata ai sensi della predetta disposizione (10).

Non è prevista una particolare forma per il deposito di tale contratto onde, in base principio generale libertà delle forme, deve ritenersi che esso possa essere depositato anche in forma non autentica, anche se sarà pur sempre necessario, ai fini pubblicitari, quanto meno la sussistenza della forma scritta.

Pertanto, ove si tratti di finanziamenti bancari, dovrà tenersi conto della natura di contratti formali che i medesimi hanno assunto per effetto degli artt. 117, commi 1 e 3 del TUB (in tema di contratti bancari in generale), secondo cui "I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti ... nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo". (11)

Pignoramento e sequestro di quota di S.r.l.

Il nuovo sistema finalmente apporta un contributo risolutivo al vecchio problema delle modalità esecutive del pignoramento su quota di S.r.l., che aveva sollevato in

passato notevoli discussioni a causa del silenzio del codice del '42 sul punto.

La nuova legge accoglie al riguardo un'opinione già sostenuta in giurisprudenza (12) disponendo all'art. 2471 c.c. che "il pignoramento si esegue mediante notificazione al debitore e alla società e successiva iscrizione nel registro delle imprese. Gli amministratori procedono senza indugio all'annotazione nel libro dei soci".

Nulla è detto per modalità di esecuzione del sequestro, ma al riguardo soccorre l'art. 678 c.p.c., secondo cui "Il sequestro conservativo sui mobili e sui crediti si esegue secondo le norme stabilite per il pignoramento".

Tale soluzione è stata accolta anche dalle istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese, che assoggettano il sequestro delle quote alle stesse formalità pubblicitarie previste per il pignoramento (13).

Emissione di titoli di debito nelle S.r.l.

L'art. 2483 c.c., in materia di S.r.l., dispone che "se l'atto costitutivo lo prevede, la società può emettere titoli di debito. In tal caso l'atto costitutivo attribuisce la relativa competenza ai soci o agli amministratori determinando gli eventuali limiti, le modalità e le maggioranze necessarie per la decisione".

Note:

(9) Nello stesso senso sembra anche orientata la *Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi*, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante "Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003", che ritiene soggetta a pubblicità ogni modifica o cessazione del patrimonio destinato.

(10) Per la natura costitutiva di tale pubblicità v. N. Salanito, *Società di capitali e registro delle imprese cit.*, 685.

(11) Nondimeno la sanzione di nullità per il caso di inosservanza del requisito della forma scritta nei contratti in esame, in forza dell'art. 127, co. 2, del TUB, ha carattere relativo, potendo essere fatta valere solo dal cliente, in deroga al principio generale secondo cui la legittimazione all'azione di nullità spetta a chiunque via abbia interesse (art. 1421 c.c.). È noto peraltro che la figura della nullità relativa è contestata da parte della dottrina, la quale ritiene che detta figura «sebbene sembri ammessa dallo stesso legislatore (art. 1421 pr.), non possa accogliersi, perché intimamente contraddittoria», con la conseguenza che in dette ipotesi sarebbe più corretto parlare di annullabilità o di inefficacia (per tutti Santoro - Passarelli, *Dottrina generale del diritto civile*, Napoli, 1989, 247). Ma proprio il riscontro normativo sopra citato ha indotto altra parte della dottrina a ritenere la c.d. nullità relativa un'autentica ipotesi di nullità in senso proprio (per tutti Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, artt. 1321-1469, Torino, 1980, 485).

(12) Trib. Milano 28 marzo 2000, in *Le Società*, 2000, 1460, secondo cui "L'espropriazione forzata di quote di società a responsabilità limitata si attua, in seguito alla riforma dell'art. 2479 c.c. da parte della L. n. 310 del 12 agosto 1993, mediante iscrizione dell'atto di pignoramento della quota nel registro delle imprese".

(13) *Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi*, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante "Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003".

A tale riguardo è disposto che “la decisione di emissione dei titoli prevede le condizioni del prestito e le modalità del rimborso ed è iscritta a cura degli amministratori presso il registro delle imprese”.

È evidente, peraltro, che il deposito per l'iscrizione riguarda anche il “verbale dell'organo che autorizza l'emissione. Tale lettura appare incontrovertibile alla luce della lettera del citato co. 3 dell'art. 2483, che richiede l'iscrizione presso il registro delle imprese della “decisione di emissione dei titoli” (14).

Non è previsto che detto verbale debba essere rivestito della forma notarile, come invece è disposto per l'emissione di obbligazioni nelle S.p.A. dall'art. 2410, co. 2 c.c.

Pertanto deve ritenersi che, nel silenzio dell'atto costitutivo sul punto, detta norma non sia suscettibile di applicazione analogica, stante il principio generale della libertà delle forme e la conseguente eccezionalità delle prescrizioni formali.

La decisione di emissione può altresì prevedere che, previo consenso della maggioranza dei possessori dei titoli, la società possa modificare tali condizioni e modalità.

Non è espressamente previsto che tali modifiche siano soggette ad iscrizione, come invece è disposto per l'emissione di obbligazioni nelle S.p.A. ex art. 2415, terzo co. c.c., ma è probabile che ciò sia necessario, altrimenti la pubblicità del prestito non solo risulterebbe incompleta, ma addirittura fuorviante per i terzi, i quali dalla consultazione del registro delle imprese ricaverebbero l'esistenza di condizioni non più attuali.

Direzione e coordinamento di società

Altra grande novità, anche dal punto di vista degli obblighi pubblicitari, è rappresentata dalla introduzione nel sistema della disciplina della direzione e coordinamento di società.

A tal fine l'art. 2497-bis c.c. dispone che “La società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese di cui al comma successivo. È istituita presso il registro delle imprese apposita sezione nella quale sono indicati i soggetti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette. Gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione di cui al comma secondo, o le mantengono quando la soggezione è cessata, sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi” (15).

Non è invece previsto alcun termine preciso per effettuare tale adempimento né alcuna correlativa sanzione amministrativa (16).

Anche se la legge non lo dice con una formulazione in positivo, deve peraltro ritenersi che siano soggetti a pubblicità sia la cessazione dell'attività di direzione e

coordinamento sia la modifica del soggetto che esercita il controllo (17).

Ciò in quanto la responsabilità degli amministratori è prevista non solo per l'omissione della pubblicità dell'assoggettamento a direzione e coordinamento altrui, ma anche il mantenimento della stessa quando la soggezione è cessata.

Decisione di fusione di società semplici

Il nuovo testo del secondo co. dell'art. 2502-bis c.c. estende l'obbligo dell'iscrizione della delibera di fusione anche alle società semplici (18).

Si risolvono così i problemi pratici relativi alla pubblicità delle delibere di fusione della società semplice assai dibattute nel vigore del precedente sistema (19).

Tale innovazione in realtà, più che legittimare l'iscrizione della delibera di fusione di società non previamente iscritta nel registro delle imprese (20), si limita a pren-

Note:

(14) Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi, 25 febbraio 2004, n. 3572/C.

(15) Secondo N. Salanitro, *Società di capitali e registro delle imprese cit.*, 687 si tratterebbe di un'ipotesi di mera pubblicità notizia poiché l'unica conseguenza prevista è l'obbligo risarcitorio in capo agli amministratori.

Nondimeno non sembra che tale considerazione sia idonea a sottrarre la fattispecie in oggetto alla regola generale di cui all'art. 2448 c.c.

(16) Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante “Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003”, la quale prevede e disciplina anche ipotesi di controllo plurimo, laddove la società sia soggetta a direzione e coordinamento da parte di più società.

(17) Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante “Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003”.

(18) L.A. Miserocchi, *La fusione*, in Aa.Vv., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, a cura del Consiglio Notarile di Milano, Scuola del Notariato della Lombardia, in *Fedemotizie*, Milano, 2003, 374

(19) Sul punto v. per tutti V. Salafia, *La fusione di società: casi e questioni*, in *Le società*, 1995, 1521, secondo cui “nella fusione di società semplici la tutela degli interessi dei creditori deve passare attraverso due momenti: quello della comunicazione della deliberazione ai creditori, il quale nella fusione delle società commerciali coincide con la pubblicazione della deliberazione, e quello del termine per proporre l'opposizione. Quanto al primo momento, la deficienza di un regime pubblicitario per le società semplici comporta la necessità di predisporre volta per volta, e in relazione a ciascuna specifica situazione, uno strumento efficace per far giungere ai creditori la notizia. Quanto al secondo momento, penso che esso non possa essere regolato a discrezione dalle società, se non nel senso di rendere più agevole la proposizione dell'opposizione rispetto alla ristrettezza del termine previsto dalla legge per la opposizione alla fusione delle società commerciali, termine che deve essere applicato analogicamente alla specie”. Sul punto v. anche G. F. Campobasso, *op. cit.*, 610 n. 4.

(20) Rimane pertanto tuttora aperto il vecchio problema della ammissibilità fusione delle società irregolari.

(segue)

dere atto che, a seguito delle innovazioni introdotte dal D. Lgs. 18 maggio 2001 n. 228, le società semplici sono ormai a tutti gli effetti società iscritte (21).

Peraltro il richiamo effettuato dal secondo co. dell'art. 2502-bis c.c. alla necessità di depositare al registro delle imprese anche i documenti di cui all'art. 2501-septies non può per le società semplici essere integrale, e quindi riferito ai bilanci e agli ultimi tre esercizi, perché dette società non sono tenute alla redazione del bilancio di esercizio (cfr. art. 2302 c.c.).

*Dichiarazione degli amministratori
relativa al mutamento dell'indirizzo della sede sociale*

Gli artt. 2328 secondo co. n. 2, 2463 secondo co. n. 2 e 2521 terzo co. n. 2 c.c. richiedono che nell'atto costitutivo delle società di capitali e cooperative sia indicato "il comune ove sono poste la sede della società e le eventuali sedi secondarie".

Le nuove disposizioni dunque precisano che l'indicazione della sede è limitata al solo Comune e non anche all'indirizzo completo di via e numero civico.

La norma va letta in combinato disposto con l'art. 111-ter disp. att., come introdotto dalla riforma, secondo il quale "chi richiede l'iscrizione presso il registro delle imprese dell'atto costitutivo di una società deve indicare nella domanda l'indirizzo, comprensivo della via e del numero civico, ove è posta la sua sede. In caso di successiva modificazione di tale indirizzo gli amministratori ne depositano apposita dichiarazione presso il registro delle imprese."

Si tratta invero di una rilevante innovazione al sistema precedente, quale esso risultava dalla prevalente interpretazione giurisprudenziale.

Quest'ultima infatti si era consolidata nel senso di ritenere che l'indicazione della "sede della società", richiesta dal vecchio testo dell'art. 2475 n. 2 c.c., dovesse contenere necessariamente, oltre che il comune, anche l'indirizzo completo del numero civico (22). Ne derivava, pertanto, che la successiva modificazione di detto indirizzo, sia pure nell'ambito dello stesso comune, costituiva modifica dell'atto costitutivo e come tale doveva essere assoggettata alle formalità richieste dalla legge per dette modifiche.

La nuova normativa, invece, ha inteso semplificare le modificazioni del semplice indirizzo della sede sociale nell'ambito dello stesso comune.

Tali modificazioni dunque, in forza del testo di legge riformato, non essendo inerenti al contenuto necessario dell'atto costitutivo, non rappresenteranno più modificazioni dello stesso e come tali saranno sottratte non solo al controllo notarile di legalità - evidentemente ritenuto superfluo per modiche minimali come quelle in esame - ma anche a qualunque decisione dei soci, essendo rimesse alla libera determinazione degli amministratori, alla stregua di qualsiasi atto di gestione.

Ne deriva che la "dichiarazione" di cambiamento dell'indirizzo della sede sociale nell'ambito dello stesso co-

Note:

(segue nota 20)

A tale riguardo la dottrina è solita distinguere il caso in cui all'operazione partecipino solo società non iscritte dal caso in cui l'operazione coinvolga sia società regolari sia società irregolari.

Nel primo caso, secondo la prevalente dottrina l'operazione è ammissibile e la relativa decisione non è soggetta all'obbligo di iscrizione (A. Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, Milano, 1944, 448; P. Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 466; A. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 526; R. Bolaffi, *La società semplice*, Milano, 1975, 566; E. Simonetto, *Della trasformazione e fusione delle società*, in *Comm. Cod. civ. diretto da Scialoja e Branca*, artt. 2498-2510, Bologna-Roma, 1976, 309; A. Serra, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da P. Rescigno, 17, Torino 1985, 346; F. Scardulla, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXX, 2, Milano, 1989, 359. *Contra* F. Ferrara Jr. - F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, 742, n. 5).

Nel secondo caso le opinioni sono alquanto varieguate ritenendosi:

- da alcuni che anche la decisione di fusione della società irregolare è soggetta a iscrizione, dovendosi in tal modo tutelare il diritto dei creditori sociali a conoscere la situazione patrimoniale di tutte le società fondende, al fine di valutare l'opportunità di esercitare il diritto di opposizione di cui all'art. 2503 c.c. (E. Simonetto, *Della trasformazione e fusione delle società cit.*, 308; A. Serra, *La trasformazione e la fusione delle società cit.*, 346);

- da altri che la decisione di fusione della società irregolare e la relativa situazione patrimoniale debbano essere allegata alla delibera della società regolare, al fine di pubblicizzare indirettamente in tal modo anche la decisione della società irregolare (A. Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese cit.*, 450 e s.);

- da altri che sarebbe soggetta a pubblicità la sola delibera della società regolare (A. Morano - G. P. Zini, *La nuova disciplina delle fusioni*, in *Le Società*, 1991, 905 e ss.);

- da altri ancora che la conoscibilità per i creditori del programma di fusione debba essere raggiunta nella specie, in analogia alle norme civili che disciplinano l'accoglienza del debito altrui, attraverso una notifica *ad personam* anche a mezzo del servizio postale (E. Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 21 e s.).

La giurisprudenza è invece orientata per lo più nel senso di negare la liceità di una fusione a cui partecipi una società di fatto o irregolare (Cass. 21 giugno 1971 n. 1912, in *Giust. Civ. Mass.*, 1971, 1031; Cass., 11 gennaio 1989, n. 58, in *Riv. Not.*, 1990, 490).

Secondo Trib. Verona, 23 giugno 1993, in *GIUS*, 1994, 103 "in ipotesi di fusione per incorporazione di una società di fatto in una società di capitali risultano applicabili cumulativamente le disposizioni degli artt. 2499 e 2503 c.c.".

(21) La Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante "Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003" precisa che, se la società semplice è stata costituita in forma verbale o con scrittura privata non autenticata nelle firme da notaio, il modulo S2 relativo alla richiesta di iscrizione della decisione di fusione va sottoscritto da tutti i soci.

Infatti l'assoggettamento delle società semplici all'iscrizione nel registro delle imprese è stato effettuato senza toccare il sistema codicistico, che non prevede per l'atto costitutivo di tale tipo sociale la forma notarile, come invece accade per le altre società personali (cfr. art. 2296 c.c.), sia pure esclusivamente ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese e con l'effetto di impedire l'applicazione delle norme sulle società irregolari (art. 2297 c.c.) e non *quoad validitatem* (v. per tutti G. F. Campobasso, *Diritto commerciale cit.*, 61).

(22) *Massime del Tribunale di Milano*, 1981; App. Milano 22 aprile 1982, in *Le Società*, 1983, 350, Trib. Torino 11 settembre 1990, in *Le Società*, 1991, 73, Trib. Roma 19 novembre 1990, in *Riv. not.*, 1991, 1428, Trib. Catania 4 aprile 1991, in *Le Società*, 1991, 1669, *Massima da: Criteri di omologabilità degli atti societari enunciati dai Giudici della IV Sezione Civile del Tribunale di Bologna il 27 aprile 1995*, in *Riv. not.*, 1995, 1104 ss.

mune, che gli amministratori sono tenuti a depositare nel registro delle imprese non costituisce modificazione dell'atto costitutivo, eccezionalmente rimessa alla decisione degli amministratori stessi, ma mera dichiarazione di scienza relativa ad un evento, la variazione dell'indirizzo, determinatosi per l'adozione di un mero atto di gestione della società.

Nondimeno la legge, pur facendo obbligo agli amministratori di depositare la dichiarazione modificativa nel registro delle imprese, non impone un termine per l'effettuazione di tale adempimento. Se ne deve dedurre che gli amministratori devono procedere all'iscrizione nel più breve tempo possibile, rimanendo responsabili degli eventuali danni derivanti alla società o a terzi da un ritardo ingiustificato (23).

In sede di costituzione, invece, l'obbligo di indicare nella richiesta di iscrizione della società l'indirizzo completo della società incombe a "chi richiede l'iscrizione presso il registro delle imprese dell'atto costitutivo" e fra questi *in primis* il notaio, che è tenuto al deposito dell'atto costitutivo presso il registro delle imprese ai sensi dell'art. 2330 c.c. in materia di società per azioni, richiamato dall'art. 2463 ultimo co. c.c. per le società a responsabilità limitata.

Ne deriva per il notaio l'opportunità di farsi dichiarare dalle parti, preferibilmente per iscritto, l'indirizzo completo ove sarà ubicata al sede della costituenda società, al fine di evitare successive contestazioni sulla esattezza o meno di quello indicato in sede di deposito dell'atto costitutivo presso il registro delle imprese.

A tal fine nulla vieta che detta dichiarazione sia contenuta nell'atto costitutivo.

Essa invero, ove venga espressamente effettuata ai soli fini della iscrizione nel registro delle imprese, non sarà certo idonea a conferire all'indirizzo della sede sociale la valenza di parte integrante dell'atto costitutivo modificabile solo con il procedimento di cui all'art. 2480 c.c..

Per altro verso, alla stregua del principio cardine della riforma, diretto a conferire il massimo spazio all'autonomia delle parti, nulla vieta a nostro avviso che i soci volontariamente attribuiscono rilievo organizzativo all'indirizzo della sede sociale, onde la variazione dello stesso venga ad essere assoggetta al procedimento previsto per le modificazioni dell'atto costitutivo.

A tal fine sarà sufficiente che i soci indichino nell'atto costitutivo l'indirizzo della sede, senza precisare che detta previsione viene effettuata ai soli fini del disposto dell'art. 111-ter disp. att..

Peraltro la disposizione di cui all'art. 111-ter disp. att. letteralmente si riferisce all'"atto costitutivo di una società", senza fare espresso riferimento alle sole società di capitali.

Tale norma pertanto sembra legittimare l'opinione secondo cui essa si applica anche alle società di persone.

Di contrario avviso si è espressa di recente l'Amministrazione (24), sulla base della considerazione che la riforma del diritto societario, al di là delle parole usate,

ha inteso operare esclusivamente nell'ambito delle società di capitali e cooperative.

A ciò potrebbe peraltro aggiungersi anche la considerazione che, quand'anche il legislatore delegato avesse inteso riferirsi anche alle società personali, egli avrebbe ecceduto i limiti della delega conferitagli, atteso che l'art. 1 della legge delega ha disposto che "Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la riforma organica della disciplina delle società di capitali e cooperative".

Ne dovrebbe conseguire che, salvo i casi in cui la legge delega ha espressamente autorizzato il legislatore delegato ad operare su istituti generali del diritto societario, che coinvolgono anche le società e le persone, come è accaduto ad esempio per gli istituti della trasformazione, fusione e scissione, il delegato non avrebbe potuto dettare norme dirette a regolare le società personali.

Ma a ben vedere tali obiezioni non paiono del tutto sicure.

E ciò, si badi bene, a prescindere dall'ovvia considerazione che un diverso trattamento al riguardo tra le società di persone e quelle di capitali non avrebbe alcun senso e potrebbe peraltro essere tacciato di violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Infatti, anche nel sistema precedente, nessuna norma disponeva espressamente che l'indicazione della sede dovesse comprendere, oltre che il comune, anche l'indirizzo della stessa.

Tale ultima accezione del concetto di sede era stata infatti, come si è detto, dedotta in via meramente interpretativa.

Orbene se ne deve dedurre che, se invece il concetto di

Note:

(23) Quanto alle modalità di attuazione della relativa pubblicità la Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi, 25 Febbraio 2004, N. 3572/C precisa "l'adempimento pubblicitario si realizza mediante deposito del solo modulo, da parte degli amministratori, digitalmente sottoscritto da chi ne ha i poteri".

(24) Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi, 28 maggio 2004, N. 3578/C, secondo la quale "Le modifiche introdotte dalla novella al Codice civile non hanno riguardato le società diverse da quelle contemplate dal ridetto decreto legislativo n. 6 del 2003. Lo stesso articolo 111-ter, che si pone in posizione strumentale, in quanto norma procedimentale, rispetto alle norme sostanziali sopra ricordate (articoli 2328, 2463 e 2521 del Codice civile), ancorché norma di attuazione dell'intero libro V del Codice civile, è stato introdotto dall'articolo 9 del summenzionato decreto legislativo n. 6 e pertanto nell'ambito della riforma del diritto delle società di capitali e cooperative, cui esclusivamente si riferisce. Da tutto quanto precede consegue che, alla luce degli ordinari canoni ermeneutici, l'opera semplificatrice svolta dal legislatore delegato con il combinato disposto degli articoli 2328, 2463, 2521 del Codice civile e 111-ter disposizioni attuative del Codice civile, non può essere immediatamente estesa anche alle società di persone, estranee all'intervento legislativo sopra richiamato". *Contra* CNN, Studio n. 5226, *La variazione dell'indirizzo delle società di persone ed altre considerazioni sistematiche a margine dell'art. 111-ter disp. att. c.c.*, Approvato dalla Commissione studi d'impresa il 2 luglio 2004, Est. M. Maltoni; *Massime osservatorio conservatori notai di Milano*.

sede è stato inteso dal legislatore della riforma come comprensivo della sola sede per le società di capitali, nulla vieterebbe in via interpretativa di adottare il medesimo senso anche per le società personali.

La domanda di arbitrato

Ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, recante la definizione dei procedimenti in materia di diritto societario, "la domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci".

Non è chiaro il ruolo di tale forma di pubblicità, atteso che la predetta norma non ne disciplina gli effetti.

Tuttavia deve osservarsi che l'art. 2193 c.c. riconnette efficacia dichiarativa all'iscrizione, salvo diversa disposizione di legge, a tutti i fatti di cui "la legge" prescrive l'iscrizione, senza distinguere tra codice civile e leggi speciali.

Le lacune del nuovo sistema pubblicitario

Per altro verso la disciplina pubblicitaria della riforma non è esente da lacune normative.

Valga per tutti l'esempio dell'ipotesi in cui nelle S.r.l. si eserciti da parte di un socio il diritto di recesso e, in conformità all'art. 2473 c.c., non sia possibile pervenire alla liquidazione del socio uscente mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato da soci medesimi.

In tal caso infatti la legge dispone che "il rimborso è effettuato utilizzando riserve disponibili".

Se dunque il rimborso avviene mediante l'utilizzazione di riserve disponibili occorre chiedersi quale è la sorte della partecipazione del socio receduto una volta che il rimborso sia stato effettuato, atteso che la legge nulla dice al riguardo.

Non può infatti ritenersi che, a fronte del rimborso, la società acquisti la quota del socio receduto, come espressamente prevede in tema di società per azioni l'art. 2437-*quater* co. quinto c.c., poiché l'art. 2474 c.c. dispone che in nessun caso la società a responsabilità limitata può acquistare partecipazioni proprie.

Né può farsi luogo ad una riduzione del capitale sociale, avendo la società utilizzato riserve disponibili.

Non resta pertanto che ritenere che si verifichi un accrescimento proporzionale a tutti i soci della quota del socio receduto (25), secondo quanto, in analogia fattispecie sotto il vigore della precedente disciplina, era stato deciso in un noto caso giurisprudenziale (26).

In tal caso invero nessuno specifico adempimento pubblicitario è dettato dal legislatore né si è in presenza di un vero e proprio "atto di trasferimento" soggetto ad iscrizione nel registro delle imprese ex art. 2470 c.c., onde deve probabilmente ritenersi che l'accrescimento sfugga *ex se* all'iscrizione nel registro delle imprese e debba semplicemente essere annotato nel libro soci.

L'evento dell'accrescimento potrà indirettamente essere percepito dai terzi solo in sede di deposito annuale del-

l'elenco dei soci e degli altri titolari di diritti sulle partecipazioni sociali a norma dell'art. 2478-*bis* c.c..

Altra fattispecie in cui il sistema pubblicitario appare lacunoso è rappresentata dall'ipotesi della trasformazione eterogenea, che, in base all'art. 2500-*novies* c.c., ha effetto dopo sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 2500 c.c., salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso.

A tal fine è disposto che i creditori possono, nel suddetto termine di sessanta giorni, fare opposizione e che si applica in tal caso l'ultimo co. dell'articolo 2445 c.c.

Orbene, posto che l'efficacia della trasformazione dipende in tal caso non solo dall'iscrizione della relativa decisione nel registro delle imprese, ma anche dalla mancata opposizione dei creditori nel termine di legge, di quest'ultimo evento la nuova legge non prevede alcuna forma di pubblicità nel registro delle imprese.

Tale omissione crea in realtà una grave lacuna nel sistema pubblicitario su una circostanza tanto importante quale è l'efficacia della trasformazione eterogenea.

Note:

(25) Nello stesso senso v. M. Maltoni, *Il recesso e l'esclusione nella società a responsabilità limitata*, in questa Rivista, 2003, 313; F. Magliulo, *Il recesso e l'esclusione*, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 238.

(26) Trib. Verona 27 giugno 1989, in *Riv. Not.*, 1990, II, 1101.

Peraltro, ove la quota sia espressa in termini frazionari e non in termini monetari - come deve a nostro avviso ritenersi consentito (F. Magliulo, *La costituzione della società*, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 35; *Contra Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi*, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante "Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003") - sia che si effettui il rimborso con utilizzo delle riserve sia che lo si esegua mediante riduzione del capitale, si verifica sempre un accrescimento della quota dei soci superstiti.

Così, ad esempio, se il capitale è diviso fra tre soci per 1/3 a testa ed uno di essi recede, in ogni caso la quota di ciascuno dei soci superstiti si accresce ad 1/2, poco importa che il capitale sociale sia ridotto o meno.

Se la quota è espressa in termini monetari, può verificarsi, come si è visto sopra nel testo, il fenomeno dell'accrescimento solo qualora si utilizzino le riserve disponibili.

Ove invece si faccia luogo alla riduzione del capitale potrebbe addirittura verificarsi un decremento del valore nominale monetario della quota dei soci superstiti.

Può infatti accadere che il valore di rimborso ecceda la somma tra il valore contabile delle riserve e il valore nominale della quota del socio receduto, in quanto i valori patrimoniali reali possono essere nettamente superiori a quelli contabili, poiché questi non considerano il valore di avviamento ed assumono quello dei singoli cespiti al costo storico.

Ma anche in tal caso la quota dei soci superstiti, se espressa in termini frazionari anziché in termini monetari, si accresce.

Si consideri, ad esempio, il caso in cui il capitale, di euro 30.000, sia diviso fra tre soci per 1/3 a testa ed uno di essi receda. Se il valore di rimborso della quota del recedente è determinato in euro 20.000 e la società ha riserve per euro 5.000, occorrerà, una volta utilizzate tutte le riserve, ridurre il capitale ad euro 15.000. La quota di ciascuno dei soci receduti, se espressa in termini monetari, diminuisce da euro 10.000 ad euro 7.500, mentre la stessa, se espressa in termini frazionari, aumenta da 1/3 ad 1/2.

L'ampliamento degli effetti della pubblicità. L'iscrizione quale condizione sufficiente ma non necessaria

Nell'evoluzione del sistema pubblicitario, in special modo a seguito della riforma del diritto societario si è assistito anche ad un progressivo ampliamento degli effetti della pubblicità.

Tradizionalmente la pubblicità degli atti nel registro delle imprese ha effetti di tipo dichiarativo.

A tal fine è infatti disposto in via generale, per le società, che "gli atti per i quali il codice prescrive l'iscrizione o il deposito nel registro delle imprese sono opponibili ai terzi soltanto dopo tale pubblicazione, a meno che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza" (art. 2448 c.c.).

La norma riproduce il disposto del vecchio art. 2457-ter c.c., che a sua volta ricalca la disposizione generale sull'efficacia dell'iscrizione nel registro delle imprese di cui all'art. 2193 c.c..

In altri termini la pubblicità è in tal caso condizione sufficiente, ma non necessaria, per l'opponibilità ai terzi.

Una volta avvenuta l'iscrizione il terzo non può infatti, salvo quanto previsto dal secondo co. dell'art. 2448 c.c., addurre l'ignoranza dell'atto iscritto.

Ma, anche in mancanza di iscrizione, è sempre possibile provarne la conoscenza in capo al terzo.

Tale regola tuttavia nel sistema della riforma subisce tali e tante eccezioni da far addirittura dubitare che essa possa ancora essere considerata una regola generale.

Si ha invece la sensazione che l'iscrizione nel registro delle imprese sia ormai uno strumento tecnico che il legislatore utilizza per gli scopi più disparati e con gli effetti più diversi.

L'iscrizione quale condizione necessaria e sufficiente

Le deliberazioni modificative dell'atto costitutivo

Ed invero nel sistema della riforma non di rado l'iscrizione nel registro delle imprese diviene condizione necessaria e sufficiente non solo per l'opponibilità ai terzi, ma addirittura per l'efficacia *tout court* degli atti.

A tale proposito viene in primo luogo in rilievo la disposizione innovativa di cui all'art 2436 quinto co. c.c., applicabile alle società di capitali, secondo cui la deliberazione modificativa dell'atto costitutivo "non produce effetti se non dopo l'iscrizione". L'iscrizione nel registro delle imprese assume quindi il ruolo di una *condicio iuris* della delibera modificativa.

Ciò è confermato anche dall'art. 2436 terzo co. ultimo disposto c.c., in forza del quale, a seguito del diniego di iscrizione da parte del notaio rogante, ove gli amministratori, nei trenta giorni successivi, omettano di convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti oppure di ricorrere al tribunale per l'omologazione (o, deve ritenersi, nel caso in cui l'omologazione richiesta

sia rifiutata), "la deliberazione è definitivamente inefficace".

Si tratta di una notevole innovazione perché nel sistema precedente, pur in mancanza di un'espressa norma al riguardo, si era consolidata nella dottrina e nella giurisprudenza prevalenti (27) l'opinione secondo cui, di regola, la delibera modificativa aveva effetto immediato, salvo i casi in cui la legge disponeva diversamente (28).

Note:

(27) V. per tutti in dottrina Giaccardi Marmo, *I poteri del tribunale in sede di omologazione degli atti sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 167; G. Frè, *Società per azioni*, in *Comm. Cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro V, Del lavoro (artt. 2325-2461)*, Bologna-Roma, 1982, 753; G.C. Rivolta, *op.cit.*, 350 e s.; G. Santini, *Società a responsabilità limitata cit.*, 297 e ss.; A. Jannuzzi, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1984, 668; S. Landolfi, *Problemi attuali dell'omologazione degli atti societari*, in *Vita not.*, 1988, 41; V. Salafia, *Omologazione giudiziaria: incidenza sull'efficacia dell'atto o mera pubblicità?*, in *Le Società*, 1996, 167; D. Cenni, *L'omologazione e le delibere modificative dello statuto sociale*, in *questa Rivista*, 1997, 22; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale cit.*, 483; M. Maltoni, *Invalità ed inefficacia delle delibere assembleari*, Milano, 2001, 189 e ss.

L'opinione in esame era desunta da alcuni indici normativi quali la decorrenza del termine per il recesso dall'assunzione della deliberazione ex art. 2437 c.c., il mancato rinvio, da parte dell'art. 2436 c.c., all'art. 2411 ultimo co. c.c. e l'obbligo, in caso di aumento di capitale, di versare i tre decimi all'atto della sottoscrizione, indipendentemente dall'avvenuta omologazione della relativa delibera (art. 2439 c.c.).

In giurisprudenza nello stesso senso v. Cass. 14 novembre 1959, n. 3377, in *Riv. not.*, 60, 100; Trib. Genova 7 gennaio 1989, in *Le Società*, n. 5, 1989, 523; Trib. Catania 18 marzo 1980, in *Dir. fall.*, 1980, II, 224; Trib. Napoli 21 luglio 1986, in *Vita not.*, 1987, 349; Cass. 12 giugno 1996 n. 5416, in *questa Rivista*, 1997, 15, in *Le Società*, 1997, 162 e in *Giust. Civ.*, 1997, 157; in precedenza la Suprema Corte aveva affermato più genericamente che "l'efficacia delle delibere modificative dell'atto costitutivo è sospensivamente o quantomeno risolutivamente condizionata all'omologazione" (Cass. 29 agosto 1995 n. 9066, in *Le Società*, 1996, 167).

A tale orientamento si era contrapposta la tesi che, basandosi su un passo dei lavori preparatori, su rilievi di carattere sistematico inerenti all'interesse generale alla legittimità delle clausole statutarie e sulla decorrenza del termine per l'impugnativa della delibera dall'iscrizione della stessa nel registro delle imprese, sosteneva l'assoluta inefficacia della delibera prima dell'omologazione (v. per tutti in dottrina V. Buonocore, *Deliberazioni di modifica dell'atto costitutivo e poteri dell'autorità giudiziaria in materia di omologazione*, in *Studi economico-giuridici*, Padova, 1966, II, 488 ss.; F. Chiomenti, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1969, 129; D. Corapi, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, 296 ss.; G. Gabrielli, *Procedimento per le modificazioni dell'atto costitutivo delle società di capitali*, in *Vita not.*, 1982, 559; G. Ferri, *Le società cit.*, 908 ss.; G. Marasà, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 6, tomo 1, Torino, 1993, 57; in giurisprudenza v. Cass. 22 febbraio 1952 n. 479, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 4; App. Roma 30 ottobre 1980, in *Le Società*, 1982, 14; Cass. 7 giugno 1982 n. 3441, in *Dir. fall.*, 1982, II, 397 ss.; Trib. Napoli 19 dicembre 1983, in *Le Società*, 1984, 1349).

Una tesi intermedia affermava invece che, prima dell'omologazione, ed anche in caso di diniego della stessa, la delibera produceva effetti meramente interni ed obbligatori, mentre l'omologazione e la successiva iscrizione determinava il prodursi degli effetti esterni a carattere reale (U. Morera, *L'omologazione degli statuti di società*, Milano, 1988, 280 e ss.).

(28) Il che avveniva principalmente nelle fattispecie di cui agli artt. 2445 c.c., (riduzione del capitale per esuberanza), 2411 c.c. (emissione di obbligazioni), 2498 c.c. (trasformazione di società di persone in società di capitali), 2503 e 2504-*decies* c.c. (fusione e scissione).

In tale ottica l'eventuale esito negativo del controllo di legalità (29) svolgeva il ruolo di una condizione risolutiva, all'avverarsi della quale la delibera perdeva retroattivamente la propria efficacia.

Sulle motivazioni di tale cambiamento di rotta i lavori preparatori tacciono.

Nondimeno, posto che l'inefficacia della delibera in pendenza dell'iscrizione nel registro delle imprese è ormai un dato acquisito al diritto positivo, occorre chiedersi se tale deliberazione possa comunque in detta fase assumere una qualche rilevanza nell'organizzazione societaria.

A tale proposito va peraltro considerato innanzitutto che, già in sede di teoria generale del negozio sottoposto a condizione sospensiva, si è ormai chiarito che in tal caso, pur essendo gli effetti finali del negozio differiti al momento dell'avveramento della condizione, si producono immediatamente i c.d. effetti preliminari, vale a dire il costituirsi della situazione giuridica denominata aspettativa del diritto.

In altre parole l'atto sospensivamente condizionato non è del tutto irrilevante per l'ordinamento e tale principio, avente carattere generale, non può non trovare applicazione anche per le delibere modificative dell'atto costitutivo in attesa di iscrizione nel registro delle imprese.

Ne deriva che dovrà ritenersi esistente a carico dei soci e degli organi sociali, primi fra tutti gli amministratori, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, per conservare integre le ragioni di coloro che sono interessati all'esecuzione della delibera (arg. ex art. 1358 c.c.) e che a costoro spetta il diritto di compiere atti conservativi (arg. art. 1356 primo co. c.c.).

La rilevanza giuridica della delibera in pendenza dell'iscrizione si manifesta, a nostro avviso, anche nella possibilità che la delibera in questione possa esser posta a base di ulteriori atti o delibere, con la precisazione che l'efficacia di questi rimane ovviamente anch'essa subordinata all'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione che ne costituisce l'antecedente (arg. ex art. 1357 c.c.) (30).

Così, ad esempio, dovrà ritenersi possibile, una volta deliberato un aumento di capitale gratuito, ovvero un aumento oneroso con immediata sottoscrizione, che porti il capitale di una società a responsabilità limitata ad almeno 120.000 euro, procedere all'immediata e contestuale trasformazione in società per azioni, ove tale ultima modifica sia subordinata alla iscrizione dell'aumento di capitale nel registro delle imprese (31).

Del pari, in caso di aumento di capitale gratuito, ovvero di aumento oneroso con immediata sottoscrizione (32), sarà possibile procedere all'immediata alienazione da parte del socio della quota di capitale da acquisire per effetto dell'aumento.

In tal caso l'atto di cessione, a seconda dell'opinione che si ritenga di adottare in merito all'ammissibilità dell'aspettativa come autonomo diritto soggettivo,

avrà ad oggetto l'aspettativa medesima ovvero un bene futuro.

Ancora, nel caso in cui sia deliberata una riduzione del capitale sociale per perdite, si potrà procedere all'immediata cessione anche della quota di capitale che verrà meno per effetto della riduzione, con la precisazione che detta cessione dovrà ritenersi sottoposta alla condizione risolutiva dell'iscrizione della delibera di riduzione nel registro delle imprese.

In tali ipotesi sarà opportuno che l'acquirente della quota sia informato delle possibili variazioni che la quota può subire per effetto dell'avverarsi o del mancato avverarsi della *condicio iuris* relativa alla delibera di riduzione o di aumento del capitale.

Sarà altresì opportuno che l'atto di cessione regoli tale circostanza, anche in relazione alla incidenza della stessa sul corrispettivo della cessione (33).

Note:

(29) Peraltro, a seguito della riforma del procedimento di omologazione di cui alla legge 340/2000, si era posto il problema di chiarire se l'avveramento della condizione risolutiva coincidesse con la comunicazione del notaio rogante che ravvisasse la mancata ricorrenza delle condizioni di legge ovvero con il provvedimento del tribunale di diniego dell'omologazione (o in alternativa con la infruttuosa decorrenza del termine concesso per il ricorso al tribunale). Taluni autori infatti propendevano per la prima tesi (G. F. Campobasso, *op. cit.*, 483), altri per la seconda (M. Maltoni, *op. cit.*, 196 e ss.).

(30) F. Magliulo, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 419. Nello stesso senso, *Massima n. 19*, in *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, 2004, Ipsa.

(31) Tale fattispecie impinge nel discusso problema dell'ammissibilità delle delibere condizionate.

Nondimeno l'orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza ritiene che "in ossequio al principio della pubblicità, le deliberazioni dell'assemblea straordinaria non possono subordinare la propria efficacia ad eventi futuri ed incerti. Tuttavia il divieto di iscrivere nel registro delle imprese deliberazioni dell'assemblea straordinaria sottoposte a condizione non si applica a quelle nelle quali la condizione, in esse inserita, consista in un atto societario anch'esso soggetto alla stessa iscrizione nel registro delle imprese" (V. Salafia, *Deliberazioni condizionate e contestuali dell'assemblea straordinaria*, in *Le Società*, 2000, 1290; in argomento v. anche F. Tassinari, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti ad efficacia sospesa o differita*, in *Riv. Not.*, 1996, 83 e ss.).

In senso sostanzialmente conforme si esprimono le *Massime del Tribunale di Milano*, secondo le quali nel caso di delibera condizionata l'omologa "deve essere negata soltanto quando non si è ancora realizzato un dato che è soggetto a controllo di legittimità. E così non può essere omologata una delibera di fusione, per la quale non è previsto il rapporto di cambio, fintanto che la partecipazione non sia tutta acquisita dall'incorporante e non può essere omologata una modifica statutaria di un istituto di credito se non risulti acquisita l'autorizzazione della Banca d'Italia. È invece legittima la delibera di fusione sottoposta a condizione dell'avverarsi di altra fusione, se l'operazione sia deliberata in unico contesto e non comporti mutamenti di situazioni patrimoniali o richieda rapporti di cambio ed è legittima la delibera di aumento di capitale subordinata al verificarsi di una specifica contingenza del mercato".

(32) In caso di aumento di capitale oneroso senza immediata sottoscrizione si potrà invece cedere il diritto di sottoscrizione, anch'esso subordinato all'iscrizione della delibera.

(33) Così, ad esempio, se il socio intenda cedere, subito dopo la delibera di riduzione per perdite, l'intera sua partecipazione espressa con un valore (segue)

Alla stregua delle esposte considerazioni, appare inoltre evidente che l'inefficacia delle delibere modificative in pendenza dell'iscrizione non osta a che, in caso di aumento oneroso di capitale, gli amministratori raccolgano le relative sottoscrizioni ed i relativi versamenti prima dell'iscrizione stessa.

Anche la sottoscrizione, come ogni altro atto che ponga a propria base la delibera temporaneamente inefficace, viene infatti ad essere sottoposta alla medesima condizione cui è per legge sottoposta la delibera.

Ed anzi anche nel vigore della precedente normativa non si dubitava che i versamenti specificamente finalizzati ad un futuro aumento del capitale sociale potessero essere effettuati addirittura prima dell'assunzione della relativa deliberazione di aumento e che gli stessi avrebbero dovuto essere restituiti se la delibera medesima non fosse più stata adottata (34).

A maggior ragione deve ritenersi che ciò avvenga ove la delibera, pur adottata, non sia ancora o non possa più essere iscritta nel registro delle imprese.

Tale conclusione peraltro non appare contraddetta dall'art. 2481-bis quarto co. c.c., il quale, nel disporre che "i sottoscrittori dell'aumento di capitale devono, all'atto della sottoscrizione, versare alla società almeno il venticinque per cento della parte di capitale sottoscritta e, se previsto, l'intero soprapprezzo", non prescrive che le sottoscrizioni debbano necessariamente avvenire dopo l'iscrizione della delibera di aumento nel registro delle imprese.

Nondimeno la circostanza che la sottoscrizione dell'aumento sia sottoposta a detta condizione di efficacia fa sì che, ove essa avvenga mediante conferimento immobiliare e il conferimento stesso venga effettuato prima dell'iscrizione della delibera di aumento nel registro delle imprese, l'imposta di registro proporzionale, dovrebbe essere riscossa solo dopo detta iscrizione, ai sensi dell'art. 27 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131.

Altra questione è quella in cui una modificazione statutaria attribuisca ad un organo sociale una particolare competenza deliberativa, come avviene nel caso in cui sia modificato lo statuto per attribuire agli amministratori la facoltà di deliberare aumenti di capitale o l'emissione di obbligazioni, laddove prima di detta modifica la competenza a deliberare tali operazioni spettava per legge o per statuto all'assemblea.

In tal caso infatti è stato correttamente osservato che "la competenza stessa può dirsi sussistente (e le relative delibere essere assunte) solo dopo che, con l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la modificazione statutaria ha assunto efficacia" (35).

Di minore spessore teorico è il problema che si pone in caso di trasferimento della sede sociale in altro comune ovvero di mutamento della sua denominazione e di immediato successivo acquisto immobiliare da parte della società.

In tale ipotesi, infatti, se la trascrizione dell'atto di acquisto nei registri immobiliari avviene dopo l'iscrizione

della delibera di trasferimento della sede o di cambio della denominazione nel registro delle imprese, *nulla quaestio*: la nota di trascrizione immobiliare recherà la nuova sede.

Si avrà cura pertanto di indicare nell'atto di acquisto, oltre che la vecchia, anche la nuova sede o la nuova denominazione, precisando che essa deriva da delibera che al momento dell'atto di acquisto è in corso di iscrizione nel registro delle imprese.

Se invece la trascrizione immobiliare viene eseguita prima dell'iscrizione della delibera di trasferimento della sede o di cambio della denominazione nel registro delle imprese, si indicherà nella nota la vecchia sede o la vecchia denominazione, perché quella nuova non è ancora operativa.

Tale circostanza peraltro non darà luogo alla necessità di effettuare successivamente alcun adempimento pubblicitario nei registri immobiliari, poiché è pacifico che le modificazioni della sede o della denominazione sociale non sono soggette a pubblicità immobiliare né in via obbligatoria né in via facoltativa, stante il principio della tassatività degli atti soggetti a trascrizione (36).

Note:

(segue nota 33)

re nominale di euro 1.000 e a seguito della efficacia della riduzione del capitale tale partecipazione si riduca al valore nominale di euro 500, sarà opportuno, per evitare dubbi, prevedere che il corrispettivo della cessione non subirà variazioni.

Tale circostanza peraltro nel caso di specie potrebbe ritenersi implicita nel fatto che la quota destinata a venire meno è in realtà priva di contenuto economico e la sua scomparsa non altera la percentuale di partecipazione del cessionario al capitale sociale. Il dubbio peraltro non dovrebbe nemmeno porsi ove la quota sia espressa, anziché con riferimento al suo valore nominale, mediante l'indicazione di una determinata frazione del capitale sociale (ad. es. 1/3).

Se invece il socio ceda, subito dopo la delibera di aumento del capitale, l'intera sua partecipazione, espressa, tenendo conto del capitale di aumento, con un valore nominale di euro 1.000 e, a seguito della mancata iscrizione della delibera di aumento, tale partecipazione rimanga determinata nel valore nominale di euro 500, occorrerà distinguere.

Se trattasi di aumento di capitale gratuito il corrispettivo della cessione non dovrebbe subire variazioni, poiché, anche se la quota si riduce ad un minore valore nominale, rimane immutata la frazione del capitale sociale e del patrimonio netto della società che essa esprime; detta frazione, infatti, comprende le riserve utilizzate per l'aumento.

Se invece trattasi di aumento oneroso immediatamente sottoscritto, il prezzo della cessione dovrebbe ridursi, poiché il cedente avrebbe diritto di ripetere dalla società le somme versate a fronte di un aumento di capitale venuto meno per mancata iscrizione della relativa delibera nel registro delle imprese (e salvo che il relativo eventuale credito non sia ceduto anch'esso al cessionario della quota). In tal caso inoltre, ove la sottoscrizione dell'aumento non sia avvenuta da parte di tutti i soci in misura proporzionale alle proprie quote di partecipazione, per la rinuncia di taluni al relativo diritto di sottoscrizione, si potrebbe alterare la misura della partecipazione del cessionario al capitale sociale.

(34) V. per tutti G.F. Campobasso, *op. cit.*, 491 nt. 1.

(35) *Massima n. 19*, in *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, 2004, Ipsoa.

(36) V. per tutti sulla non trascrivibilità delle modifiche societarie F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. comm.* diretto da P. Schlesinger, artt. 2643-2645, Milano, 1991, 606 e s. e in giurisprudenza Cass. 12 novembre 1997 n. 11180, in *Le Società*, 1998, 656, in *Vita Not.*, 1998, I, 976.

Ai fini pratici si potrà tutt'al più indicare la nuova sede o denominazione nel "quadro D" della nota di trascrizione immobiliare, precisando che essa deriva da delibera che al momento della presentazione della nota è in corso di iscrizione nel registro delle imprese.

L'operatività delle cause di scioglimento

Parallelamente al principio di cui all'art 2436 u.c. c.c., un'analogia valorizzazione della pubblicità commerciale è stata disposta in materia di scioglimento, come affermato dalla stessa Relazione Ministeriale, secondo cui "l'innovazione fondamentale rispetto al sistema vigente consiste nella netta separazione tra il verificarsi di una causa di scioglimento, e la determinazione del momento in cui ha effetto" (37).

L'art. 2484 terzo co. c.c. dispone, infatti, che gli effetti dello scioglimento si determinano, di regola, alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa e, nell'ipotesi di scioglimento anticipato per volontà dei soci, alla data dell'iscrizione della relativa deliberazione.

In tal senso la riforma opera una brusca inversione di tendenza rispetto al passato, atteso che, sotto la precedente normativa, era ormai opinione consolidata in dottrina che le cause di scioglimento operassero di diritto, indipendentemente dal loro accertamento (38).

Incidentalmente deve rilevarsi che il secondo co. dell'art. 2487-bis c.c. dispone che "alla denominazione sociale deve essere aggiunta l'indicazione trattarsi di società in liquidazione".

A prima vista sembrerebbe, infatti, che detta norma richieda che l'indicazione relativa allo stato di liquidazione della società debba essere contenuta all'interno della denominazione sociale.

Ma a ben vedere tale interpretazione è assolutamente da respingere.

Non è stata infatti modificata dalla riforma la disposizione di cui all'art. 2250 ultimo co. c.c., secondo la quale dopo lo scioglimento della società deve essere espressamente indicato negli atti e nella corrispondenza che la società è in liquidazione.

Orbene, se fosse fondata l'interpretazione secondo cui l'indicazione dello stato di liquidazione va posto all'interno della denominazione sociale, tale disposizione sarebbe del tutto superflua poiché l'obbligo relativo sarebbe già assolto con la sola indicazione negli atti e nella corrispondenza della denominazione sociale aggiornata. Non si comprenderebbe inoltre per quale ragione il medesimo adempimento non è previsto per le società di persone.

Inoltre sempre se fosse fondata l'interpretazione in parola, ogni deliberazione di nomina dei liquidatori dovrebbe essere accompagnata da una modifica statutaria relativa alla denominazione; ma tale conclusione renderebbe in larga parte superflua la disposizione dell'art. 2487 c.c., secondo la quale le determinazioni inerenti

alla liquidazione sono adottate con le maggioranze previste per le modificazioni dell'atto costitutivo.

Se ne deve dedurre a nostro avviso che l'"aggiunta" prevista dall'art. 2487-bis c.c. altro non è se non una mera indicazione esterna, che pertanto non fa parte della denominazione medesima (39).

Orbene se si considera che le modificazioni statutarie e le delibere di scioglimento costituiscono una buona parte degli atti che vengono in fatto sottoposti a iscrizione nel registro delle imprese, appare evidente che l'applicazione dell'antica regola generale di cui all'art 2448 c.c. subisce ad opera della riforma un duro colpo.

L'iscrizione quale condizione necessaria ma non sufficiente

Trasferimento di quote di S.r.l.

Non mancano inoltre casi in cui l'iscrizione nel registro delle imprese costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente per l'opponibilità dell'atto iscritto.

Viene a tale proposito innanzitutto in rilievo l'art. 2470 c.c., secondo il quale l'atto di trasferimento di quote di S.r.l., con sottoscrizione autenticata, deve essere depositato entro trenta giorni, a cura del notaio autenticante, presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale.

Tale atto è suscettibile di produrre effetti verso la società e verso i terzi, ma in entrambi i casi la sola iscrizione nel registro delle imprese non è un elemento sufficiente.

Quanto alla società è infatti disposto che il trasferimento delle partecipazioni ha effetto di fronte alla società dal momento dell'iscrizione nel libro dei soci, la quale ha luogo, su richiesta dell'alienante o dell'acquirente, verso esibizione del titolo da cui risultino il trasferimento e l'avvenuto deposito nel registro delle imprese.

Ne deriva che l'opponibilità del trasferimento alla società è assoggettata alla doppia condizione dell'iscrizione sia al registro delle imprese che nel libro soci.

Non sembra pertanto che quest'ultima condizione ammetta equipollenti ai fini, ad esempio, dell'intervento

Note:

(37) *Relazione Ministeriale* § 12.

(38) V. per tutti G.F. Campobasso, *Diritto commerciale cit.*, 525.

(39) F. Magliulo, *Scioglimento e liquidazione*, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 518. Tuttavia un'indicazione in senso contrario, sia pure senza particolari motivazioni, sembrerebbe dedursi dalla *Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi*, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante "Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003", secondo cui "la denominazione sociale deve contenere l'indicazione che trattasi di società in liquidazione".

del cessionario in assemblea, come era stato in passato autorevolmente ritenuto (40).

Quanto ai terzi è disposto che, se la quota è alienata con successivi contratti a più persone, quella tra esse che per prima ha effettuato in buona fede l'iscrizione nel registro delle imprese è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore.

Ne deriva che, nel conflitto tra più aventi causa dallo stesso autore, non basta la sola anteriorità dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di trasferimento, ma occorre anche la buona fede.

Le ragioni di tale singolare disposizione trovano una chiara esposizione nella relazione ministeriale ove si legge che "nell'art. 2470, oltre ad affrontare alcuni aspetti tecnici, ci si è posto il problema se e quale tutela debba riconoscersi all'acquirente della partecipazione sociale. Al riguardo si è ritenuto che, pur essendo la loro circolazione sottoposta ad un regime di pubblicità presso il registro delle imprese, non si potesse adottare la soluzione tradizionale per la pubblicità immobiliare. Si è osservato infatti, al di là di ogni problema dogmatico che sarà compito della dottrina e giurisprudenza affrontare, che siffatta soluzione avrebbe condotto al risultato paradossale secondo cui l'acquirente di una partecipazione in società a responsabilità limitata verrebbe a godere di una tutela persino maggiore rispetto a quella di cui gode chi acquista un titolo di credito o uno strumento finanziario dematerializzato: il risultato paradossale, cioè, di tutelare maggiormente chi acquista una posizione giuridica non tipicamente destinata alla circolazione, come la partecipazione in società a responsabilità limitata, rispetto a chi acquista un titolo azionario che invece si caratterizza per quella tipica destinazione. Perciò, nel terzo co. dell'art. 2470 si è adottata una soluzione che appare equilibrata sul piano di una valutazione degli interessi e che viene sostanzialmente a riprodurre quella dell'art. 1155 per la circolazione dei beni mobili: nel caso di conflitto tra acquirenti della partecipazione la prevalenza di colui che per primo ottiene l'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese non consegue semplicemente alla sua priorità temporale, ma richiede inoltre il requisito soggettivo della buona fede".

Peraltro la singolarità di tale meccanismo e la lacunosità della disciplina del sistema pubblicitario del trasferimento delle quote dettato dal legislatore hanno posto non pochi problemi interpretativi, primi fra tutti quelli della vigenza nella materia *de qua* del principio, tipico della pubblicità immobiliare, della continuità delle trascrizioni (41) e quello degli effetti della cessione laddove si tratti di quote sottoscritte mediante conferimenti d'opera o di servizi (42).

In ogni caso la circostanza che nella specie l'iscrizione nel registro delle imprese assume il ruolo, unitamente alla buona fede dell'acquirente, di criterio di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa dallo stesso autore, rende assolutamente indispensabile che il sistema publici-

tario sia in grado di garantire l'esecuzione delle formalità rispettando rigorosamente l'ordine di presentazione. Ed invero, a differenza della pubblicità immobiliare, tradizionalmente predisposta a siffatte esigenze, quella

Note:

(40) V. Salafia, *Circolazione delle quote di S.r.l. ed opponibilità alla società*, in *Le Società*, 1998, 997, secondo cui "in caso di trasferimento di quote di società a responsabilità limitata, nelle more del procedimento previsto dalla legge per l'annotazione sul libro soci il diritto di voto può essere riconosciuto dal presidente dell'assemblea a chi provi di essere acquirente esibendo copia dell'atto notarile di acquisto delle quote".

Tale opinione infatti andrebbe oggi adeguata al nuovo principio introdotto dalla riforma, secondo cui "se la quota è alienata con successivi contratti a più persone, quella tra esse che per prima ha effettuato in buona fede l'iscrizione nel registro delle imprese è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore" (art. 2470 terzo co. c.c.), onde sembra assumere rilievo decisivo, ai fini della individuazione del soggetto che rivesta la qualità di socio, l'avvenuta iscrizione nel registro delle imprese e l'insussistenza di iscrizioni anteriori incompatibili.

A nostro avviso deve ritenersi che il presidente dell'assemblea, ove il trasferimento della quota sia regolarmente annotato nel libro soci, sia esonerato dalla verifica della insussistenza di iscrizioni anteriori incompatibili nel registro delle imprese e sempreché tali iscrizioni non vengano fatte constare nel libro soci, poiché l'annotazione nel libro predetto costituisce condizione di *opponibilità del trasferimento alla società*, in forza dell'art. 2470 primo co. c.c..

Invece, nel caso in cui il trasferimento non sia annotato a libro soci è assai dubbio che il presidente dell'assemblea possa ammettere al voto un socio non ancora iscritto nel relativo libro (in senso negativo *Massima n. 10* in *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, 2004, Ipsa, secondo cui: "Non si ritiene legittima, in quanto contraria a norme imperative a tutela di interessi pubblici, la clausola statutaria di S.r.l. che attribuisca all'acquirente di una partecipazione in S.r.l. la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali o parte di essi in virtù del solo atto pubblico o autentico di trasferimento della partecipazione, in mancanza di annotazione nel libro dei soci, né la clausola statutaria che attribuisca agli amministratori la facoltà di eseguire tale annotazione prima dell'avvenuto deposito nel registro delle imprese"). Tutt'al più ciò può essere ritenuto legittimo ove il presidente assuma l'onere e la responsabilità di effettuare una visura nel registro delle imprese al riguardo, al fine di verificare l'opponibilità *erga omnes* del trasferimento (F. Magliulo, *Le decisioni dei soci*, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 265).

Non sembra invece condivisibile l'opinione espressa da A. Busani, *Cessioni senza l'obbligo del "libro soci"*, in *Il Sole - 24 Ore*, 14 marzo 2003, 29, secondo il quale l'ampio margine lasciato dal legislatore all'autonomia di soci legittimerebbe una clausola statutaria che attribuisca il diritto all'iscrizione nel libro soci anche prima dell'avvenuto al deposito dell'atto di trasferimento della quota presso il Registro delle Imprese, purché allo stesso partecipino tutti i soci (sia quelli uscenti che quelli entranti). La circostanza che all'atto partecipino tutti i soci, infatti, non toglie che alcuno di essi possa avere già trasferito la propria quota a terzi con altro atto che verrà iscritto nel registro delle imprese prima di quello in oggetto.

(41) Sul punto si rinvia all'attenta analisi di M. Maltoni, *La partecipazione sociale*, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 184 e ss.

(42) Sul punto si rinvia all'attenta analisi di F. Tassinari, *I conferimenti e la tutela dell'integrità del capitale sociale*, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 85 e ss.; la *Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi*, 7 aprile 2004, n. 3574/C, recante "Istruzioni per la compilazione della modulistica per l'iscrizione ed il deposito nel registro delle imprese e per la denuncia al repertorio economico e amministrativo approvata con decreto ministeriale 31 ottobre 2003" sul punto si limita a precisare che nel mod. S relativo ai trasferimenti di quota, in caso di conferimenti non in denaro, deve essere indicata la tipologia del conferimento ed il valore dello stesso.

commerciale allo stato non offre sicure garanzie in tal senso.

A tal fine l'Amministrazione (43) è di recente intervenuta per "sollecitare un rigoroso utilizzo delle modalità di protocollazione automatica" di cui al citato D.M. 20 gennaio 2004, facendo "presente, al riguardo, che il sistema di protocollazione in parola garantisce l'attribuzione del numero di protocollo nella stessa giornata d'invio (se questo è effettuato in orario di ufficio), o altrimenti entro il giorno lavorativo successivo".

La stessa ha altresì ribadito l'esigenza "che sia garantita *la coincidenza tra ordine di protocollazione ed iscrizione delle singole pratiche*", al fine di evitare che istanze tra loro confliggenti, come le richieste di iscrizione delle cessioni di quote, le espropriazioni, pegni, usufrutti e sequestri delle medesime, possano essere trattate, nel caso in cui relativamente a talune di esse debbano essere effettuati degli accertamenti che ne ritardino l'iscrizione, secondo un criterio che, difformemente con le intenzioni del legislatore, non tenga conto dell'effettivo verificarsi dell'attività di impulso ma della mera regolarità formale dell'istanza. A tal uopo a livello informatico il sistema Copernico è stato modificato in maniera tale da poter assegnare alle pratiche contenenti le cessioni di quote, e le altre operazioni sulle medesime disciplinate dagli articoli 2471 e 2471-bis del c.c., protocollate avvalendosi del sistema di protocollazione automatica, un *flag* che segnali la peculiarità dell'atto e che di conseguenza imponga, dal punto di vista operativo, agli uffici del registro delle imprese, di rispettare in sede di iscrizione il medesimo ordine di presentazione. Operativamente, nel caso in cui risulti essere stata già protocollata in capo al medesimo soggetto un'analoga domanda, il predetto *flag* bloccherà il sistema, relativamente alle sole pratiche interessate, fino al momento della iscrizione della cessione portante il primo numero di protocollo. Il diniego di protocollo, in ogni caso, deve essere limitato ai soli casi di manifesta incertezza o incompletezza della domanda, a norma di quanto previsto ed indicato dall'allegato B del citato D.M. 20 gennaio 2004".

Nondimeno solo l'esperienza potrà dire se tali direttive troveranno in fatto puntuale applicazione ovvero occorra intervenire ulteriormente sulle caratteristiche tecniche del sistema, per adeguare lo stesso alle mutate esigenze imposte dalla riforma.

Delibere soggette ad opposizione

Altre fattispecie di iscrizione costituente condizione necessaria, ma non sufficiente, è rappresentata da tutti i casi in cui si tratti di delibere soggette ad opposizione da parte dei creditori sociali entro un determinato termine dall'iscrizione.

In tali casi la stessa efficacia della delibera è inibita in pendenza del termine per l'opposizione, onde la sola iscrizione nel registro delle imprese non basta a rendere efficace l'atto o l'operazione iscritti.

Nel sistema precedente si trattava di ipotesi estremamente limitate e circoscritte ai casi di riduzione del capitale un tempo detta per esuberanza (ed oggi svincolata dal requisito dell'esuberanza) e di fusione e scissione. Nel nuovo sistema invece il legislatore ha valorizzato lo strumento dell'opposizione, introducendo, accanto alle fattispecie tradizionali, anche una serie di altre ipotesi: – la riduzione del capitale finalizzata al rimborso del socio receduto (artt. 2437-*quater* e 2473 c.c.); – la deliberazione costitutiva del patrimonio destinato (art. 2447-*quater*) (44); – la revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-*ter* c.c.); – la trasformazione eterogenea (art. 2500-*novies* c.c.). Peraltro nei casi in questione, con scarsa coerenza sistematica, talvolta è prevista la possibilità di attuare ugualmente l'operazione anche in pendenza del termine di opposizione ove siano offerte particolari garanzie a tutela dei creditori (come accade in materia di fusione, scissione e trasformazione eterogenea), altre volte non sussiste siffatta previsione.

Altre ipotesi di ampliamento dell'efficacia della pubblicità

Efficacia estintiva della cancellazione della società

L'art. 2495 secondo co. c.c., in materia di scioglimento delle società di capitali, dispone che l'eventuale insorgenza di sopravvenienze passive dopo la cancellazione della società dal registro delle imprese determina la tradizionale responsabilità dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi, ma, ed è questo il punto rilevante, precisa che ciò avviene "ferma restando l'estinzione della società".

Con tale disposizione il legislatore sembra dunque porre fine ad una disputa che aveva contrapposto sotto il vigore della precedente disciplina la giurisprudenza alla prevalente dottrina (45).

La prima per anni aveva affermato pervicacemente che la cancellazione dal registro delle imprese fosse condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'estinzione della società, dovendosi ritenere che la stessa rimanesse in vita, e potesse essere in conseguenza assoggettata a fallimento senza limiti di tempo, finché non fossero stati definiti e chiusi tutti i rapporti sociali.

La seconda, invece, aveva per lo più sostenuto la tesi contraria, facendosi carico peraltro del delicato proble-

Note:

(43) Circolare Ministero delle Attività Produttive - Direzione Generale per il Commercio, le Assicurazioni e i Servizi, 25 Febbraio 2004, N. 3572/C.

(44) Sulla natura non meramente dichiarativa di tale pubblicità v. N. Salanitro, *Società di capitali e registro delle imprese* cit, 685.

(45) Cfr. V. Salafia, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Le Società*, 2003, 382.

ma della imputazione dei rapporti giuridici non ancora definiti dopo la cancellazione della società (46).

Per la verità un grave *vulnus* alla tesi giurisprudenziale era stato inferto dalla Corte Costituzionale, che recentemente aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 10 della legge fallimentare nella parte in cui non prevede che il termine di un anno per la dichiarazione di fallimento della società decorre dalla cancellazione della stessa dal registro delle imprese (47).

Con tale decisione si era in sostanza reso inoperante il pregresso orientamento giurisprudenziale che, proprio dalla sopravvivenza della società alla cancellazione dal registro delle imprese, traeva la conclusione della possibilità di dichiararne il fallimento senza limiti temporali (48).

Memore di tale intervento della Corte Costituzionale, il legislatore della riforma da un lato ha stroncato ogni velleità di perpetuare il vecchio orientamento giurisprudenziale, dall'altro, in armonia con il termine annuale relativo all'assoggettabilità al fallimento della società cancellata, ha disposto che la domanda diretta a far valere la responsabilità dei soci o dei liquidatori per sopravvenienze passive, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società.

E tale conclusione appare tanto più rilevante se si considera che l'ultimo co. dell'art. 2490 c.c. dispone che qualora per oltre tre anni consecutivi non venga depositato il bilancio in fase di liquidazione, la società è cancellata d'ufficio dal registro delle imprese con gli effetti previsti dall'articolo 2495 c.c..

Efficacia sanante

Nel nuovo sistema sono previste non poche ipotesi in cui all'iscrizione nel registro delle imprese viene dall'ordinamento attribuita anche un'efficacia sanante degli eventuali vizi dell'atto iscritto.

Si tratta peraltro di una figura non del tutto nuova non solo al diritto societario, ma anche ad altri settori dell'ordinamento (cfr. art. 2652 n. 6 c.c.), atteso che già nel precedente sistema era prevista l'efficacia sanante dell'iscrizione dell'atto costitutivo di società di capitali (art. 2332 c.c.) e dell'atto di fusione o di scissione (art. 2504-*quater* richiamato anche in materia di scissione).

L'efficacia sanante è diretta con ogni evidenza a garantire la stabilità dell'organizzazione societaria e ad evitare i pregiudizi all'affidamento dei terzi che dalla declaratoria dell'invalidità possono derivare e salvo il diritto al risarcimento del danno.

Il legislatore della riforma ha anche in tal caso effettuato interventi ampliativi.

Da un lato infatti, intervenendo sull'art. 2332 c.c., ha ridotto ulteriormente le case di nullità della società post iscrizione (49).

Dall'altro ha introdotto ulteriori ipotesi di iscrizione sanante:

– Nelle società che fanno ricorso al mercato del capita-

le di rischio l'invalidità della deliberazione di aumento del capitale non può essere pronunciata dopo che a norma dell'articolo 2444 sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito (art. 2379-*ter* secondo co. c. c.);
– Eseguita la pubblicità prescritta, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può essere pronunciata (art. 2500-*bis* c.c.).

Ipotesi dubbie in ordine agli effetti od alle modalità dell'iscrizione

L'attestazione di avvenuta esecuzione dell'aumento di capitale
Gli artt. 2444 e 2481-*bis* c.c., in materia di aumento a pagamento del capitale sociale delle società di capitali, dispongono che nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento di capitale è stato eseguito.

Peraltro nel nuovo sistema la delibera di aumento di capitale a pagamento deve ritenersi assoggettata sicuramente come minimo ad una duplice condizione di efficacia.

La prima, propria in via generale di qualsiasi modificazione dell'atto costitutivo, è rappresentata dalla iscrizione nel registro delle imprese della delibera di aumento del capitale e la seconda dalla avvenuta sottoscrizione dell'aumento stesso (50).

Note:

(46) Per un panorama delle varie opinioni v. G. Niccolini, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 7, tomo 3, Torino, 1997, 704 e ss.

(47) Corte Cost. 21 luglio 2000 n. 319, in *Giur. It.*, 2000, 1857.

(48) G. F. Campobasso, *Diritto commerciale cit.*, 134 e s. e 533.

(49) La *Relazione ministeriale* § 1.5 chiarisce che: "Per quanto concerne la disciplina dei vizi della fase costitutiva, l'indicazione di cui all'art. 4, terzo co., lettera b), della legge di delega, che impone di limitarne la rilevanza, è stata soddisfatta riducendo drasticamente le ipotesi previste dall'art. 2332 come modificato, in attuazione della prima direttiva comunitaria, con il D.P.R. 29 dicembre 1969, n. 1127. Si è potuto infatti osservare che la suddetta direttiva contiene un'enumerazione di un numero massimo delle possibili cause di nullità la cui previsione è consentita agli Stati membri, non certamente un obbligo comunitario di prevederle tutte; e che in realtà così è stata intesa da tutti gli ordinamenti europei, nessuno dei quali, salvo l'Italia, ha proceduto alla sua attuazione riproducendo l'elencazione della direttiva medesima. Sulla base di tali considerazioni la scelta adottata con il nuovo testo dell'art. 2332 è stata nel senso di limitare la rilevanza dei vizi della fase costitutiva a quelli soltanto che assumono un senso alla luce della sua disciplina, escludendo quindi ipotesi in effetti di difficile se non impossibile realizzazione e che, pur in pratica mai presentatesi, avevano creato non trascurabili dubbi interpretativi di sistema e con essi l'eventualità di orientamenti interpretativi che potrebbero porre in pericolo il principio di tassatività delle cause di nullità alla base della norma". Sulla conformità all'ordinamento comunitario della riduzione delle cause di nullità previste dall'art. 11 della prima direttiva CE v. anche G. F. Campobasso, *La costituzione della società per azioni*, in *Le Società*, 2003, 291.

(50) La dottrina prevalente infatti riteneva, anche sotto la precedente normativa, che la mera delibera di aumento non modificasse di per sé lo
(segue)

Orbene, alla stregua dei principi generali del nuovo sistema, corre l'obbligo di chiedersi se possa ritenersi che l'efficacia dell'aumento a pagamento sia subordinata anche all'ulteriore condizione dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione di avvenuta esecuzione dell'aumento.

A nostro avviso, al fine di verificare se l'efficacia della delibera di aumento rimanga o meno subordinata anche all'ulteriore condizione dell'iscrizione dell'attestazione di avvenuta esecuzione, deve considerarsi il principio generale, sotteso alla disposizione di cui all'art. 2436 quinto co. c.c., che sancisce l'inefficacia delle modificazioni dell'atto costitutivo prima dell'iscrizione delle stesse nel registro delle imprese.

Infatti se tale principio vale quando la modifica dell'atto costitutivo dipende unicamente da una deliberazione, si potrebbe dedurre che esso non potrebbe non valere, per coerenza sistematica, anche per le modificazioni che derivino (anche) da eventi diversi da una deliberazione.

Nell'aumento di capitale oneroso, infatti, l'evento che attua la modificazione non è (o meglio non è solo) la delibera di aumento, ma è anche l'avvenuta esecuzione della stessa.

Ma, ed è questo il punto, può dirsi che la pubblicità prescritta per quest'ultima svolga il medesimo ruolo condizionante che ha l'iscrizione della delibera di aumento?

Orbene a parere di chi scrive la risposta non può che essere negativa, atteso che le prime due circostanze, quella della iscrizione della delibera e quella della sottoscrizione del capitale di aumento, svolgono nel sistema il ruolo di condizioni in senso proprio, vale a dire di eventi futuri ed incerti.

È infatti possibile che la deliberazione di aumento non possa esser iscritta nel registro delle imprese perché non superi il controllo di legalità notarile-giudiziario e che comunque, anche una volta iscritta la relativa deliberazione, l'aumento non venga in tutto o in parte sottoscritto.

Invece, avveratesi le due condizioni predette, l'iscrizione dell'attestazione di avvenuta esecuzione nel registro delle imprese è un evento certo, sol che gli amministratori adempiano all'obbligo loro imposto al riguardo dalla legge (51).

Tale iscrizione non può dunque essere equiparata a quella della delibera di aumento.

Ne deriva che la mancanza dell'iscrizione ex art. 2481-bis ultimo co. c.c. determina esclusivamente l'inopponibilità dell'operatività dell'aumento ai terzi, salvo che non si provi che essi ne erano a conoscenza, in forza del principio generale di cui agli artt. 2193 c.c. e 2448 c.c..

Da ciò deriva che deve ritenersi confermato, anche nel nuovo sistema, l'orientamento, ormai consolidato nelle prevalente giurisprudenza (52), secondo cui, finché non sia avvenuta la sottoscrizione dell'aumento, non può procedersi alla modificazione dello statuto sociale

da depositarsi ai sensi dell'art. 2436 c.c., mediante indicazione del nuovo ammontare del capitale sociale.

Se così non fosse si finirebbe per pubblicizzare in base all'art. 2436 c.c. un evento, la sussistenza del capitale di aumento, inesistente, vanificando le finalità di cui all'art. 2481-bis ultimo co., c.c..

Al deposito dello statuto aggiornato con il nuovo capitale provvederanno pertanto gli amministratori contestualmente al deposito dell'attestazione della avvenuta sottoscrizione.

L'efficacia dell'atto di trasformazione

L'art. 2500 c.c. in tema di trasformazione in generale dispone che l'atto di trasformazione è soggetto alla disciplina prevista per il tipo adottato ed alle forme di pubblicità relative, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione e che la trasformazione ha effetto dall'ultimo di tali adempimenti pubblicitari.

La norma dunque presuppone una duplicità di adempimenti pubblicitari e condiziona l'efficacia dell'operazione alla realizzazione di entrambi.

Orbene una dualità di adempimenti può facilmente giustificarsi in caso di trasformazione eterogenea, ove è possibile che siffatti adempimenti vadano effettuati in registri diversi, come avviene ad esempio nel caso di trasformazione di associazione riconosciuta in società,

Note:

(segue nota 50)

statuto se non in seguito alla sottoscrizione dell'aumento, la quale pertanto assumeva il ruolo di una sorta di condizione di efficacia della modifica (v. per tutti P. Marchetti, *La pubblicità della esecuzione dell'aumento di capitale*, in *questa Rivista*, 1995, 311).

(51) Dalla circostanza che il capitale di aumento si perfeziona con la sottoscrizione, deriva anche che la revoca di un aumento di capitale già sottoscritto costituisce una fattispecie di riduzione del capitale, la quale può esser legittima solo se effettuata nelle ipotesi e con le modalità previste dalla legge al riguardo, stante il principio di tassatività delle ipotesi di riduzione del capitale (Trib. Udine 6 ottobre 1993, in *Le Società*, 1994, 501; Trib. Napoli 10 ottobre 1996, in *Le Società*, 1997, 310; *Riv. not.*, 1997, II, 506; nello stesso senso G. F. Campobasso, *Diritto commerciale cit.*, 490 nt. 1; *Contra* Cass. 5 luglio 1984 n. 3945, in *Riv. not.*, 1984, II, 958).

(52) In tal senso v. Trib. Trieste 9 luglio 1993 in *Le Società*, 1993, 1384; Trib. Torino 17 febbraio 1994, in *Riv. not.*, 1995, II, 706; Trib. Cassino 18 maggio 1994, in *Le Società*, 1994, 1079; *Orientamenti del Tribunale di Milano*, 1994; *Orientamenti dei Tribunali del Triveneto*; *Orientamenti del Giudice del Registro di Como*; Trib. Napoli 20 gennaio 1995, in *Le Società*, 1996, 574; Trib. Napoli 5 ottobre 1995, in *Le Società*, 1996, 577; Trib. Monza 26 febbraio 1997, in *Le Società*, 1997, 1067; App. Genova 15 dicembre 1999, in *Le Società*, 2000, 578.

Nell'ambito di tale orientamento tuttavia taluni ritenevano che potesse "immediatamente menzionarsi nello statuto aggiornato il nuovo limite del capitale contestualmente alla deliberazione, alla condizione che nel testo dello statuto sia precisato che nella riunione assembleare non è avvenuta la sottoscrizione e siano semplicemente trascritti i dati della deliberazione di aumento, con l'indicazione del termine entro cui il capitale dovrà essere sottoscritto, secondo le prescrizioni disposte dall'art. 2439, secondo co., c.c." (*Orientamenti del Tribunale di Milano*, 1994 cit. e App. Torino 18 aprile 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 868; *contra* Trib. Torino 11 febbraio 1994, *ibidem*).

ove l'adempimento relativo alla cessazione dell'ente che effettua la trasformazione va effettuato non già al registro delle imprese, ma presso il registro delle persone giuridiche ex art 34 c.c..

Non altrettanto avviene laddove si tratti di trasformazione omogenea e dunque entrambi gli adempimenti debbano essere effettuati presso il registro delle imprese ed ove la presentazione di un'unica formalità pubblicitaria è sicuramente idonea a far constare sia la cessazione della forma sociale precedente sia l'adozione della nuova.

Eppure l'art. 2500 c.c. sembra riferirsi ad ogni forma di trasformazione e non esclusivamente a quella eterogenea, non solo per il suo tenore letterale, ma anche in virtù di quanto disposto dal successivo art. 2500-novies.

Tale articolo infatti dispone che, in deroga a quanto disposto dal terzo co. dell'articolo 2500 c.c., la trasformazione eterogenea ha effetto dopo sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dallo stesso articolo, salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso.

Da ciò dovrebbe a rigore dedursi che l'art 2500 c.c. è norma di carattere generale tendenzialmente applicabile a qualsiasi trasformazione, altrimenti non sarebbe stato possibile configurare la disposizione in materia di trasformazione eterogenea di cui all'art. 2500-novies c.c. come una deroga alla prima.

Ne deriva a nostro avviso l'opportunità *de jure condendo* che si faccia chiarezza sul punto, escludendo nel caso di specie la necessità di una dualità di iscrizioni.

Riforma del diritto societario

La “nuova” trasformazione: profili applicativi

di MARCO PINARDI

La riforma contenuta nel D.Lgs. n. 6/2003 ha profondamente inciso sull'istituto della trasformazione. A seguito delle innovazioni introdotte la stessa nozione di trasformazione è cambiata; oggi essa non è più qualificabile come mera modifica dello statuto sociale, ma come un fenomeno che consente l'evoluzione di un ente da una ad un'altra forma organizzativa collettiva o addirittura di dare una forma organizzativa a realtà non munite neppure di soggettività e viceversa.

La riforma contenuta nel D.Lgs. n. 6/2003 ha profondamente inciso sull'istituto della trasformazione dimostrando che non sia la sostituzione dei tre articoli della disciplina precedente con gli undici di cui consta la vigente Sezione I - intitolata “Della trasformazione” - del Capo X - del Libro V del c.c..

La Legge delega (art. 7) in tema di trasformazione indicava due fondamentali indirizzi; da un lato la semplificazione e la più accurata disciplina del procedimento, dall'altro il favore per la trasformazione delle società di persone in società di capitali. (1)

Nota:

(1) Si riporta il testo integrale della Relazione di accompagnamento alla riforma in tema di trasformazione:

“Della trasformazione.

L'art. 7 della Legge Delega detta alcuni principi fondamentali, quali: “semplificare e precisare il procedimento...; disciplinare possibilità, condizioni e limiti delle trasformazioni... eterogenee...; introdurre disposizioni dirette a semplificare e favorire la trasformazione delle società di persone in società di capitali”.

Si è quindi voluto tradurre in pratica i principi dettati dalla delega, il che ha reso necessario ampliare il numero degli articoli, che nel codice del 1942 erano solo tre.

Si ribadisce pertanto, dandovi risalto, la norma sulla continuità dei rapporti giuridici (art. 2498, terzo comma, ultima parte, c.c.), intesa appunto come segno di una prospettiva di modificazione e non novativa-succefforia, chiarendo altresì che la continuazione riguarda anche i rapporti processuali.

Si è ritenuto disporre che la condizione di sottoposizione a procedura concorsuale sia compatibile, salve le ipotesi in cui concretamente tale compatibilità con le finalità o lo stato della procedura non sussista. La trasformazione, anzi, può realizzare un vantaggio per l'impresa sociale: si pensi alla trasformazione di s.p.a. in s.r.l. al fine di ridurre gli oneri di procedura.

Le disposizioni sul contenuto, pubblicità ed efficacia dell'atto di trasformazione richiedono che vi siano tutte le forme ed i contenuti richiesti per il tipo societario o non societario adottato. L'efficacia decorre, per consentire la corretta informazione dei terzi, dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari.

Una innovazione fondamentale viene introdotta dall'art. 2500 bis, laddove si è inteso privilegiare la certezza nei confronti dei terzi e si è introdotta una norma che ben ha funzionato in tema di fusione: eseguita la pubblicità, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può essere più

pronunciata. Resta salvo il risarcimento del danno eventualmente spettante.

In funzione della semplificazione e del favore per la trasformazione di società personali in società di capitali, si è ritenuto non soltanto di consentire la previsione di una decisione maggioritaria, il cui fondamento risiederebbe comunque in una decisione unanime di modifica in tal senso del contratto sociale (cfr. l'art. 2252 c.c.), ma nel silenzio dell'atto costitutivo di rendere comunque valido un quorum maggioritario. Si è ritenuto di aderire alla tesi per cui non tutto il netto da patrimonio sia da imputare a capitale, in tal caso essendo opportuno fissare come tetto massimo del capitale sociale il suddetto valore,

Per quanto riguarda la ripartizione del capitale, si è riprodotta la disposizione dell'art. 2500 c.c., ma si è voluto anche disciplinare l'assegnazione a favore del socio d'opera, che in ogni caso provoca la riduzione proporzionale delle partecipazioni degli altri soci. Sempre nelle disposizioni che riguardano la trasformazione di società di persone in società di capitali, si è ritenuto opportuno riprodurre, sempre per l'esigenza di favorire la trasformazione, la norma dell'art. 2499.

Nella trasformazione di società di capitali in società di persone, si è considerata preferibile la trasformazione a maggioranza (del resto plausibile anche sotto l'attuale ordinamento), dato che comunque il socio sarebbe tutelato dalla valvola del diritto di recesso. Resta salva sempre la possibilità di diversa disposizione dello statuto.

La possibilità che la delibera maggioritaria si presti ad abusi contro qualcuno dei soci rende opportuno richiedere il consenso di quelli che potrebbero assumere una responsabilità illimitata a fronte di altri che non la assumerebbero (si pensi ad una trasformazione in società in accomandita per azioni). Si è voluto richiedere agli amministratori di predisporre una relazione apposita e ciò perché abbiamo ritenuto necessario che i soci possano avere piena contezza dell'operazione, anche nelle sue ragioni tecniche, in modo da poter deliberare con maggiore ponderazione ed eventualmente decidere di recedere. La norma trova del resto riscontro in altri ordinamenti, come quello tedesco.

Per quanto riguarda la trasformazione eterogenea (di scopo e di ente) si tratta di norma molto innovativa, applicabile comunque soltanto laddove si trasformi o risulti dalla trasformazione una società di capitali. Nell'esecuzione della delega, sono stati disciplinati possibilità, condizioni e limiti della trasformazione eterogenea, provvedendo a tutelare la pubblica fede con una previsione transitoria, che consente la trasformazione in società di capitali alle associazioni e fondazioni costituite prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, solo quando non comporti distrazione dalle originarie finalità di fondi o valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione (salvo in quest'ultimo caso che siano preventivamente versate le relative imposte). Esigenze di economia degli atti negoziali rendono opportuno consentire tali operazioni e cioè un unico procedimento di trasformazione con un unico passaggio e la conservazione in capo all'ente risultante dei diritti e

(segue)

Il legislatore delegato interpretando estensivamente la delega ha ampliato notevolmente l'ambito di utilizzo dell'istituto facendo propri peraltro recenti orientamenti che vedevano nella trasformazione, già sotto il vigore della precedente normativa, uno strumento di generale applicabilità a tutte le operazioni di cambiamento della forma giuridica delle imprese o verso le imprese, prevedendo due distinte tipologie di trasformazione: 1) omogenee, che modificano il tipo societario permanendo però lo stesso scopo sociale lucrativo; 2) eterogenee e cioè di enti diversi dalle società di cui al titolo V quali consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni d'azienda, associazioni, fondazioni, che possono trasformarsi in società o "nascere" dalla trasformazione di società, con conseguente profonda modificazione dello scopo e della struttura organizzativa (2).

A seguito delle innovazioni introdotte la stessa nozione di trasformazione è cambiata cosicché oggi essa non è più qualificabile come mera modifica dello statuto sociale, ma come un fenomeno che consente l'evoluzione di un ente da una ad un'altra forma organizzativa collettiva o addirittura di dare una forma organizzativa a realtà (si pensi alla comunione d'azienda o ai consorzi con sola attività interna) non munite neppure di soggettività e viceversa (3).

Le nuove disposizioni possono quindi suddividersi in due gruppi: il primo relativo alle norme di carattere generale (artt. da 2498 a 2500-bis), applicabili ad ogni ipotesi di trasformazione; il secondo gruppo disciplinante le varie fattispecie (trasformazione di società di persone: artt. da 2500-ter a 2500-quinquies; trasformazione di società di capitali: art. 2500-sexies; trasformazione eterogenea da e in società di capitali: artt. da 2500-septies a 2500-novies).

Da ultimo occorre ricordare che, nonostante la più dettagliata normativa introdotta dalla riforma, rimangono salve le disposizioni di leggi speciali che possano prevedere altre forme di trasformazione (v. per es. l'art. 31 D.Lgs 385/93, che ha sostanzialmente rimosso per le banche popolari il divieto di trasformazione di società cooperative in società lucrative; o, in senso interdittivo, l'art. 49 del Tuf che vieta la trasformazione delle Sicav in enti diversi dalle stesse Sicav; si pensi inoltre alla materia portuale o all'ordinamento sportivo).

La natura della trasformazione

La nuova disciplina della trasformazione sembra aver operato una netta scelta in merito all'individuazione della natura modificativa e non estintiva-novativa dell'istituto in esame risultante dalla riaffermata continuità dei diritti e obblighi anteriori alla trasformazione e dalla nuova previsione della prosecuzione dei rapporti anche processuali. Il nuovo art. 2498 c.c. in realtà contiene una disposizione non dissimile dalla vecchia norma sulla continuità dei rapporti giuridici (art. 2498, co. 3, ultima parte c.c.) il cui carattere

innovativo pare rinvenibile nella mancata riproposizione dell'ultimo comma del vecchio art. 2498 c.c., relativo all'acquisto della personalità giuridica dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese, cosicché il testo novellato sembra aver voluto sottolineare l'assenza di ogni effetto novativo (4).

In quest'ottica l'art. 2500, co. 3, c.c. nuovo testo, nel prevedere la pubblicità richiesta per la "cessazione" dell'ente che si trasforma dovrebbe essere interpretato nel senso che tale norma non abbia voluto attribuire alla trasformazione un carattere novativo, ma abbia solo usato un termine inopportuno.

Quanto sopra è pacificamente condivisibile per le trasformazioni omogenee, mentre diverse considerazioni circa la natura non novativa della trasformazione debbono essere svolte in relazione alla trasformazione eterogenea ed in particolare nelle ipotesi di tale trasformazione nelle quali siano coinvolte realtà prive di qualsiasi centro di imputazione di diritti, per tali problematiche si rinvia a quanto si dirà in seguito in tema di trasformazioni eterogenee.

Pertanto, se da un lato la nuova normativa sembrerebbe riaffermare un principio consolidato (5), anche se non espresso (6), proprio della trasformazione sotto la vigenza della precedente normativa, e cioè quello del cambiamento del "tipo" (7), tale principio dovrebbe oggi però essere esteso a tutte le nuove ipotesi di trasformazione che comportano non più solo una modifica della forma, ma anche dello scopo (trasformazione di "enti non societari" "da" o "in" società di capitali) almeno, come sopra accennato, in tutte le ipotesi in cui si trasformi o "nasca" dalla trasformazione un "soggetto" giuridico che pertanto conserverà i rapporti sostanziali e processuali preesistenti, che saranno solo diversamen-

Note:

(segue nota 1)

obblighi dell'ente trasformato; ciò anche in aderenza a recenti orientamenti, anche giurisprudenziali, che hanno affermato sostanzialmente la trasformazione come strumento generale di risoluzione dei conflitti nelle operazioni di cambiamento della forma giuridica delle imprese. Si sono previste maggioranze qualificate per le deliberazioni di trasformazione eterogenea e si è ritenuto lasciare la possibilità ai creditori di presentare opposizione, in conformità a quanto disposto in tema di fusione. In ogni caso, per consentire la tutela dei terzi, in questo tipo di trasformazione si è preferito prevedere un termine di efficacia che decorre dal sessantesimo giorno dall'ultimo degli adempimenti".

(2) Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003.

(3) Olivieri, Presti, Vella, *Il nuovo diritto delle società*, Il Mulino, Bologna, 2003.

(4) Santosuosso, *op. cit.*

(5) Rescigno P., *Trasformazione di società e responsabilità dei soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 932; Cagnasso O., *La trasformazione delle società*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 303; Tantini G., voce *Trasformazione di società*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, 1.

(6) Sarale M., *Trasformazione e continuità dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 133.

(7) Sarale M., *op. cit.*, 195

te disciplinati a causa del diverso modello organizzativo adottato (8).

Limiti alla trasformazione

Il nuovo art. 2499 c.c. rende perfettamente legittima la decisione di trasformazione di una società in stato di liquidazione estendendo tale possibilità anche alle società soggette a procedure concorsuali, superando così l'orientamento giurisprudenziale contrario (9), formatosi sotto la vigenza della vecchia normativa, che muoveva dal presupposto della inconciliabilità tra le funzioni dell'assemblea della società in liquidazione e le postulate finalità della liquidazione stessa.

La norma, tuttavia, pone due limiti alla trasformazione da attuarsi in pendenza di una procedura concorsuale: 1) la finalità della procedura, consistente nella tutela dell'interesse dei creditori e dell'interesse pubblico; 2) lo stato della procedura, che se vicino alla sua conclusione, porterebbe ad escludere che la trasformazione possa realizzare interessi meritevoli di tutela (10).

La Relazione governativa all'art. 2499 c.c. afferma che, durante una procedura concorsuale, la "trasformazione (...) può realizzare un vantaggio per l'impresa sociale: si pensi alla trasformazione di s.p.a. in s.r.l. al fine di ridurre gli oneri di procedura", con riferimento al collegio sindacale.

Semberebbe condivisibile ritenere che, in relazione ai limiti derivanti dalla finalità e stato della procedura, la trasformazione non dovrebbe ammettersi nei casi di procedure concorsuali a finalità liquidatoria come il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, il concordato preventivo con cessione dei beni, l'amministrazione straordinaria ad indirizzo liquidatorio ove tali procedure siano giunte alla fase liquidatoria e fino alla chiusura della procedura stessa, ritenendo invece la trasformazione compatibile con quelle procedure a finalità conservativa come l'amministrazione controllata, il concordato preventivo con garanzia, l'amministrazione straordinaria ad indirizzo conservativo (11).

Oltre ai limiti derivanti dalla finalità e stato della procedura, in caso di trasformazione di società soggetta a procedura concorsuale altri limiti potrebbero derivare sul piano pratico dall'obbligo del rispetto delle condizioni richieste per la costituzione del tipo "nascente" dalla trasformazione; si pensi al caso di trasformazione di s.n.c. in s.p.a. ove per esempio il capitale minimo andrebbe ricostituito dai soci già falliti della s.n.c.

In relazione sempre all'operatività pratica della fattispecie in commento, e prescindendo dalle finalità e stato della procedura, occorre inoltre distinguere tra le diverse forme di procedura concorsuale tenendo presente che la decisione di trasformazione è sempre adottata dai soci e che dunque per renderla praticamente attuabile occorre ipotizzare un loro concreto interesse al cambiamento del modello organizzativo; orbene è stato esattamente osservato (12) che l'esempio dell'eliminazione dell'organo di controllo può rilevare solo in

ipotesi di amministrazione controllata o concordato preventivo, procedure nelle quali vi è un'aspettativa dei soci a un riparto, mentre, nel caso di fallimento, i soci normalmente non hanno un concreto interesse a ridurre i costi di un'organizzazione ormai avviata alla liquidazione e spesso abbandonata a se stessa, considerando peraltro che, i compensi dei sindaci non gravano il fallimento, la liquidazione coatta o l'amministrazione straordinaria, procedure nelle quali si ritiene che l'organo di controllo cessi automaticamente dall'incarico (13).

Altro problema da risolvere potrebbe derivare dal caso di trasformazione nel corso di amministrazione controllata o concordato preventivo, deliberata al solo fine di consentire ai soci, già illimitatamente responsabili, di sottrarsi al loro fallimento in caso di insuccesso della procedura (14).

La compatibilità della trasformazione con la procedura concorsuale in corso rientra senz'altro nel generale controllo dell'adempimento delle condizioni di legittimità stabilite dalla legge, attribuito in via generale al notaio e, qualora la trasformazione comporti modifica di una società di capitali (cfr. l'art. 2436 c.c.), il controllo di tale compatibilità spetterà in via "residuale", in caso di rifiuto del notaio di iscrivere la delibera nel registro delle imprese, al Tribunale in sede di omologazione della stessa.

È da rilevare peraltro che nel caso di trasformazione che comporti modifica di una società di capitali, il possibile "vizio" relativo alla predetta compatibilità emergerebbe nella fase anteriore alla deliberazione e pertanto non inciderebbe sull'obbligo del notaio alla verbalizzazione (15).

Il notaio pertanto non avrà alcun obbligo di accertare tale compatibilità che dovrà essere attestata dal presidente dell'assemblea con dichiarazione in tal senso verbalizzata dal pubblico ufficiale, restando al notaio al più solo la facoltà, inerente non alla sua pubblica funzione di segretario verbalizzante ma alla sua attività di consulente, di interpellare gli organi della procedura, quali soggetti disinteressati a conoscenza della situazione di

Note:

(8) Rescigno P., voce *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc.dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, 808.

(9) Amadio, *La trasformazione a fini liquidativi*, in *Riv. Not.*, 1987, 263.

(10) AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2003.

(11) Olivieri, Presti, Vella, *op. cit.*, 342.

(12) Montagnani C., *La riforma delle società*, Giappichelli, Torino, 2003, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, 356.

(13) Di Sabato F., *Fallimento ed estinzione delle società di capitali*, Morano, Napoli, 1968, 37.

(14) Corte Cost. sent. n. 319 del 2000.

(15) Laurini G., *Prospettive di superamento del giudizio omologatorio*, in G. Laurini, L. Salvato, F. Fimmano, *Statuti ed atti societari nella giurisprudenza onoraria*, Cedam, Padova, 1996.

crisi della società, per aver conforto sulla compatibilità della trasformazione stessa (16).

La trasformazione omogenea

Relativamente alla trasformazione omogenea, nonostante il silenzio dell'art. 2500 c.c., sono senz'altro ammissibili le trasformazioni che avvengono all'interno della categoria delle società di persone, delle società di capitali e delle società mutualistiche.

Tale interpretazione già prevalente sotto il vigore della precedente normativa (17) appare oggi ancor più condivisibile alla luce della previsione della trasformazione eterogenea, cosicché apparirebbe paradossale l'ammissibilità di trasformazioni che derogano al c.d. principio dell'omogeneità causale ed escludere quelle che tale principio rispettano.

L'art. 2500 c.c. sostanzialmente riproduce la disposizione contenuta nel previgente art. 2498, c. 1 c.c., che prevedeva che la decisione dei soci dovesse «risultare da atto pubblico e contenere le indicazioni prescritte dalla legge per l'atto costitutivo del tipo di società adottato».

Irrisolti sono però alcuni problemi sorti nella vigenza della vecchia normativa e relativi alle «indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione del tipo adottato»; si pensi, per limitarsi a quelli riconducibili alla norma in commento, alla questione se tra tali indicazioni debba esserci quella dell'importo globale, almeno approssimativo delle spese di costituzione (18) o dei «decimi» versati (e, quindi se il versamento del venticinque per cento del capitale sottoscritto sia necessario) (19), sugli elementi che l'atto costitutivo deve necessariamente contenere,(20) ed infine al significato da attribuire all'efficacia dell'iscrizione nel registro delle imprese da ricercarsi evidentemente non nel senso di far sorgere un soggetto che qui già esiste, ma nel senso di rendere applicabile all'ente trasformato la sua disciplina propria.

Come già sopra evidenziato appare infelice l'uso del termine «cessazione» dell'ente che si trasforma di cui al secondo comma dell'art. 2500 c.c. così come la previsione di cui all'ultimo comma del medesimo articolo che subordina l'efficacia della trasformazione all'«ultimo degli adempimenti pubblicitari».

Se infatti il termine cessazione non rende merito alla natura normalmente modificativa della trasformazione, altrettanto è la previsione dell'efficacia della stessa; non si capisce infatti che esigenza il legislatore abbia voluto soddisfare derogando al principio oggi vigente per cui ogni modifica dell'atto costitutivo «non produce effetti se non dopo l'iscrizione» (cfr art. 2436 co. 6 c.c.).

Sembra in realtà che qui il legislatore si sia fatto prendere la mano dettando per la trasformazione, dopo aver previsto un'unica iscrizione nel registro delle imprese riguardante l'ente risultante dalla trasformazione, una disciplina della sua efficacia del tutto analoga a quella

prevista per la fusione e per la scissione (cfr artt. 2504-bis co. 2 c.c. e 2506-*quater* co. 1 c.c.) senza tener conto però che in tali ultime ipotesi esistono realmente effetti per così dire simultanei senz'alto estranei alla trasformazione nei limiti in cui questa debba continuare a considerarsi fenomeno modificativo dell'atto costitutivo.

Non sembra da un lato che tale terminologia possa essere interpretata nel senso di una diversa natura della trasformazione visto il principio di continuità riaffermato e rafforzato dall'art. 2499 c.c., né dall'altro che tale improprietà terminologica possa giustificarsi con l'intento di dettare una disciplina generale da applicarsi anche ad ipotesi di trasformazione (eterogenea) nelle quali la mera natura modificativa dell'ente, come in seguito vedremo, può essere discussa, poiché per la trasformazione eterogenea il legislatore ha dettato una norma «speciale» per la sua efficacia escludendo espressamente l'applicazione dell'art. 2500 co. 3 c.c.

Non resta che attribuire all'efficacia dell'iscrizione nel registro delle imprese del «tipo adottato», non il senso di far sorgere un soggetto che qui certo già esiste, ma solo quello di determinare il momento dell'«applicazione della disciplina propria del modello adottato» (21); applicazione che dipenderà però, non solo dal predetto adempimento pubblicitario, ma anche dall'aver eseguito la pubblicità «richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione», posto che l'ultimo comma dell'art. 2500 c.c. fa decorrere gli effetti della trasformazione dall'ultimo dei predetti adempimenti pubblicitari (22).

Nulla è mutato invece circa la revocabilità delle decisioni di trasformazione che si riteneva e si dovrebbe continuare a ritenere ammissibile entro il termine desumibile dall'ultimo comma dell'art. 2500 c.c. (23).

La disciplina transitoria

Non esistendo norme specifiche che regolano le trasformazioni già «decise» ma non ancora iscritte alla data di entrata in vigore del decreto si applicherà l'art. 223-bis disp. trans. e pertanto esse non potranno essere iscritte, e conseguentemente produrre effetti ex art. 2436, co. 5 c.c., se difformi dalla disciplina prevista dal D.L. n. 6 del 2003.

Note:

(16) Cabras G., *Le trasformazioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, VII, 3, Utet, Torino, 1997, 111.

(17) Cagnasso, *op. cit.*

(18) Cabras, *op. cit.*, 163.

(19) Campobasso G. F., *Diritto commerciale, Il Diritto delle società*, Utet, Torino, 2002, 607.

(20) Serra A., *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XVII, 3, Utet, Torino, 1985, 321.

(21) Cagnasso, *op. cit.*, 116.

(22) Cabras, *op. cit.*, 208.

(23) Olivieri, Presti, Vella, *op. cit.*, 343.

È evidente peraltro che, data la natura modificativa della trasformazione l'“ente” per il quale è stata decisa la trasformazione, resterà regolato in termini organizzativi dalla disciplina ante-trasformazione.

Al fine di evitare tali inconvenienti sarebbe stato opportuno in sede di trasformazione, così come in sede di costituzione, decisa nel corso dell'anno 2003, dotare l'“ente” di un doppio regime organizzativo, il primo da iscriversi immediatamente e da valere fino al 31 dicembre 2003 e l'altro da iscriversi successivamente al 1 gennaio 2004 e conforme alla nuova disciplina.

Da ultimo va rilevato come l'art. 111 del Decreto Legislativo 6 febbraio 2004, n. 37 portante tra l'altro modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi numeri 5 e 6 del 17 gennaio 2003, riguardanti la riforma del diritto societario, ha modificato l'articolo 223-bis delle disposizioni di attuazione e transitorie del codice civile, prevedendo che «le decisioni di trasformazione della società a responsabilità limitata in società per azioni possono essere prese entro il 30 settembre 2004, anche in deroga a clausole statutarie, con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti più della metà del capitale sociale».

Già prima dell'introduzione di tale disposizione si riteneva inestensibile alla trasformazione la disciplina transitoria dettata in tema di adeguamenti “statutari” per l'ovvia differenza di *ratio* tra i due istituti; la nuova disposizione dell'articolo 223 bis da un lato conferma tale interpretazione dettando una disciplina specifica per la trasformazione, dall'altro non prevedendo una disciplina esaustiva delle varie ipotesi di trasformazione impone all'interprete di verificare l'estensibilità analogica di detta disciplina alle ipotesi non previste di trasformazione deliberate anteriormente al 30 settembre 2004 (24).

L'invalidità della trasformazione

L'articolo 2500-bis c.c. introduce una norma innovativa nel sistema della trasformazione prevedendo che una volta eseguita la pubblicità di cui all'art. 2500 c.c. non potrà essere pronunciata l'invalidità dell'atto di trasformazione: disposizione quest'ultima uguale a quella dettata per la fusione (art. 2504-*quater* c.c. e richiamata per la scissione dall'art. 2506-*ter* c.c.), che comporta l'efficacia sanante della pubblicità (25).

Detta norma, già di per sé di grande rilievo anche pratico, sembra altresì inquadarsi e quindi dar vita ad un più generale sistema di tutela della stabilità degli effetti delle decisioni a contenuto organizzativo come la trasformazione, la fusione e la scissione, l'aumento e la riduzione del capitale sociale, l'emissione di prestiti obbligazionari; con tale sistema infatti si sposta la tutela degli interessi eventualmente pregiudicati dalla delibera dal piano “reale” dell'invalidità a quello «obbligatorio» della responsabilità, potendo, i portatori di tali interessi, chiedere il risarcimento del danno subito ai soggetti cui

sia imputabile la causa di invalidità (cfr. per la trasformazione l'ultimo comma dell'articolo 2500-bis) (26) (27).

Sembra corretto ritenere che l'efficacia sanante dell'iscrizione nel caso di trasformazione (come negli altri casi previsti dal codice), non possa giungere ad escludere, nell'ipotesi in cui la società “nascente” dalla trasformazione fosse inficiata dai gravi vizi, di forma o di contenuto, ricompresi nella previsione tassativa dell'art. 2332, l'applicazione di quest'ultima disposizione; tale rilievo appare tanto più condivisibile ove si rilevi, tacendo altro, come si avrebbe un diverso trattamento della società costituita ex novo rispetto ad analoga società derivante da una trasformazione, fusione o scissione.

Trasformazione di società di persone

Il nuovo articolo 2500-*ter* c.c. riferendosi genericamente alle “società di persone” sembrerebbe estendere alle società semplici ed anche alle società irregolari la facoltà di trasformarsi in società di capitali; tale tipo di trasformazione prima della riforma è stato oggetto di discussione, in particolare sostenendosi, dai fautori dell'inammissibilità, che i creditori sociali avrebbero perso il diritto alla quota di liquidazione.

Tale tesi oggi appare non più sostenibile non solo a seguito della lettera generica della legge, ma perché il diritto dei creditori sociali, unico diritto indisponibile da parte dei soci, è oggi tutelabile attraverso una serie di cautele introdotte dalla riforma a salvaguardia degli interessi coinvolti.

Anche l'introduzione della disciplina della trasformazione delle società di persone sembra essere stata dettata dalla duplice esigenza di semplificare i processi decisionali e di favorire la trasformazione di società personali in società di capitali; l'art. 2500-*ter* 1 co. c.c. stabilisce infatti che, “salva diversa disposizione del contratto sociale, la trasformazione è decisa col consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili”, introducendo così un'importante deroga al principio sancito dall'art. 2252

Note:

(24) Si riporta il testo dell'art. 111 del Decreto Legislativo 6 febbraio 2004, n. 37 recante tra l'altro modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi numeri 5 e 6 del 17 gennaio 2003, recanti la riforma del diritto societario:

“All'articolo 223-bis delle disposizioni di attuazione e transitorie del codice civile, sono apportate le seguenti modificazioni:

1. dopo il primo comma è inserito il seguente: «Le decisioni di trasformazione della società a responsabilità limitata in società per azioni possono essere prese entro il 30 settembre 2004, anche in deroga a clausole statutarie, con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti più della metà del capitale sociale».

(25) AA.VV., *op. cit.*

(26) D'Alessandro F. *Il diritto delle società dai “battelli del Reno” alle “navi vichinghe”*, in *Scritti di Floriano D'Alessandro*, I, Giuffrè, Milano, 1997, 485.

(27) Olivieri, Presti, Vella, *op. cit.*, 342.

c.c., che esige invece l'unanimità dei consensi per le modifiche dell'atto costitutivo (28) (29).

Non sembra, peraltro, che la norma in commento riferendosi al "consenso della maggioranza dei soci" abbia voluto introdurre un metodo assembleare nelle società personali poiché il riferimento alla maggioranza appare volto solo a definire la partecipazione alla decisione di trasformazione con conseguente possibilità di una raccolta separata dei consensi che comunque dovranno essere espressi nella forma dell'atto pubblico ex art. 2500 primo co. c.c.; tale convinzione può trarsi non solo dal rilievo che il metodo assembleare è generalmente estraneo al sistema delle società personali, ma dall'ulteriore circostanza che, dopo la riforma, il metodo assembleare non è più sempre necessario nemmeno per le s.r.l. che se pur a ristretta base sociale sono pur sempre società di capitali.

Si ritiene debba ammettersi la possibilità che l'atto costitutivo preveda una clausola che impedisca la trasformazione così come espressamente previsto per le associazioni dall'articolo 2500-*octies* c.c., e implicitamente dallo stesso art. 2500-*ter* c.c. per le società di persone ("Salvo diversa disposizione del contratto sociale"); è evidente poi che tale clausola avrebbe come conseguenza il sorgere in capo ad ogni socio di un diritto alla permanenza del tipo sociale con la conseguenza che la decisione di trasformazione, normalmente adottabile a maggioranza dovrebbe essere adottata all'unanimità; come sempre all'unanimità potrebbe modificarsi l'atto costitutivo eliminando detta clausola (30). Per quanto concerne le società di persone costituite anteriormente alla riforma nei cui patti sociali era prassi inserire clausole che imponevano l'unanimità dei consensi per la modifica dei patti sociali, è evidente che per la loro trasformazione sarà necessaria l'unanimità (cfr. l'art. 2500-*ter* c.c. "Salvo diversa disposizione del contratto sociale") salvo a voler ritenere tali tipi di clausole mere clausole di stile poiché convenute sotto la vigenza di un sistema ove l'unanimità era la regola.

Anche nel caso di trasformazione di una società di persone in altra società di persone, pur nel silenzio della legge, sembra applicabile il principio maggioritario che, ritenuto sufficiente dal legislatore per adottare un modello societario non più personale ma capitalistico, dovrebbe essere idoneo per modificare l'organizzazione societaria nell'ambito delle società di persone; né tale interpretazione può essere esclusa nel caso di assunzione di responsabilità illimitata (si pensi al caso del socio accomandante di s.a.s. che si trasforma in s.n.c.), non solo perché tale fenomeno non è esclusivo della trasformazione nell'ambito delle società personali (si pensi al caso di trasformazione di s.a.s. in s.a.p.a. in cui il socio accomandante nella s.a.s. assume la veste di socio accomandante nella s.a.p.a.), ma perché il diritto di recesso, espressamente previsto, è parso al legislatore strumento sufficiente di tutela per il socio assente o dissenziente.

Nel nuovo sistema di trasformabilità delle società di persone a maggioranza, la tutela degli interessi del socio

dissenziente resta infatti affidata al diritto di recesso espressamente riconosciutogli inderogabilmente dalla legge, espressione del generale *jus poenitendi* che il legislatore attribuisce alla parte di un rapporto negoziale, la quale subisca l'esercizio del diritto unilaterale di modifica del rapporto stesso, attribuito all'altra parte (per il diritto di recesso in caso di trasformazione delle società di capitali cfr. l'art. 2437 c.c., per altre ipotesi di *jus poenitendi* cfr. artt. 1660 co. 2 c.c. e 2558 co. 2 c.c.).

L'art. 2500-*ter* c.c. non fissa però alcun termine per l'esercizio del recesso da parte del socio assente o dissenziente, si può ritenere pertanto che egli possa recedere in ogni tempo salva una sua adesione anche successiva alla trasformazione come nel caso di accettazione delle azioni o quote della società trasformata (art. 2500-*quater* c.c.) e salva la facoltà per gli altri soci di chiedere al giudice, ex art. 1183 c.c., la fissazione di un termine per l'esercizio del recesso.

Sembra condivisibile la tesi di chi (31) ritiene che, nel caso di trasformazione deliberata ma non iscritta prima dell'entrata in vigore della riforma, al socio di una società personale trasformata per decisione della maggioranza, sulla base di un atto costitutivo che derogava al principio dell'unanimità di cui all'art. 2252 c.c., debba essere riconosciuto il diritto di recesso di cui all'articolo 2500-*ter* c.c. nuovo testo.

Relativamente al capitale sociale della società trasformata l'art. 2500-*ter* co. 2 c.c. recita "il capitale della società risultante dalla trasformazionedeve risultare dalla relazione di stima "; data la lettera della legge alcuni autori ritengono che da tale relazione debba risultare il capitale sociale della società trasformanda e non il valore massimo dello stesso, giungendo ad escludere altresì che i soci possono ovviare all'eventuale deficienza del patrimonio sociale versando gli ulteriori importi necessari per raggiungere il limite minimo del capitale sociale (32).

Sembra più corretto ritenere che il secondo comma dell'articolo in commento, nello stabilire che il capitale sociale della società trasformata deve essere determinato «sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo» (33) e che per tale valutazione si applicano, a seconda del tipo prescelto, società per azioni

Note:

(28) Per ulteriori ipotesi di applicabilità del principio maggioritario alle società di persone cfr. gli artt. 2257 c. 3 c.c. e 2287 c.c.; Venditti A., *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Jovene, Napoli, 1955, 38.

(29) AA.VV., op. cit.

(30) Maltoni, *Le trasformazioni societarie*, in *Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*, Notariato, Quaderni, 9, IPSOA, Milano, 2003, 151.

(31) Spada A., *La riforma delle società*, Giappichelli, Torino, 2003, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, 370.

(32) Olivieri, Presti, Vella, op. cit., 342.

(33) Per l'interpretazione del termine "valori attuali" e per rilievi sul c.d. metodo patrimoniale semplice cfr. Santosuosso, op. cit.

o a responsabilità limitata, le regole per la stima dei conferimenti previste rispettivamente dall'art. 2343 c.c. e dall'art. 2465 c.c., fa propria la tesi secondo cui la relazione di stima concerne non solo i beni in natura, ma l'intero patrimonio della società, e la tesi per cui non tutto il netto patrimoniale sia da imputare a capitale (34); in quest'ultimo caso la parte non imputata a capitale, andrà a costituire una riserva (35).

Tale ultima interpretazione appare da un lato rispettare l'interesse dei terzi, creditori e non, alla costituzione di una capitale "garantito" senza però giungere all'assurda conseguenza di imporre da un lato ai soci l'imputazione dell'intero patrimonio sociale a capitale (con conseguenze anche pratiche di suddivisione delle partecipazioni in modo decimale) e dall'altro a negare la possibilità della c.d. integrazione dell'eventuale patrimonio insufficiente.

L'art. 2500-ter c.c. non dispone espressamente che la relazione debba essere una sorta di bilancio post-trasformazione, ma già sotto il vigore della vecchia normativa, si considerava dai più necessario che la relazione consistesse in un prospetto contabile analitico e dettagliato avente la struttura di un bilancio (36), ed in relazione a tale problematica nulla sembra aver innovato la riforma; infatti l'art. 2343 primo comma c.c., nel nuovo testo, per le società azionarie, richiede "l'attestazione" del valore attribuito a ciascuno dei beni e crediti conferiti, mentre per le società a responsabilità limitata l'art. 2465 c.c., pur usando una terminologia più generica, richiede comunque "la descrizione dei beni e crediti conferiti". Nulla dice invece la predetta norma relativamente all'obbligo per gli amministratori di predisporre una relazione sulla trasformazione come invece fa l'art. 2500-sexies 2 co c.c. in tema di trasformazione di società di capitali; nel ritenere la mancata previsione non occasionale si rinvia a quanto si dirà più avanti.

L'ultimo comma dell'art. 2500-ter c.c. richiama l'art. 2343 commi 2, 3 e 4 c.c., ma mentre le regole relative alla responsabilità dell'esperto (che incorre nella violazione dei doveri del suo ufficio, per i danni causati «alla società, ai soci e ai terzi») (co. 2) saranno sempre applicabili e quelle relative alla revisione della stima da parte degli amministratori della società trasformata (co. 3), saranno sempre applicabili in caso di trasformazione in società azionaria, quelle dettate dal comma 4, relative all'ipotesi in cui all'esito della revisione degli amministratori «il valore dei beni e crediti conferiti» risulti inferiore di oltre un quinto a quello ad essi attribuito ai fini della formazione del capitale, si applicheranno solo in quanto compatibili; la predetta compatibilità, sempreché dalla trasformazione "nasca" una società azionaria, dovrà valutarsi tenendo presente lo stesso art. 2343 c.c. ove l'annullamento delle azioni riguarda il solo socio che abbia eseguito il conferimento in natura sovrastimato dall'esperto, così come esclusivamente al predetto socio è attribuito il diritto potestativo di evitare la diminuzione della sua partecipazione, versando la diffe-

renza in denaro. Nell'ipotesi della trasformazione entrambe le predette scelte alternative (annullamento delle azioni o versamento della differenza in denaro) riguarderanno tutti i soci che hanno partecipato all'operazione, perché da tutti loro è stato "conferito" il patrimonio della società trasformata (37) (38).

Quanto sopra deriva dalla considerazione che alla trasformazione da società di persone in s.r.l. non si applicheranno né il terzo, né il quarto comma dell'art. 2343 c.c. perché l'art. 2465 c.c. per i conferimenti in natura nelle società a responsabilità limitata, non prevede la revisione della stima dell'esperto da parte degli amministratori.

Non sembra infine estensibile al socio della società trasformata l'ulteriore facoltà concessa dal comma 4 dell'art. 2343 c.c. di recedere dalla società, poiché essa appare incompatibile con la volontà dei soci che, anziché non prestare il proprio consenso e recedere dalla società ex art. 2500-ter, co.1 c.c., hanno deliberato la trasformazione, accettando così il rischio di versare la differenza in denaro nel caso di sovravalutazione del patrimonio netto.

La nuova disciplina della trasformazione di società di persone potrebbe inoltre soccorrere in aiuto nella soluzione dei nuovi problemi che potrebbero sorgere in caso di trasformazione di s.r.l. in società azionaria, dalla nuova disciplina dei beni conferibili nelle s.r.l., dalla loro stima e della possibile sostituzione del versamento in contanti. In particolare in caso di trasformazione di s.r.l. che abbia accettato il conferimento di «elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica» (art. 2464, co. 2 c.c.), incompatibili con la disciplina della s.p.a. e della s.a.p.a. (art. 2342, ult. co. c.c.), e quindi di prestazioni d'opera o di servizi, sorgeranno problemi non dissimili da quelli affrontati e risolti in sede di trasformazione di società personali dall'art. 2500-ter c.c..

La soluzione a tali problemi potrebbe infatti essere proprio quella dell'applicazione analogica della disciplina della trasformazione delle società di persone in società di capitali con conseguente sottoposizione del patrimonio della s.r.l. alla relazione di cui all'art. 2343 c.c. con l'ulteriore conseguenza che la società trasformata potrà imputare a capitale solo i valori accertati dall'esperto come omogenei e compatibili con quelli imputabili a capitale nelle società azionarie destinando l'eccedenza a riserva.

L'art. 2500, co. 1 c.c., nel testo previgente, stabiliva che «Nella trasformazione in società per azioni o in acco-

Note:

(34) Cass. 6718/1987 in *Foro It.* 1988, I, 3029.

(35) Sulla natura e disciplina di tale riserva cfr. Trib. Roma 23 febbraio 1983 in *Riv. Not.* 1983, 191.

(36) Santosuoso, *op. cit.*

(37) Campobasso, *op. cit.*, 607.

(38) Olivieri, Presti, Vella, *op. cit.*, 345.

mandata per azioni di una società di altro tipo ciascun socio ha diritto all'assegnazione di un numero di azioni proporzionale al valore della sua quota secondo l'ultimo bilancio approvato»; il nuovo articolo 2500-*quater* c.c. riproduce sostanzialmente la predetta disposizione eliminando però il riferimento all'ultimo bilancio approvato come criterio di determinazione del valore delle quote, in quanto tale richiamo era già stato fortemente criticato sotto la vigenza della precedente disciplina (39) (40), anche perché sicuramente inidoneo ad individuare la ripartizione delle quote di partecipazione (41).

È da rilevare inoltre che al socio che partecipa alla trasformazione interessa non tanto il valore assoluto della sua quota bensì che nella società trasformata gli sia riconosciuta una partecipazione proporzionalmente eguale a quella posseduta nella società ante trasformazione (42) (43).

Il predetto art. 2500-*quater* co. 2 c.c. disciplina la condizione del socio d'opera, che, per l'esigenza sopra richiamata di permanenza nelle medesima posizione del socio ante e post trasformazione, ha diritto ad un numero di azioni o quote proporzionale alla sua partecipazione stabilita precedentemente alla trasformazione dall'atto costitutivo, o, nel silenzio di questo, d'accordo tra i soci, ovvero, in caso di disaccordo, stabilita dal giudice secondo equità; tale disposizione accoglie la tesi di chi (44), già sotto il vigore della previgente normativa, aveva individuato la soluzione del problema della partecipazione del socio d'opera in tal senso, rigettando invece la tesi di chi individuava tale soluzione nell'esclusione del socio d'opera per sopravvenuta impossibilità a prestare la propria opera (45).

La predetta norma fa espresso riferimento alla sola ipotesi del socio d'opera ma sembra potersi ritenere estensibile analogicamente a tutte quelle ipotesi in cui alcuni soci abbiano effettuato conferimenti non di capitale (46), avendo il legislatore evidentemente sentito l'esigenza di disciplinare espressamente solo l'ipotesi più frequente di tale tipo di conferimenti.

La lettera della legge non è però molto chiara poiché se da un lato la stessa, riferendosi alla partecipazione che l'atto costitutivo riconosceva al socio d'opera precedentemente alla trasformazione, sembra riferirsi alla partecipazione agli utili, in linea anche con la disciplina delle società personali ove nessuna norma prescrive l'indicazione della partecipazione del socio d'opera al capitale o al patrimonio della società, sembrerebbe preferibile ritenere che la stessa abbia voluto far riferimento alla misura in cui il socio d'opera partecipava al capitale o al patrimonio della società di persone ante trasformazione al fine di non differenziare il socio di capitale rispetto al socio d'opera facendo operare il predetto principio di proporzionalità su base omogenea (appunto il capitale); dalle predette considerazioni ne deriva che la determinazione della partecipazione del socio d'opera al capitale sociale non potrà che avere ad oggetto la valu-

tazione della misura in cui il socio d'opera ha contribuito a formare il patrimonio della società trasformanda.

Circa le modalità operative dell'attribuzione delle partecipazioni della società trasformata al socio d'opera, l'ultimo comma dell'art. 2500-*quater* c.c. stabilisce che nell'ipotesi di trasformazione con attribuzione di azioni o quote al socio d'opera "si riducono proporzionalmente" le partecipazioni attribuite agli altri soci; la *ratio* di tale disposizione appare evidente in quanto per consentire l'assegnazione al socio d'opera delle azioni o quote del capitale della società trasformata, non partecipando lo stesso al capitale sociale della società trasformanda e non aumentandosi il capitale in sede di trasformazione, non potrà che ridursi proporzionalmente, la misura in cui gli altri soci parteciperanno al capitale della società trasformata (47).

Anche nel quadro della nuova normativa sembra potersi condividere l'opinione di chi, pur con riferimento al testo previgente (48) riteneva che all'unanimità sia possibile derogare in sede di trasformazione alla regola dell'attribuzione proporzionale del capitale della società trasformata in quanto si è senz'altro in ambito di diritti disponibili; si potrebbe però dubitare che una tale operazione, pur ammissibile, possa restare nell'ambito della trasformazione nella disciplina della quale la proporzionalità delle partecipazioni sembra assumere una rilevanza essenziale, con evidenti conseguenze anche di natura fiscale.

In caso di trasformazione di società personali con socio d'opera accanto alla decisione di trasformarsi adottabile a maggioranza, salvo diversa disposizione del contratto sociale ex art. 2500-*ter* c.c., occorrerà il consenso unanime circa la determinazione della partecipazione del socio d'opera.

Tale disposizione potrebbe indurre a ritenere ridimensionata da un lato la portata innovativa dell'art. 2500-*ter* c.c., in quanto la decisione a maggioranza potrebbe operare di fatto solo nell'ipotesi di trasformazioni di so-

Note:

(39) Scardulla F., *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di dir. civ. e com. Cicu-Messineo*, diretto da L. Mengoni Giuffrè, Milano, 2000, 219.

(40) Simonetto E., *Trasformazione e fusione delle società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Zanichelli-Il Foro It., Bologna-Roma, 1976, 166.

(41) De Angelis L., *La trasformazione delle società*, Giuffrè, Milano, 1998, 122.

(42) Tantini, *op. cit.*, 261.

(43) Cagnasso, *op. cit.*, 187.

(44) Scardulla, *op. cit.*, 228.

(45) Galgano F., *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo* diretto da L. Mengoni, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1982, 182.

(46) De Angelis, *op. cit.*, 126.

(47) Serra, *op. cit.*, 326.

(48) Cagnasso, *op. cit.*, 188.

cietà di persone senza soci d'opera, dall'altro a far ritenere che, in tali casi, la stessa trasformazione vada adottata all'unanimità in quanto un atto deliberativo di trasformazione senza l'essenziale specificazione del numero delle azioni o dell'entità della quota da assegnare a ciascun socio a seguito della trasformazione sarebbe inutile o addirittura invalida (49).

In realtà sembra preferibile ritenere che una volta rilevata la circostanza che la nuova normativa detta regole differenti per il quorum necessario per la trasformazione della società e per il consenso necessario per la determinazione della partecipazione del socio d'opera, sarebbe ben possibile che una società personale in presenza di soci d'opera deliberi la trasformazione a maggioranza e non raggiungendo un'accordo unanime sull'attribuzione delle partecipazioni ai soci d'opera ricorra all'intervento del giudice.

Circa la responsabilità dei soci l'articolo 2500-*quinquies* c.c. riproduce sostanzialmente la norma del vecchio art. 2499 c.c. ed al fine di favorire la trasformazione fa ricadere sui soci che l'hanno deliberata il rischio economico delle obbligazioni sorte precedentemente alla stessa. Il termine prima del quale le obbligazioni anche se sorte dopo la delibera di trasformazione, graveranno sui soci a responsabilità illimitata, sarà quello previsto dall'art. 2500 co. 3 c.c..

Le innovazioni dell'articolo in commento sono sostanzialmente due: 1) il comma l ove è scomparso il riferimento esclusivo alla pubblicità nel registro delle imprese perché la trasformazione eterogenea, oggi testualmente ammessa, coinvolge organismi non societari e per i quali valgono diverse forme di pubblicità; 2) la tutela dei creditori, ai quali si potrà inviare la deliberazione non soltanto per raccomandata ma con tutti i mezzi con prova di ricevimento, e ai quali sono concessi sessanta giorni anziché trenta per dare il loro consenso (ult. co.), termine che decorrerà dal ricevimento e non dalla spedizione della comunicazione.

Si può condividere l'opinione per cui la liberazione dei soci a responsabilità illimitata può essere oggettivamente o soggettivamente parziale, e cioè sia nel senso che il titolare di più crediti può dare il suo consenso solo per alcuni di essi (per es solo per quelli privilegiati), sia nel senso che la liberazione dei soci avrà luogo solo nei confronti di quei creditori che vi abbiano consentito, in maniera espressa (co. 1) o per presunzione (co. 2) (50). Da notare come nel caso di trasformazione eterogenea i creditori sociali potranno opporsi alla trasformazione non solo a tutela del mutamento del regime di responsabilità dei soci ma anche per il mutamento dello scopo dell'ente tant'è che in tale ipotesi il legislatore ha previsto {art. 2500-*novies* c.c.} che la trasformazione ha effetto solo dopo sessanta giorni durante i quali il creditore può opporsi con gli stessi effetti dell'opposizione alla riduzione del capitale per esuberanza. (v. *infra*.)

Quanto alle modalità di comunicazione della trasformazione ai creditori sociali l'articolo 2500-*quinquies* c.c.

con l'inciso "e con altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento" accoglie una tesi avversata dalla prevalente giurisprudenza che riteneva la forma di comunicazione mediante raccomandata non sostituibile con forme equipollenti e rende la norma in commento aderente alla normativa di cui all'art. 14, co. 3, D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, che disciplina la consegna di documenti informatici stabilendone l'equivalenza alla notificazione a mezzo posta, semplificando ed invelocando fortemente la fase preparatoria della trasformazione (51).

La disciplina della trasformazione regressiva

Nel codice civile pre-riforma non vi era alcuna norma che disciplinasse direttamente la trasformazione delle società di capitali in società di persone (cd trasformazione regressiva), ma si riteneva (52) che essa fosse ammessa non foss'altro per il fatto che già nel vigore della disciplina precedente esistevano norme che la prevedevano come l'art. 2437 co. 1 c.c. (testo previgente), che considerava il «cambiamento del tipo della società» come una delle ipotesi in cui i soci possono esercitare il diritto di recesso, l'art. 2447 c.c. (testo previgente), che in tema di riduzione del capitale sociale sotto il limite minimo prevedeva la trasformazione come uno dei possibili rimedi e infine lo stesso art. 2500, ult. co. c.c. (testo previgente), che prevedeva l'ipotesi di «trasformazione di una società di altro tipo in società a responsabilità limitata», senza specificare la tipologia della società trasformanda che poteva pertanto essere sia una società di persone che di capitali.

L'articolo 2500-*sexies* c.c. al comma 1, stabilisce che «salvo diversa disposizione dello statuto, la deliberazione di trasformazione di società di capitali in società di persone è adottata con le maggioranze previste per le modifiche dello statuto» abbandonando così definitivamente la tesi di chi, nel vigore della precedente disciplina propendeva per l'unanimità (53), aggiungendo poi a tutela di particolari soci l'inciso: «è comunque richiesto il consenso dei soci che, a seguito della trasformazione, assumono responsabilità illimitata»; tale ultimo inciso vanifica di fatto fortemente la scelta del principio maggioritario considerando che nell'ipotesi in esame l'assunzione di responsabilità illimitata da parte dei soci è la regola poiché l'unica società personale che potrebbe nascere dalla trasformazione con alcuni soci a

Note:

(49) Trib. Roma 4 agosto 1978 in *Foro It.* 79, I, 1098.

(50) Simonetto, *op. cit.*

(51) Circa la necessità, rilevata sotto il vigore della precedente normativa, che la comunicazione abbia ad oggetto la copia del verbale di delibera cfr. Trib. Lecce 22 febbraio 1990 in *Giur. Comm.*, 1990, II, 632.

(52) Gasperoni N., *Trasformazione e fusione di società*, in Enc. dir., XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, 1017, 1032.

(53) Trib. Verona 29 giugno 1995 in *Le Società* 1995, 1512.

responsabilità limitata sarebbe la s.a.s.; i soci che comunque hanno prestato il consenso risponderanno illimitatamente anche per le obbligazioni sociali sorte anteriormente alla trasformazione (co. 4).

La scelta del legislatore di richiedere il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata trova tuttavia giustificazione, oltretutto nell'assunzione di detta responsabilità, anche nel fatto che disponendo l'art. 2351, che il voto di alcuni soci può essere limitato «a particolari argomenti», o essere «subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative», in assenza di una specifica norma come quella in commento i soci privi del diritto di voto per la delibera di trasformazione (a causa delle limitazioni di cui all'art. 2351 c.c.) avrebbero assunto responsabilità illimitata senza neppure partecipare alla deliberazione di trasformazione; mentre appare coerente che nessun consenso dovrebbero esprimere i soci a voto limitato che non assumono tale tipo di responsabilità (54).

Problema irrisolto resta quello del mancato consenso da parte di alcuni soci; la soluzione dello stesso non potrebbe che ricercarsi attraverso il diritto di recesso, con sacrificio della posizione del socio dissenziente, o attraverso la conservazione della responsabilità limitata ove consentito.

Ma in realtà il diritto di recesso non è solida tutela per il socio che non intende assumere responsabilità illimitata, e ciò, non tanto perché egli sarebbe patrimonialmente penalizzato in quanto gli verrebbe rimborsata la partecipazione ad un valore diverso da quello che riceverebbe in caso di scioglimento della società, in quanto le modifiche apportate dalla riforma all'art. 2437-ter c.c. in tema di modalità di calcolo della liquidazione della partecipazione del socio receduto hanno fortemente ridotto se non eliminato tale sperequazione, quanto piuttosto perché ciò comporterebbe un diritto della maggioranza ad incidere su una situazione individuale del socio che il legislatore sembra aver voluto evitare proprio attraverso la necessità del predetto consenso.

È evidente poi che, nel caso in cui tutti i soci che avrebbero dovuto assumere la responsabilità illimitata, rifiutino il loro consenso, la trasformazione sarà inattuabile posto che in tutte le società personali (comprese le s.a.s.) esistono soci a responsabilità illimitata.

Le maggioranze necessarie per l'assunzione della delibera di trasformazione sono quelle richieste per l'approvazione delle modifiche dello statuto salvo che questo disponga diversamente, prevedendo cioè maggioranze più elevate; in particolare si è evidenziato come lo statuto potrà si prevedere maggioranze più elevate ma ciò sempre nel rispetto delle norme inderogabili (v. per esempio l'art. 2369, ult. co. c.c.), e senza giungere a derogare, almeno per le s.p.a., allo stesso principio maggioritario, che è di ordine pubblico nel nostro ordinamento e che ha come contrappeso comunque la tutela del socio attraverso il diritto di recesso (55).

La conclusione sopra riportata per le s.p.a. non è però così pacifica per le s.r.l. nelle quali si potrebbe giungere ad ammettere una clausola statutaria che pretenda l'unanimità dei consensi per la trasformazione; tale ammissibilità si giustificerebbe infatti da un lato, per l'ampia autonomia che il legislatore della riforma ha attribuito alla volontà dei soci anche nella determinazione dei quorum assembleari e dall'altro per l'assonanza anche di disciplina della "nuova" s.r.l. con le società personali.

Resta infine da verificare se sia possibile, come previsto per le associazioni dall'articolo 2500-octies co. 3, c.c. prevedere clausole statutarie che escludendo la trasformazione.

È stato giustamente osservato (56) che la previsione di una clausola statutaria che escluda la trasformazione, ove ritenuta ammissibile sarebbe priva di efficacia, in quanto non impedirebbe comunque, applicando il principio maggioritario, la sua eliminazione attraverso il sistema delle modifiche a maggioranza dell'atto costitutivo considerato da sempre, e considerabile tutt'ora con le precisazioni sopra fatte per le s.r.l., principio generale ed inderogabile delle società di capitali (57).

È poi indiscusso che la deliberazione di trasformazione deve contenere, pur in mancanza di una norma espressa in tal senso, tutti gli elementi prescritti per l'atto costitutivo della società in cui ci si intende trasformare.

La norma in commento (che trova riscontro in altri ordinamenti, come quello tedesco) al fine di informare i soci circa le ragioni economico-giuridiche della trasformazione e sulle future partecipazioni, ha introdotto l'obbligo a carico degli amministratori di redigere una relazione per illustrare l'operazione in modo da consentire ai soci di deliberare con maggiore ponderazione ed eventualmente decidere di recedere (58); la predetta relazione dovrà pertanto illustrare le motivazioni economico-giuridiche sottostanti alla trasformazione ed i suoi effetti, in modo analogo a quanto il codice civile prevede nel caso di fusione (art. 2501-quinquies c.c.) o di scissione (art. 2506-ter c.c.).

Si noti invece che manca una analoga norma nel caso di trasformazione di società di persone in società di capitali forse perché il legislatore ha ritenuto che in tali tipi di società, a più ristretta base sociale e nelle quali spesso la qualità di socio coincide con quella di amministratore, i soci sono sufficientemente informati delle vicende societarie e che pertanto inutile appesantimento della fase istruttoria della trasformazione sarebbe sta-

Note:

(54) Monaci E., *La riforma delle società*, Giappichelli, Torino, 2003, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, 382.

(55) Santosuosso, *op. cit.*

(56) Maltoni, *op. cit.*, 151.

(57) Gasperoni, *op. cit.*, 1045.

(58) Olivieri, Presti, Vella, *op. cit.*, 346.

ta la necessità di predisporre una relazione da parte degli amministratori.

Oltre alla relazione predetta null'altro è necessario e pertanto non sarà obbligatorio redigere un bilancio straordinario né tanto meno una relazione di stima; tale semplificazione si giustifica con la circostanza che nell'ipotesi di trasformazione regressiva i creditori sociali oltre che sul capitale sociale della società trasformanda, costituito e conservato con le più severe regole delle società di capitali, potranno far valere i loro diritti anche sul patrimonio personale dei singoli soci divenuti illimitatamente responsabili.

Va peraltro rilevato come il contenuto dell'informazione riservata ai soci sia piuttosto modesto non solo perché il legislatore non ha specificato il contenuto minimo della relazione ma anche perché essa non è accompagnata da una redazione obbligatoria di una situazione patrimoniale o da una relazione di stima.

Al fine di consentire ai soci un'effettiva conoscibilità della relazione l'articolo in commento (co. 2, seconda parte) dispone che essa debba restare depositata presso la sede durante i trenta giorni che precedono l'assemblea, e finché la trasformazione sia deliberata, ed i soci avranno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia, (per le società quotate v. l'art. 130 Tuf che prevede che i soci hanno il diritto di prendere visione di tutti gli atti depositati presso la sede sociale ed ottenerne copia ma «a proprie spese»); tale termine, in quanto posto a tutela di diritti disponibili dei soci, potrà essere derogato con il consenso unanime degli stessi (59).

Altra questione è invece quella se i soci possano, all'unanimità, rinunciare alla redazione della relazione; or bene la risposta al quesito dipende dalla funzione da attribuire alla relazione stessa.

Poiché essa non è soggetta ad alcuna forma di pubblicità presso il registro delle imprese, sembrerebbe che la sua funzione di informazione pre-assembleare sia rivolta esclusivamente ai soci, i quali ben quindi potranno, disponendo di un proprio interesse, all'unanimità, rinunciare.

Relativamente alla ripartizione del capitale tra i soci, di cui al terzo comma dell'art. 2500-sexies c.c., restano da risolvere alcuni problemi già individuati prima della riforma:

1) trasformazione di s.p.a. in cui esistano diverse categorie di azioni: in tal caso sarà indispensabile che la deliberazione di trasformazione, oltre che dall'assemblea generale, sia approvata anche dall'assemblea speciale degli «appartenenti alla categoria interessata» (cfr. art. 2376 c.c.); in mancanza di tale ultima approvazione la delibera di trasformazione dell'assemblea generale sarà inefficace (60);

2) trasformazione di s.p.a. che ha emesso prestiti obbligazionari a mezzo di obbligazioni convertibili; in tal caso appare condivisibile l'orientamento di chi (61), ritiene applicabile analogicamente il disposto dell'art. 2420-

bis, co. 4 c.c., con conseguente necessità di consentire ai possessori di obbligazioni convertibili il potere di esercitare il diritto di conversione, anticipatamente rispetto ai tempi prestabiliti; in mancanza di tale conversione anticipata la delibera di trasformazione non sarà attuabile;

3) trasformazione di s.p.a. che ha emesso un prestito obbligazionario ordinario; unica soluzione in tal caso per consentire la trasformazione in società diversa dalla s.a.p.a. sarà quella di rimborsare anticipatamente il prestito obbligazionario previa approvazione da parte degli obbligazionisti di detta modifica del prestito obbligazionario (62);

4) trasformazione di s.r.l. che ha emesso titoli di debito ex art. 2483 c.c.; anche in questo caso come in quello precedente la soluzione non potrà che essere ricercata se non in un rimborso anticipato.

5) trasformazione di s.p.a. che ha dato vita ad un patrimonio separato; in tal caso la trasformazione sarà inammissibile salvo che la s.p.a. si trasformi in una s.a.p.a. data la caratteristica di specialità propria della disciplina dei patrimoni separati;

6) trasformazione di s.p.a. che ha emesso strumenti finanziari diversi dalle azioni; in tal caso la trasformazione sarà inammissibile salvo che la s.p.a. si trasformi in una s.a.p.a. o salvo che la delibera di trasformazione sia approvata dall'assemblea speciale dei detentori di strumenti finanziari di partecipazione al patrimonio destinato ad uno specifico affare (art. 2447-octies c.c.) o di strumenti finanziari che conferiscono diritti amministrativi (art. 2376 c.c.).

Nel caso invece di strumenti finanziari privi di diritti amministrativi, e quindi dotati di soli diritti patrimoniali, non è prevista, dal legislatore, l'approvazione dell'assemblea speciale per le delibere che pregiudicano i loro diritti.

Occorre quindi interrogarsi se e a quali condizioni, in presenza di tali ultimi strumenti finanziari, sia deliberabile la trasformazione della società, quesito che impone la soluzione del più generale problema delle condizioni alle quali possano essere modificati i diritti dei titolari di strumenti finanziari privi di diritti amministrativi.

Al riguardo sono ipotizzabili varie soluzioni:

- applicazione analogica dell'art. 2541 c.c., e quindi la decisione spetterebbe all'assemblea speciale;
- immodificabilità da parte della società di alcun diritto dei titolari di strumenti finanziari senza il consenso unanime di tutti costoro,
- modificabilità da parte della società dei diritti dei ti-

Note:

(59) Laurini G., (voce) *Fusioni di società*, in *I Contratti. Principi, formule, procedure*, Milano, Ipsoa, 2003.

(60) Scardulla, *op. cit.*

(61) Rescigno, voce *Fondazione (dir. civ.)*, *op. cit.*

(62) Trib. Treviso 9 ottobre 1985 in *Riv. Dir. Comm.* 1986, II, 430.

tolari di tali strumenti finanziari senza il loro consenso unanime, solo in presenza di determinate condizioni.

La prima soluzione sembra urtare contro la lettera dell'art. 2376 c.c., che prevede l'approvazione dell'assemblea speciale solo per gli strumenti finanziari dotati di diritti amministrativi.

La seconda soluzione pare invece incompatibile con i principi generali in materia societaria che si ispirano alla funzionalità dell'organizzazione sociale cosicché devono ritenersi eccezionali le circostanze in cui sia necessario ottenere il consenso unanime di soggetti comunque interessati all'organizzazione della società.

Non rimane pertanto che ritenere che la soggezione all'organizzazione societaria dei titolari di strumenti finanziari privi di diritti amministrativi implica che essi debbano subire delibere che pregiudichino i loro diritti purché ciò sia oggettivamente giustificato e rispetti il principio di buona fede.

In ogni caso allo scopo di evitare i rischi connessi a tali incertezze interpretative sarebbe opportuno introdurre patizientemente nello statuto un'organizzazione di gruppo anche per gli strumenti finanziari senza diritti amministrativi, in coerenza con la soluzione adottata dall'art. 2541 c.c. Resta comunque l'ulteriore problema generale, che rileva anche in sede di trasformazione, dell'eventuale rimborsabilità dell'apporto sottostante l'emissione degli strumenti finanziari.

A tal riguardo può osservarsi che il diritto alla restituzione della capitalizzazione dell'apporto, competerà senz'altro e senza che occorra una specifica previsione statutaria, ove l'apporto consista in denaro o in beni in natura; qualora invece detto apporto consista in opere o servizi, il diritto alla restituzione del suo valore competerà solo se lo statuto abbia espressamente previsto la patrimonializzazione dell'apporto.

In ogni caso il diritto alla predetta restituzione è suscettibile di essere diminuito od escluso dalla presenza di perdite.

L'ultimo comma dell'art. 2500-*sexies* c.c. in maniera del tutto analoga a quanto previsto dall'art. 2269 c.c., relativo all'ingresso di un nuovo socio in società, relativamente alle obbligazioni sorte anteriormente alla trasformazione, stabilisce che i soci, i quali, a seguito della trasformazione, sono divenuti illimitatamente responsabili, debbano rispondere anche delle obbligazioni sociali sorte anteriormente al momento in cui la trasformazione è efficace, ossia sorte prima che sia stato espletato l'ultimo degli adempimenti pubblicitari prescritti sia dalla disciplina del nuovo tipo di società adottato sia dalla disciplina «per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione» (art. 2500 c.c.).

Come in passato anche successivamente alla riforma si potrebbe sostenere la trasformabilità di società di capitali che abbia integralmente perduto il proprio capitale sociale in considerazione del fatto che la perdita integrale del capitale sociale nelle società personali non determina lo scioglimento della società e della circostanza

che i soci della società trasformata assumono la responsabilità illimitata anche per i debiti sorti anteriormente alla trasformazione (63) (64).

La trasformazione eterogenea da società di capitali

La legge n. 366 del 2001 all'art. 7, co.1, lett. b) delegava il governo a disciplinare possibilità, condizioni e limiti della trasformazione eterogenea dando così credito a recenti orientamenti, anche giurisprudenziali, che avevano individuato nella trasformazione, già sotto il vigore della precedente disciplina, uno strumento generale di risoluzione dei conflitti nelle operazioni di cambiamento della forma giuridica delle imprese (65).

Gli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c. in esecuzione della predetta delega e nell'intento di rendere l'istituto della trasformazione di più ampia utilizzabilità per esigenze di economia degli strumenti giuridici, hanno introdotto una normativa molto innovativa concernente le trasformazioni eterogenee: l'effetto di tale normativa è quello di garantire la possibilità di utilizzare un unico procedimento (di trasformazione) con un unico passaggio e la conservazione in testa all'ente risultante dalla trasformazione dei diritti e degli obblighi dell'ente trasformato in vari casi di modificazione di struttura e di scopo (66).

Proprio nella modificabilità dello scopo e della struttura dell'"ente" deve essere individuata la forza innovativa delle norme in commento che si spinge ben oltre rispetto alla tesi di coloro i quali (67), sotto la vigenza della precedente normativa, estendevano l'applicabilità della trasformazione al di fuori delle società ma a condizione che vi fosse comunanza di scopo (68) (c.d. principio dell'omogeneità causale) e sottintendendo l'esigenza dell'esistenza di un ente almeno dotato di soggettività giuridica.

Nell'ambito della trasformazione eterogenea da società di capitali di cui all'art. 2500-*septies* c.c. è possibile individuare tre diverse ipotesi:

1) cambiamento del tipo unitamente al cambiamento dello scopo per es. la trasformazione da società a responsabilità limitata in società per azioni consortile ed anche ad es. la trasformazione da società per azioni in società cooperative (69);

Note:

(63) Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, III, Cedam, Padova, 1999, 523.

(64) In senso contrario cfr Trib. Napoli 2 ottobre 1997, in *Le Società* 1997, 12.

(65) Santosuosso, *op. cit.*

(66) Santosuosso, *op. cit.*

(67) Cabras, *op. cit.*, 41.

(68) De Angelis, *op. cit.*, 1.

(69) Cass. 6349/1997 e Trib. Torino 26 novembre 1998 in *Giur. It.*, 1999, 569.

2) cambiamento dell'ente: ad es. la trasformazione di società di capitali in consorzi, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni (70);

3) cambiamento dello scopo senza variazione del tipo; ad es. la trasformazione di società per azioni in società per azioni consortile (71).

Il primo comma dell'art. 2500-*septies* c.c. riferendosi genericamente alle "società disciplinate nei i Capi V, VI, VII ecc. ...» lascia irrisolti alcuni problemi relativi all'estensibilità di tale tipo di trasformazione.

Relativamente alla "trasformazione in impresa individuale" c'è chi (72) ritiene non applicabile ad essa l'istituto in esame perché si avrebbe tra l'altro la confusione dei patrimoni, sociale e personale, con conseguente concorso dei creditori della società con i creditori dell'imprenditore come persona fisica.

Si potrebbe anche sostenere che salvo che si voglia attribuire al silenzio del legislatore in merito un valore decisivo, dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di trasformare società di capitali (con unico socio) in impresa individuale in quanto nessuna differenza di rilievo, dal punto di vista della tutela dei creditori e dei terzi, c'è fra la comunione d'azienda, espressamente prevista, e la proprietà esclusiva dell'azienda, non prevista dalla norma in commento.

Inammissibile a causa del silenzio del legislatore appare invece la trasformazione in associazione riconosciuta, inammissibilità da ricondurre forse alla difficoltà di coordinare gli effetti della modificazione statutaria con il procedimento per l'acquisto della personalità giuridica (art. 1 D.P.R. 361/2000) dell'associazione risultante dalla trasformazione (per l'ammissibilità della trasformazione in associazione sportiva già sotto il vigore della precedente normativa (73).

Circa la trasformabilità delle società per azioni unipersonali e delle società a responsabilità limitata unipersonali è condivisibile la tesi di chi (74) subordina l'ammissibilità di una tale trasformazione alla circostanza che per l'ente trasformato sia possibile una costituzione unipersonale o che almeno per esso sia consentita in via transitoria la mancanza della pluralità di soggetti; saranno pertanto inammissibili trasformazioni di s.p.a. o s.r.l. unipersonali in comunioni di azienda, consorzi e associazioni non riconosciute, mentre sarà possibile la trasformazione in fondazioni ed in società consortili unipersonali nelle forme per le quali è prevista l'unipersonalità (società per azioni e società a responsabilità limitata) ed anche non unipersonali con l'obbligo di costituire la pluralità dei soci nei termini indicati dalla legge (75) (76).

Anche per la trasformazione eterogenea può riaffermarsi la natura modificativa e non novativa-costitutiva, come fenomeno che investe la disciplina giuridica e l'organizzazione di un ente societario, senza comportarne l'estinzione, ferma restando l'identità e l'integrità dell'impresa commerciale da essa gestita (77). Sembra fare però eccezione a tale ricostruzione, il caso di trasforma-

zione di società di capitali in comunione di azienda ove le "trasformazione" opera sul piano funzionale, formale e strutturale; in quest'ultima ipotesi pertanto potrà parlarsi di trasformazione o in senso improprio, con la consapevolezza che il legislatore ha esteso la disciplina della trasformazione anche a quest'ipotesi solo per il principio dell'economicità dei mezzi giuridici, oppure ridefinendo i caratteri essenziali dell'istituto.

Nell'ipotesi anzidetta di trasformazione, infatti, l'organizzazione personificata è destinata a venire meno, "trasformandosi" in un rapporto di mera proprietà privata di soggettività in cui non esiste nessun vincolo di destinazione del patrimonio comune all'attività di impresa; in tale ipotesi pertanto non dovranno determinarsi le partecipazioni dei soci nell'ente trasformato, ai sensi dell'art. 2500-*quater* c.c., ma solo le quote di proprietà indivisa di ciascuno dei soci sull'azienda, tutti i rapporti giuridici che facevano capo alla società, si "trasferiscono" con la trasformazione a tutti i comunisti, i quali, ex art. 2500-*sexies*, ult. co. c.c., risponderanno illimitatamente e solidalmente (art. 1294 c.c.) dei debiti sociali sorti anteriormente alla trasformazione (78).

Appare allora evidente che se si vuole ricercare un comun denominatore proprio di tutti i tipi di trasformazione, omogenea ed eterogenea, l'attenzione deve necessariamente spostarsi dall'elemento soggettivo a quello oggettivo; ciò che il nuovo istituto della trasformazione garantisce sempre non è perciò la permanenza di un soggetto giuridico che muta le sue regole organizzative, ma la conservazione dell'identità e dell'integrità dell'impresa commerciale o quanto meno dell'azienda anche in assenza di attività d'impresa (si pensi alla trasformazione da comunione d'azienda a società di capitali); se è all'elemento oggettivo che si guarda, allora ogni tipo di trasformazione, omogenea o eterogenea che sia, avrà come minimo comun denominatore la preservazione del patrimonio aziendale.

Si noti che la trasformazione da società di capitali in comunione d'azienda, oltre che per motivi fiscali come si dirà in seguito, potrebbe avere nella pratica anche un discreto successo potendosi utilizzare dai soci per estinguere la società di capitali ed attribuirsi direttamente i beni sociali in natura senza dover procedere alla messa

Note:

(70) Trib Udine 3 luglio 1997 in *Dir. Fall.* 1998, II, 372.

(71) Trib Pistoia 20 aprile 2000 in *Le Società* 2000, 974.

(72) Santosuoso, *op. cit.*

(73) Trib Napoli 28 febbraio 1998 in *Riv. Not.* 1999, 497.

(74) App. Bologna 30 agosto 1995 in *Giur. Comm.* 1996, II, 783.

(75) App. Milano 15 maggio 1974 in *Riv. Soc.*, 1980, 1237.

(76) Corvese C.G., *La riforma delle società*, Giappichelli, Torino, 2003, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, 303.

(77) Cass. 2736/1995 in *Mass. Giur. Civ.* 1995, 554.

(78) Campobasso, *op. cit.*, 32.

in liquidazione della società; né dall'assenza della fase di liquidazione i creditori sociali potranno ritenersi pregiudicati in quanto adeguatamente tutelati oltre che dalla responsabilità personale illimitata dei comunisti, dal diritto di opposizione di cui all'art. 2500-*novies* c.c..

Qualora la ricostruzione dell'istituto nei termini sopra indicati dovesse essere condivisa è evidente che ne discenderebbero conseguenze formali importanti anche in tema di menzioni urbanistiche che se pacificamente ritenute non necessarie in ipotesi di mutamento di veste giuridica (permanenza di un ente con soggettività o personalità giuridica) diverrebbero invece indispensabili nell'ipotesi di passaggio da un "ente" a un rapporto di mera proprietà e più in generale tutte le volte che la trasformazione dia vita o nasca da realtà prive di qualsiasi soggettività giuridica; si pensi oltre al caso della comunione d'azienda all'ipotesi di trasformazione in impresa individuale o in consorzio con sola attività interna ove ritenuti ammissibili.

Da un punto di vista sistematico v'è invece da rilevare come l'articolo 2500-*septies* c.c. al secondo comma richiama la disciplina dell'art. 2500-*sexies* c.c. (Trasformazione di società di capitali) "in quanto compatibile" con ciò evidenziando che la disciplina dell'articolo richiamato è da considerarsi la disciplina generale in relazione alla quale quella dettata in tema di trasformazione eterogenea si pone come speciale cosicché appare corretto affermare che la trasformazione eterogenea costituisce una specie della più generale trasformazione delle società di capitali.

Da tale costruzione sistematica ne deriva che alla trasformazione eterogenea saranno applicabili tutte le norme della trasformazione omogenea se compatibili e cioè se non esistono norme speciali dettate in tema di trasformazione eterogenea o norme speciali contenute nella disciplina propria dell'ente in cui la società di capitali si trasforma.

Da tale rilievo ne deriva che la delibera deve essere adottata nelle forme e con l'osservanza delle norme previste per le modifiche dello statuto; così nel caso di società per azioni la delibera di trasformazione non rientra nelle materie per le quali lo statuto può attribuire la competenza all'organo amministrativo, al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione; mentre nelle società a responsabilità limitata le modificazioni dell'atto costitutivo sono sottratte alla decisione dei soci dovendo essere deliberate dall'assemblea (cfr. artt. 2479 e 2479-*bis* c.c.)

Senza altro compatibili con la trasformazione eterogenea e pertanto applicabili a quest'ultima appaiono le disposizioni dell'art. 2500-*sexies* co. 2 c.c. relative alla redazione, deposito e visione della relazione degli amministratori di cui si dirà in seguito, nonché alla forme di pubblicità ed al controllo di legittimità, da parte del notaio, della delibera di trasformazione.

Proprio relativamente alla disciplina speciale della trasformazione eterogenea il legislatore per la delibera di

trasformazione, pur non seguendo l'orientamento di chi riteneva assolutamente intangibile, se non all'unanimità, il diritto al mantenimento della cosiddetta causa scopo (79), ha richiesto una maggioranza rafforzata, pari ai due terzi "degli aventi diritto" di voto, con il consenso in ogni caso dei soci che assumono responsabilità illimitata (80), e salvo sempre il diritto di recesso per i soci assenti, astenuti e dissenzienti.

Sotto il profilo delle maggioranze necessarie per la delibera il legislatore ha dettato una disciplina diversa rispetto a quella prevista per la trasformazione omogenea regressiva e cioè da società di capitali in società di persone; infatti pur rinviando l'art. 2500-*septies* all'art. 2500-*sexies*, il legislatore si è preoccupato di prevedere una maggioranza più elevata di quella prevista dall'art. 2369 comma quinto c.c. per le trasformazioni di società per azioni che non facciano ricorso al mercato del capitale di rischio, ed anche più elevata di quella richiesta per le società a responsabilità limitata dall'art. 2479 - *bis* c.c..

Va inoltre rilevato, che a differenza di quanto disposto dall'art. 2500 - *sexies* il legislatore, nell'ipotesi di cui all'art. 2500 - *septies* c.c., non ha previsto che lo statuto possa prevedere maggioranze più elevate.

Ora la mancata espressa previsione di quorum deliberativi volontari maggiori, potrebbe far ritenere che il legislatore, con la previsione di una disciplina espressa e specifica, abbia in tal caso voluto evitare che in tale ipotesi si potesse sfociare in un quorum deliberativo vicino all'unanimità e tale da paralizzare l'assemblea.

V'è però da segnalare che tale preoccupazione dovrebbe aversi in tutti i casi in cui si ammette una deroga volontaria ai quorum deliberativi legali, salvo a voler ritenere che il principio maggioritario in questi casi sarebbe sacrificabile.

Altra chiave di lettura potrebbe allora essere quella che, in forza del richiamo operato dall'art. 2500-*septies* all'art. 2500-*sexies*, ancorché nei limiti della compatibilità, si possa ammettere anche in tale caso una deroga statutaria ai quorum legali interpretando la disposizione dell'art. 2500-*septies* per ciò che dice e per ciò che tace, nel senso che il legislatore ha inteso dettare per l'ipotesi di trasformazione eterogenea un quorum minimo più elevato data la maggior rilevanza sullo scopo dell'ente di tale tipo di trasformazione, non preoccupandosi invece di prevederne una derogabilità in aumento, perché ciò è desumibile, oltre che in senso logico, dal richiamo all'art. 2500-*sexies* c.c.

Altro problema interpretativo inerente i quorum deliberativi riguarda le modalità di calcolo dei voti; in particolare la straordinarietà della norma in esame potreb-

Note:

(79) Santosuoso, *op. cit.*

(80) Tantini G., *Trasformazione e fusione di società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, VIII, Cedam, Padova, 1985, 211.

be non consistere tanto nel richiedere una maggioranza “rafforzata”, rispetto a quella richiesta per la trasformazione omogenea ed eventualmente inderogabile, ma in una deroga al principio maggioritario capitalistico proprio delle società di capitali, in quanto il riferimento agli “aventi diritto” potrebbe intendersi come riferito ad un quorum basato su di una maggioranza numerica o per capi e non di capitale.

Tale deroga, per quanto straordinaria, sembrerebbe confermata dalla lettera della norma e potrebbe avere in fatto delle conseguenze inaccettabili come per es. nel caso di trasformazione di una società per azioni partecipata per il 90% da un solo socio e per il restante 10% da dieci soci in ragione dell'1% di capitale ciascuno; o bene in un tale situazione i dieci soci di minoranza potrebbero deliberare la trasformazione della società, in ipotesi in associazione non riconosciuta, anche qualora il socio di maggioranza dovesse votare in modo contrario; unico correttivo previsto dal legislatore, a tale ipotetica modalità di calcolo del quorum, sarebbe il necessario consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata.

In realtà ragioni di ordine sistematico (il richiamo all'art. 2500-sexies c.c.), oltre che di opportunità, possono coerentemente condurre a ritenere che la maggioranza richiesta dalla norma in commento sia riferibile alla partecipazione al capitale sociale, e ciò non solo per evitare le inaccettabili conseguenze sopra viste, ma in forza dei principi generali dettati in tema di società di capitali, ove i *quorum* necessari per le deliberazioni sono sempre riferiti al capitale sociale.

Coloro che devono necessariamente esprimere il loro consenso saranno coloro i quali in base alla disciplina dell'ente derivante dalla trasformazione assumeranno responsabilità illimitata ad esempio, se la società di capitali si trasforma in una s.n.c. consortile sarà necessario il consenso di tutti i soci; se si trasforma, invece, in un'associazione non riconosciuta sarà necessario il consenso di colui che ne assumerà la presidenza o la direzione, a termini dell'art. 38, co. 2 c.c.; se infine si trasforma in comunione d'azienda sarà necessario il consenso di tutti i comunisti.

Più precisamente la previsione di soci illimitatamente responsabili nell'ente trasformato riguarda essenzialmente le società cooperative con soci a responsabilità illimitata e le società consortili quando il tipo prescelto preveda la responsabilità illimitata dei soci.

Nel caso infatti dei consorzi non è configurabile una responsabilità illimitata istituzionale dei consorziati; la responsabilità solidale del singolo consorziato per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati è infatti un'ipotesi eccezionale disciplinata dall'art. 2615 secondo comma c.c. mentre la regola generale è quella della responsabilità del solo consorzio.

Così anche nel caso delle associazioni non riconosciute la responsabilità solidale prevista dall'art. 38 c.c. riguar-

da solo coloro che hanno agito in nome e per conto dell'ente e non riguarda perciò chi assume solo la qualità di associato, mentre nel caso di fondazione non può neanche ipotizzarsi la qualifica di socio dell'ente.

Per quanto riguarda infine la trasformazione in comunione d'azienda qui non è tecnicamente rinvenibile una responsabilità derivante da un rapporto sociale perché tale non è il rapporto che intercorre tra i comunisti e tale pertanto non può essere la responsabilità solidale degli stessi per le obbligazioni facenti capo alla cosa comune.

Nonostante le precisazioni sopra fatte poiché la *ratio legis* è quella di tutelare con il consenso i soggetti che mutano in senso peggiorativo il loro regime di responsabilità nell'ente “nascente” dalla trasformazione, sarà, ex art. 2500-septies c.c., necessario il consenso di tutti coloro i quali, ancorché non qualificabili come soci, assumano responsabilità personale nell'ente trasformato.

Quanto agli effetti della trasformazione eterogenea da società di capitali l'art. 2500-septies ultimo comma c.c. pur facendo esclusivo riferimento al caso della fondazione sembra doversi interpretare nel senso che ogni trasformazione eterogenea produrrà i suoi effetti trascorso il termine previsto dall'art. 2500-novies c.c. a condizione che al momento della delibera di trasformazione siano rispettate tutte le indicazioni richieste per l'ente risultante dalla trasformazione in quanto qui, a differenza che nella fusione e scissione, nessun altro atto sarà necessario oltre la delibera di trasformazione. Quanto poi alla trasformazione in fondazione la norma in commento dispone che la deliberazione di trasformazione produce gli effetti che il codice civile ricollega all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore e pertanto con la delibera di trasformazione i soci pongono in essere un atto di dotazione; in tale ipotesi infine non sarà evidentemente applicabile l'art. 2500-sexies, co. 3 c.c., in base al quale ciascun socio ha diritto all'assegnazione di una partecipazione proporzionale al valore della sua quota o delle sue azioni in quanto la fondazione non ha natura associativa.

Relativamente alla responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali anteriori alla trasformazione eterogenea, si potrebbe negare tale responsabilità qualora essa dovesse fondarsi sull'applicazione analogica dell'art. 2269 c.c., norma quest'ultima eccezionale e quindi inestensibile analogicamente; sembra però preferibile ritenere applicabile, non analogicamente la predetta norma, ma, in forza del richiamo operato dal secondo comma dell'articolo in commento, l'art. 2500-sexies c.c., che è infatti da considerarsi, come sopra detto, norma di carattere generale e come tale applicabile alla trasformazione eterogenea salvo che con questa sia incompatibile, ciò che non sembra nel caso di specie (81).

Nota:

(81) Cabras, *op. cit.*, 214.

La trasformazione eterogenea in società di capitali

Al pari della trasformazione eterogenea da società di capitali quella in società di capitali di cui all'art. 2500-*octies* c.c. rappresenta un norma innovativa del sistema disciplinante in larga misura un'operazione inversa rispetto all'altra ipotesi di trasformazione eterogenea con la particolarità che nell'ipotesi di trasformazione in società di capitali possono trasformarsi solo associazioni riconosciute mentre nell'articolo precedente sono previste tra gli enti derivanti dalla trasformazione solo le associazioni non riconosciute.

L'articolo in commento non menziona neppure le società cooperative, mentre nell'articolo precedente (art. 2500-*septies*) sono previste tra gli enti derivanti dalla trasformazione le società cooperative.

Per quanto concerne la mancata previsione di trasformazione delle società cooperative essa dipende dal fatto che la trasformazione di tali società, purché non si tratti di cooperative a mutualità prevalente, è disciplinata dall'art. 2545 - *decies* con i limiti particolari previsti dall'art. 2545 - *undecies* c.c. in ordine alla devoluzione del patrimonio ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, e con la possibilità di trasformarsi anche in un consorzio; per tale tipo di trasformazione la relazione governativa chiarisce che la trasformazione ha sempre natura eterogenea indipendentemente dal fatto che l'ente risultante dalla trasformazione sia una società di persone o di capitali.

È appena il caso di osservare che la trasformazione delle società cooperative si caratterizza di una disciplina speciale che ha evidentemente indotto il legislatore a non consentire la trasformazione delle predette società in enti di tipo diverso.

La norma in commento utilizzando il termine generico di "consorzi" determina problemi interpretativi; da alcuni (82) infatti si è ritenuta inestensibile la disciplina della trasformazione in oggetto alla trasformazione dei consorzi con attività interna fondando tale esclusione sul rilievo che in tale tipo di consorzi l'organizzazione comune ha una funzione limitata alla regolamentazione dei rapporti fra i consorziati e non fa sorgere un "ente" dotato di un minimo di soggettività.

Tale interpretazione, a parere di chi scrive, non è condivisibile, e ciò non tanto e solo perché l'interpretazione letterale della norma non sembra imporre limitazioni ma soprattutto perché nel nuovo istituto della trasformazione la presenza di un ente con soggettività o personalità giuridica non è più elemento essenziale; il legislatore infatti ammettendo la trasformazione delle comunioni d'azienda ha mostrato il suo disinteresse per l'esistenza o meno di una struttura organizzativa come elemento essenziale di partenza o di arrivo della trasformazione (83).

Per quanto concerne i consorzi con attività esterna il legislatore ha ampliato l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza che, nel vigore della precedente

normativa, già affermava la legittimità di tale trasformazione sulla base della considerazione che, in seguito all'introduzione dell'art. 2615-ter c.c., i consorzi possono assumere *ab origine* la veste di società e che, comunque, una siffatta trasformazione rientrava nel limite dell'omogeneità della causa (84), estendendo la trasformazione anche da un consorzio a una società lucrativa con uno scopo non consortile.

La trasformazione infine delle società consortili comprende diverse ipotesi che vanno dall'ipotesi del cambiamento del tipo sociale senza cambiamento dello scopo che permane consortile (trasformazione di srl consortile in spa consortile) a quella di trasformazione con cambiamento dello scopo e del tipo (trasformazione di s.p.a. consortile in s.r.l. lucrativa) o ancora la trasformazione della società consortile con cambiamento dello scopo senza cambiamento del tipo (trasformazione di s.p.a. consortile in s.p.a. lucrativa) (per la trasformazione delle società cooperative consortili cfr. l'art. 2545-*decies* c.c.).

Quanto alla trasformazione delle comunioni di azienda va rilevato come la prevalente dottrina, nella vigenza della normativa ante riforma, riteneva che in tale ipotesi si fosse fuori dall'ambito della trasformazione in senso tecnico in quanto in presenza di una fattispecie novativa (85); relativamente alla nuova disciplina valgono le considerazioni sopra fatte circa il mutamento dell'istituto della trasformazione che sposta l'attenzione dall'elemento soggettivo, modifica delle regole organizzative di un determinato soggetto di diritto, all'elemento oggettivo del mantenimento e della continuazione/conservazione dell'impresa/dell'azienda sociale.

Per rispettare le direttive della Legge delega sulla imprenditorializzazione il legislatore ha previsto la trasformazione delle associazioni riconosciute in società di capitali, ma al tempo stesso volendo venire incontro alle esigenze del settore associazionistico, ed in particolare del volontariato, di mantenere la propria credibilità di fronte al pubblico (86) ha, al terzo comma dell'art. 2500-*octies* c.c., posto limiti alla trasformabilità di tali associazioni.

Tali limiti possono derivare dalla legge o dall'atto costitutivo, rimettendo così all'autonomia privata la scelta di vietare espressamente che un ente sorto per il perseguimento di finalità ideali, nel corso della sua vita, possa cambiare scopo, divenendo un ente con causa lucrativa, e ancora dalla circostanza di aver ricevuto, l'ente, contributi pubblici ovvero liberalità e oblazioni dal pubblico (analoga previsione antielusiva è presente, pe-

Note:

(82) Corvese, *op. cit.*, 399.

(83) Maltoni, *op. cit.*

(84) Tantini, voce *Trasformazione di società*, *op. cit.*

(85) Campobasso, *op. cit.*, 32.

(86) Santosuosso, *op. cit.*

raltro, anche in materia di società cooperative cfr. l'art. 2545-*decies* c.c.).

Infine in materia di diritto transitorio il legislatore ha previsto all'art. 223-*octies* disp. trans., che le associazioni costituite prima dell'entrata in vigore della riforma possano trasformarsi solo quando tale cambiamento non comporti distrazione, dalle originarie finalità, di fondi o valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione; qualora l'associazione abbia potuto costituire fondi in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione, la trasformazione è consentita solo nel caso in cui siano previamente versate le relative imposte.

Per quanto concerne invece l'esclusione delle associazioni non riconosciute dal tipo di trasformazione in commento, essa non è facilmente interpretabile; non si comprende infatti perché se tale tipo di trasformazione è consentita a soggetti di diritto privi di soggettività, come i consorzi e persino alle comunioni d'azienda e se le associazioni non riconosciute sono previste nell'inversa ipotesi di trasformazione eterogenea da società di capitali, perché il legislatore le abbia volute escludere.

Tale esclusione appare ancor più incomprensibile ove si consideri che tale tipo di trasformazione (di associazioni non riconosciute) già sotto il vigore della precedente normativa, ed anche prima che la legge 23 marzo 1981, n. 91 all'art. 15 prevedesse agevolazioni fiscali per tale tipo di trasformazione delle associazioni sportive, era da parte della giurisprudenza ammessa (87).

La trasformazione della fondazione di cui all'art. 2500-*octies* c.c. nulla ha a che vedere con quella disciplinata dall'art. 28 c.c. quale strumento alternativo all'estinzione dell'ente, in quanto quest'ultima non riguarda la struttura e l'organizzazione dell'ente, bensì concerne il cambiamento dello scopo originario, in quanto esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità.

La trasformazione di cui all'articolo in commento non realizza invece un semplice mutamento di scopo, ma modifica la causa del negozio costitutivo, da ideale a lucrativa.

Anche per la trasformazione delle fondazioni costituite prima dell'entrata in vigore della riforma è posto il limite di cui all'art. 223-*octies* disp. trans. (per le fondazioni bancarie v. l'art. 223-*octies*, co. 2, disp. att.).

Il secondo comma dell'art. 2500-*octies* c.c. relativamente alla "decisione" di trasformazione ha diversificato i quorum a seconda dei tipi di ente; per i consorzi, la deliberazione di trasformazione deve essere adottata a maggioranza assoluta dei consorziati (in deroga all'art. 2607 c.c. per le modifiche dello statuto ed all'art. 2611, co.1, n. 3 c.c., per lo scioglimento anticipato), per le comunioni di azienda sarà necessaria l'unanimità; per le società consortili, la deliberazione deve essere adottata con la maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato e pertanto se si tratta di società di persone sarà necessaria l'unanimità (art. 2272, co. 1, n. 3 c.c.), se invece si tratta di società

di capitali si applicheranno i quorum previsti per l'assemblea straordinaria (artt. 2368 e s. c.c.); per le associazioni saranno necessarie le maggioranze previste dalla legge e dall'atto costitutivo anche se allo stato non risulta che codice civile o leggi speciali indichino tali maggioranze; per le fondazioni la trasformazione sarà decisa dall'autorità governativa, su proposta dell'organo competente, organo che dovrà essere indicato nell'atto costitutivo (cfr. l'art. 16 c.c.).

Quanto alla forma della "decisione" di trasformazione e al suo contenuto sarà applicabile l'art. 2500 co. 1 c.c., norma di carattere generale applicabile ad ogni tipo di trasformazione ed altrettanto applicabile alla fattispecie in esame appare l'art. 2500-*ter*, co.2 c.c., relativo alle modalità di determinazione del capitale sociale della società risultante dalla trasformazione e alla relazione di stima essendo quest'ultima norma inderogabile a tutela di interessi generali.

Appare infine estensibile anche alle fondazioni la disposizione di cui al terzo comma dell'articolo in commento e pertanto sarà da considerarsi legittima la previsione in un atto di fondazione di una clausola che impedisca la trasformazione della stessa e ciò sia per applicazione analogica, sussistendo evidentemente la medesima esigenza in ogni ente morale, associazione o fondazione che sia, ma anche per la considerazione che nella disciplina delle fondazioni appare preminente la volontà del fondatore (cfr. l'art. 28 c.c.).

Per quanto concerne la ripartizione delle azioni o quote di partecipazione nella società derivante dalla trasformazione l'articolo in commento per le associazioni dispone che il capitale è diviso in parti uguali fra gli associati, salvo diverso accordo tra gli stessi; mentre per le fondazioni, che le stesse sono assegnate secondo le disposizioni dell'atto di fondazione o, in mancanza, dell'art. 31 c.c. e pertanto le azioni o partecipazioni dovranno essere assegnate in conformità dell'atto costitutivo o dello statuto (cfr. l'art. 31, co. 1 c.c.) e in mancanza di tale previsione provvederà l'autorità governativa, attribuendole ad altri enti che hanno fini analoghi (cfr. l'art. 31, co. 2 c.c.). Inapplicabile invece alla fattispecie in oggetto appare l'ultimo comma dell'articolo 31 c.c. in quanto i creditori della fondazione trovano una specifica tutela nel diritto di opposizione di cui all'articolo 2500-*novies* co. 2 c.c..

L'art. 2500-*octies* c.c. tace invece circa l'assegnazione delle quote o delle azioni in caso di trasformazione di consorzi, società consortili o comunioni di azienda. Nei consorzi sembra corretto seguire le indicazioni fornite nel contratto di consorzio circa le quote di partecipazione al fondo consortile, per le società consortili: se di capitali, si seguirà la medesima ripartizione del capitale sociale, se di persone troverà applicazione la disposizione di cui all'2500-*quater* c.c.; infine, nell'ipotesi di tra-

Nota:

(87) Trib. Napoli 14 febbraio 1998 in *Le Società* 1998, 826.

sformazione di comunioni di azienda si farà riferimento alle quote di proprietà di ciascuno nella cosa comune.

A tutte le trasformazioni eterogenee sono applicabili le disposizioni generali di cui agli articoli da 2498 a 2500-bis c.c. e pertanto l'atto di trasformazione è soggetto alla disciplina prevista per il tipo societario adottato ed alle forme di pubblicità relative, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione; pertanto nell'ipotesi di trasformazione da associazione riconosciuta o fondazione, l'atto di trasformazione dovrà essere iscritto anche nel relativo registro delle persone giuridiche.

L'applicabilità analogica della disciplina della trasformazione eterogenea "da" e "in" società di capitali

Vigente il vecchio regime della trasformazione il limite dell'estensibilità dell'istituto era individuato, anche se con diverse sfumature, nel c.d. principio di omogeneità causale che portava a considerare inammissibili quei tipi di trasformazione che comportavano l'adozione di schemi organizzativi volti al perseguimento di scopi incompatibili con quelli originari dell'ente trasformato (88).

La necessità dell'omogeneità causale è oggi superata dalle disposizioni in tema di trasformazione eterogenea ed è pertanto indispensabile stabilire se le predette norme abbiano natura eccezionale, e pertanto inapplicabili in via analogica, oppure esprimano un principio generale estensibile in quanto tale ad ipotesi non espressamente previste.

In linea generale può affermarsi che il solo silenzio del legislatore non sembra decisivo per escludere l'applicabilità della disciplina dell'istituto in oggetto poiché ciò porterebbe per es. ad escludere anche la trasformazione tra società di persone o tra società di capitali non espressamente prevista ma pacificamente ammessa anche sotto la vigenza della precedente normativa.

Se da un lato infatti appare più problematica l'applicabilità della predetta normativa ai casi di trasformazione reciproca di associazioni, consorzi, comunioni d'azienda e fondazioni stante la collocazione della disciplina nell'ambito delle società lucrative, dall'altro qualora nella fattispecie, ancorché non espressamente prevista, sia coinvolta una società tale estensione non sembra così scandalosa.

Volendo affrontare solo alcune delle ipotesi alle quali poter estendere analogicamente la disciplina della trasformazione eterogenea, iniziamo dall'ipotesi di trasformazione eterogenea di società di persone, non espressamente prevista dall'articolo 2500-septies c.c.; a tal proposito va anzitutto rilevato come la relazione di accompagnamento alla riforma abbia precisato che la disciplina di cui agli articoli 2500-septies c.c. e seguenti debba considerarsi applicabile "soltanto quando si trasformi o risulti dalla trasformazione una società di capitali".

Nonostante tali chiare indicazioni, tale impostazione non ha giustificazioni di natura tecnico-giuridica ma rivela solo il favor mostrato dal legislatore per le società di capitali; perciò essa sola non sembra decisiva per escludere l'applicazione anche alle società di persone dell'istituto della trasformazione eterogenea.

A conforto di tale tesi, oltre l'inesistenza di principi che né escluderebbero l'ammissibilità, da un punto di vista pratico va rilevato che l'eventuale opzione dell'inammissibilità costringerebbe le società di persone ad un doppio passaggio: trasformazione in società di capitali e trasformazione di quest'ultima in altro ente, disattendendo così il principio dell'economicità degli strumenti giuridici, uno dei principi sottesi all'introduzione della trasformazione eterogenea.

Ammissibile appare anche la trasformazione da un consorzio in società consortile e viceversa, tale convinzione si fonda sul rilievo che, se è ammessa la trasformazione da società di capitali a consorzio e viceversa, con mutamento quindi dello scopo e dell'ente, non si vede perché escludere una trasformazione nella quale uno solo dei predetti caratteri (l'ente) subirebbe una modifica. Altrettanto ammissibile appare la trasformazione di comunione d'azienda in società consortile e società cooperativa, in quanto un tale tipo di trasformazione, sotto il vigore della precedente normativa, sarebbe stato inammissibile, non tanto per difetto di omogeneità causale, ma perché si riteneva che per parlarsi di trasformazione fosse indispensabile l'esistenza di un ente da trasformare (89); dopo l'introduzione della c.d. trasformazione eterogenea tale principio parrebbe venuto meno, considerata l'espressa previsione della trasformazione da e in comunione d'azienda.

All'estensione delle disciplina della trasformazione eterogenea a ipotesi non espressamente previste, anche diverse da quelle sopra richiamate, è però connesso il problema dell'estensibilità, anche a tali ipotesi, del diritto di opposizione previsto dall'art. 2500-novies c.c. che costituisce norma a tutela dei creditori, cosicché in tanto tali atipiche ipotesi di trasformazione saranno ammissibili in quanto sia applicabile ad esse il sistema dell'opposizione dei creditori.

Ora si potrebbe sostenere che l'unico limite rinvenibile per ammettere l'applicazione analogica dell'art. 2500-novies c.c. è quello derivante dall'operatività stessa della disposizione e cioè la necessità che l'ente trasformato deve essere soggetto ad iscrizione obbligatoria in un pubblico registro, decorrendo il termine per l'opposizione dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2500.

A ben vedere forse anche nel caso in cui tale requisito di pubblicità manchi (ad es. trasformazione di associazione non riconosciuta) si potrebbe arrivare a sostenere

Note:

(88) Tantini, *Trasformazione e fusione di società*, op. cit..

(89) Tantini, *Trasformazione e fusione di società*, op. cit..

che il sistema di tutela di cui all'art. 2500-*novies* c.c. possa essere sostituito dal consenso espresso di tutti i creditori legittimati all'opposizione o dal pagamento di quelli che informati della trasformazione, non vi abbiano consentito.

Tale ultima possibilità sembrerebbe confermata dallo stesso art. 2500-*novies* c.c. il quale, riferendosi in generale alla trasformazione eterogenea, di fatto rinvia ad ipotesi come la trasformazione da comunione d'azienda e da consorzi (senza attività esterna) nelle quali non è prevista per l'ente trasformato alcuna forma di pubblicità (90).

Passando ora ad analizzare la norma di cui all'art. 2500-*novies* c.c. essa è da considerarsi norma di equilibrio del sistema che contrappone allo spirito liberista della riforma, portante un'esaltazione dell'autonomia privata in campo di scelte imprenditoriali, la tutela per quei soggetti (creditori) che da tali scelte imprenditoriali potrebbe avere pregiudizio (91).

A tutela dei diritti dei terzi, in particolare creditori, quindi l'articolo in commento prevede che la trasformazione eterogenea, (tanto quella "da" che "in" società di capitali), abbia efficacia dopo sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari ex art. 2500 c.c., salvo consti il consenso dei creditori, o il pagamento di quelli che non hanno dato il loro consenso. È sempre fatto salvo il diritto di fare opposizione ed in tal caso si applicherà inderogabilmente, per la certezza dei rapporti, la norma dell'ultimo comma dell'art. 2445 c.c. (norma quest'ultima richiamata anche nella fusione (cfr. l'art. 2503 c.c.) e nella scissione (cfr. l'art. 2506-*ter*, ult. co. c.c.))

La *ratio* del diritto di opposizione dei creditori non è dissimile da quella dell'opposizione in caso di riduzione del capitale sociale nelle società per azioni (cfr. l'art. 2445 c.c.) e nelle società a responsabilità limitata (cfr. l'art. 2482 c.c.), ed è pertanto anch'esso subordinato all'esistenza di un pregiudizio per i creditori (92) (v. anche l'art. 2445, ult. c. c.c. che prende in considerazione il "pericolo di pregiudizio" per i creditori) che andrà valutato in concreto.

Da notare infine come la tutela dei creditori sociali attraverso il diritto di opposizione differisce rispetto a quella loro riconosciuta nella procedura di liquidazione, giacché non si applica l'art. 2280 c.c. che dispone: « I liquidatori non possono ripartire tra i soci, neppure parzialmente, i beni sociali, finché non siano pagati i creditori della società o non siano accantonate le somme necessarie per pagarli », ma viene imposto ai creditori stessi l'onere di assumere l'iniziativa dell'opposizione.

In caso di opposizione da parte dei creditori, si applica l'ultimo comma dell'art. 2445 c.c. in base al quale, « Il tribunale, qualora ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia apprestato idonea garanzia, dispone che la riduzione (nel nostro caso la trasformazione) abbia luogo nonostante l'opposizione ».

La deliberazione di trasformazione eterogenea è soggetta pertanto ad una condizione sospensiva dell'efficacia consistente nella mancata opposizione da parte dei creditori, condizione che potrà dirsi verificata o alla scadenza del sessantesimo giorno, se nessun creditore ha esercitato il diritto di opposizione, o, se vi è opposizione, al momento del passaggio in giudicato della sentenza che respinge l'opposizione, ovvero della fine del processo, ovvero al momento del pagamento del/i credito/i, ovvero ancora all'ottenimento dell'autorizzazione del tribunale ai sensi dell'art. 2445, ult. co. c.c., o infine nel momento in cui l'ultimo creditore legittimato all'opposizione ha espresso il proprio consenso.

Non sembra potersi ipotizzare che l'opposizione possa invalidare la deliberazione di trasformazione e ciò in quanto l'art. 2500-*bis* c.c. prevede che una volta che sono stati adempiuti gli obblighi di pubblicità, l'invalidità della trasformazione non può essere pronunciata.

Durante la pendenza della condizione l'ente resterà soggetto al regime ante trasformazione e non potrà adottare altre deliberazioni incompatibili con la "decisione" di trasformarsi.

Novità fiscali in tema di trasformazione eterogenea

Con il D.Lgs 12 dicembre 2003 n. 344 è stata riformata l'imposizione sul reddito delle società in attuazione della delega contenuta nell'art. 4 della legge 7 aprile 2003 n. 80 ed è stato riapprovato un nuovo testo del D.P.R. 917/1996 (testo unico delle imposte sui redditi).

Per quanto qui interessa i nuovi artt. 170 e 171 del t.u.i.r. disciplinano, il primo tutte le trasformazioni non eterogenee, ed il secondo le trasformazioni eterogenee di cui agli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c. statuendo in sintesi quanto segue:

- a) in caso di trasformazione di società di capitali in ente non commerciale (art. 2500-*septies* c.c.) i beni della trasformata società devono considerarsi realizzati al valore normale con conseguente realizzazione, a seguito della trasformazione, di plusvalenze;
- b) in caso di trasformazione di ente non commerciale in società di capitali (art. 2500-*octies* c.c.) il passaggio del patrimonio alla società "nascente" dalla trasformazione si considera conferimento e quindi anch'esso darà luogo a realizzo di plusvalenze;
- c) in caso di trasformazione tra società commerciali e cioè nel caso di trasformazione da società di capitali in società cooperativa e viceversa l'operazione rientrerà nel regime di neutralità fiscale di cui all'art. 170 del t.u.i.r.;

Note:

(90) Maltoni, *op. cit.*.

(91) Maltoni, *op. cit.*.

(92) Simonetto, *op. cit.*, 33.

d) in caso infine di trasformazione di società di capitali in comunione d'azienda

(art. 2500-septies c.c.) saranno applicabili le disposizioni sull'affitto dell'unica azienda da parte di imprenditore individuale (art. 67 comma 1, lettera h del t.u.i.r.) e pertanto la trasformazione non comporterà realizzo immediato di plusvalenze ma in caso di successiva cessione parziale o totale dell'azienda da parte degli ex soci, le relative plusvalenze saranno tassate come redditi diversi (93).

Evidentemente dall'interpretazione delle nuove norme fiscali dipenderà, da un punto di vista pratico, il successo o meno della trasformazione eterogenea soprattutto considerando che la predetta disciplina fiscale dovrà essere applicata analogicamente alle svariate ipotesi di trasformazione eterogenea non espressamente previste dal legislatore ma che come sopra detta sembrerebbero ammissibili alla luce delle profonde innovazioni apportate dalla riforma in materia.

Nota:

(93) Si riportano i nuovi artt. 170 e 171 del T.U.I.R. nel testo in vigore dal 1° gennaio 2004, pubblicato nella *Gazz. Uff.* 31 dicembre 1986, n. 302, S.O.:

“Capo III - Operazioni straordinarie

Articolo 170 [ex 122]

Trasformazione della società.

1. La trasformazione della società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento.

2. In caso di trasformazione di una società soggetta all'imposta di cui al Titolo II in società non soggetta a tale imposta, o viceversa, il reddito del periodo compreso tra l'inizio del periodo di imposta e la data in cui ha effetto la trasformazione è determinato secondo le disposizioni applicabili prima della trasformazione in base alle risultanze di apposito conto economico.

3. Nel caso di trasformazione di una società non soggetta all'imposta di cui al Titolo II in società soggetta a tale imposta le riserve costituite prima della trasformazione con utili imputati ai soci a norma dell'articolo 5, se dopo la trasformazione siano state iscritte in bilancio con indicazione della loro origine, non concorrono a formare il reddito dei soci in caso di distribuzione e l'imputazione di esse a capitale non comporta l'applicazione del comma 6 dell'articolo 47.

4. Nel caso di trasformazione di una società soggetta all'imposta di cui al Titolo II in società non soggetta a tale imposta le riserve costituite prima della trasformazione, escluse quelle di cui al comma 5 dell'articolo 47, sono imputate ai soci, a norma dell'articolo 5:

a) nel periodo di imposta in cui vengono distribuite o utilizzate per scopi diversi dalla copertura di perdite d'esercizio, se dopo la trasformazione siano iscritte in bilancio con indicazione della loro origine;

b) nel periodo di imposta successivo alla trasformazione, se non siano iscritte in bilancio o vi siano iscritte senza la detta indicazione.

5. Le riserve di cui al comma 4 sono assoggettate ad imposta secondo il regime applicabile alla distribuzione delle riserve delle società di cui all'articolo 73.

Articolo 171

Trasformazione eterogenea.

1. In caso di trasformazione, effettuata ai sensi dell'articolo 2500-septies del codice civile, di una società soggetta all'imposta di cui al Titolo II in ente non commerciale, i beni della società si considerano realizzati in base al valore normale, salvo che non siano confluiti nell'azienda o complesso aziendale dell'ente stesso. Le riserve costituite prima della trasformazione, escluse quelle di cui al comma 5 dell'articolo 47, sono assoggettate a tassazione nei confronti dei soci o associati:

a) nel periodo di imposta in cui vengono distribuite o utilizzate per scopi diversi dalla copertura di perdite d'esercizio, se dopo la trasformazione sono iscritte in bilancio con indicazione della loro origine;

b) nel periodo d'imposta successivo alla trasformazione, se non iscritte in bilancio ovvero iscritte senza la detta indicazione. In caso di trasformazione in comunione di azienda si applicano le disposizioni dell'articolo 67, comma 1, lettera h). Si applicano le disposizioni del comma 5 dell'articolo 170.

2. La trasformazione, effettuata ai sensi dell'articolo 2500-octies del codice civile, di un ente non commerciale in società soggetta all'imposta di cui al Titolo II si considera conferimento limitatamente ai beni diversi da quelli già compresi nell'azienda o complesso aziendale dell'ente stesso.

Cooperative

La società cooperativa europea

REGOLAMENTO (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003, relativo allo statuto della società cooperativa europea (SCE)

(G.U. n. L 207 del 18 agosto 2003)

IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,
visto il trattato che istituisce la Comunità europea,
in particolare l'articolo 308,
vista la proposta della Commissione,
visto il parere del Parlamento europeo,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo,

considerando quanto segue:

(1) Il Parlamento europeo ha adottato il 13 aprile 1983 una risoluzione sulle cooperative nella Comunità europea, il 9 luglio 1987 una risoluzione sul contributo delle cooperative allo sviluppo regionale, il 26 maggio 1989 una risoluzione sul ruolo delle donne nelle cooperative e nelle iniziative locali per l'occupazione, l'11 febbraio 1994 una risoluzione sul contributo delle cooperative allo sviluppo regionale e il 18 settembre 1998 una risoluzione sul ruolo delle cooperative nella crescita dell'occupazione femminile.

(2) Il completamento del mercato interno e i miglioramenti che quest'ultimo apporta alla situazione economica e sociale nella Comunità rendono necessario non solo la rimozione degli ostacoli agli scambi ma altresì l'adeguamento delle strutture produttive alla dimensione comunitaria. A tal fine è essenziale che tutte le imprese, le cui attività non siano limitate solo al soddisfacimento di esigenze locali, siano in grado di programmare e di effettuare la riorganizzazione delle loro attività su scala comunitaria.

(3) Il quadro giuridico entro cui le imprese dovrebbero esercitare le loro attività nella Comunità è ancora in gran parte basato sulle legislazioni nazionali e pertanto non corrisponde al contesto economico entro cui tali attività dovrebbero svilupparsi affinché siano raggiunti gli obiettivi di cui all'articolo 18 del trattato. Tale situazione ostacola in modo considerevole la creazione di gruppi costituiti da società di diversi Stati membri.

(4) Il Consiglio ha adottato il regolamento (CE) n. 2157/2001 che stabilisce la forma giuridica della Società europea (SE) secondo i principi generali previsti per le società per azioni. Questo non è uno strumento adeguato alle specificità delle cooperative.

(5) Il Gruppo europeo di interesse economico (GEIE) previsto dal regolamento (CEE) n. 2137/85 permette sì alle imprese di promuovere in comune talune attività nel rispetto della loro autonomia, ma non

per questo risponde alle esigenze specifiche della vita cooperativa.

(6) La Comunità, nell'intento di assicurare pari condizioni di concorrenza e contribuire al proprio sviluppo economico, dovrebbe dotare le cooperative, enti comunemente riconosciuti in tutti gli Stati membri, di strumenti giuridici adeguati e idonei a facilitare lo sviluppo delle loro attività transnazionali. Le Nazioni Unite hanno esortato tutti i governi a garantire un contesto favorevole, in cui le cooperative possono operare in condizioni di parità rispetto ad altre forme di imprese.

(7) Le cooperative sono innanzi tutto gruppi di persone o persone giuridiche disciplinati da principi di funzionamento particolari, diversi da quelli applicabili agli altri operatori economici, tra cui il principio della struttura e del controllo democratici e la distribuzione degli utili netti d'esercizio su base equa.

(8) Detti principi particolari riguardano in particolare il principio della preminenza della persona che si riflette nelle norme specifiche riguardanti le condizioni di ammissione, di recesso e di esclusione dei soci; esso si concreta nella regola "una persona, un voto", nel senso che il diritto di voto è inerente alla persona; esso implica che i soci non possono esercitare diritti sugli attivi delle cooperative.

(9) Le cooperative hanno un capitale sociale e i loro soci possono essere sia persone sia imprese. I soci possono essere tutti, o in parte, clienti, dipendenti o fornitori. Una cooperativa costituita da soci che sono a loro volta società cooperative è detta "di secondo grado". In taluni casi le cooperative possono anche ammettere come soci una determinata proporzione di soci sovventori non utilizzatori o di terzi che usufruiscono dell'attività delle cooperative o che svolgono un lavoro per conto di esse.

(10) La Società cooperativa europea (in seguito denominata SCE) dovrebbe avere per oggetto principale il soddisfacimento dei bisogni dei propri soci e/o la promozione delle loro attività economiche e/o sociali nel rispetto dei principi seguenti:

– le attività della SCE dovrebbero essere finalizzate al reciproco vantaggio dei soci, affinché ciascuno di essi possa usufruire di tali attività in base alla propria partecipazione,

– i soci dovrebbero essere anche clienti, dipendenti

o fornitori o essere comunque coinvolti nelle attività della SCE,

– il controllo dovrebbe essere equamente ripartito tra i soci; tuttavia può essere consentito un voto ponderato, che riflette il contributo di ciascun socio alla SCE,

– il tasso di rendimento del capitale conferito e delle partecipazioni dovrebbe essere limitato,

– gli utili dovrebbero essere ripartiti in funzione delle attività svolte con la SCE o essere destinati al soddisfacimento dei bisogni dei soci,

– non dovrebbero esserci ostacoli artificiali all'ammissione dei soci,

– in caso di liquidazione l'attivo netto e le riserve nette dovrebbero essere devolute in funzione del principio di devoluzione disinteressata, ossia a un'altra entità cooperativa avente finalità o obiettivi di interesse generale analoghi.

(11) La cooperazione transnazionale tra cooperative è ostacolata attualmente nella Comunità da difficoltà di ordine giuridico ed amministrativo, che in un mercato senza frontiere dovrebbero essere eliminate.

(12) L'introduzione di una forma giuridica europea per le cooperative, fondata su principi comuni ma adeguata alle loro specificità, dovrebbe consentire loro di svolgere la propria attività al di là delle frontiere nazionali, su tutto il territorio della Comunità o su parte di esso.

(13) Lo scopo essenziale del presente regolamento è di consentire che persone fisiche residenti in Stati membri diversi o persone giuridiche costituite in base alla legislazione di Stati membri diversi possano costituire una SCE. Esso rende inoltre possibile la costituzione di una SCE mediante fusione di due cooperative esistenti o mediante trasformazione di una cooperativa nazionale nella nuova forma senza passare per uno scioglimento, qualora questa abbia la sede sociale e l'amministrazione centrale in uno Stato membro ed una filiazione o una succursale in un altro Stato membro.

(14) Tenuto conto della specifica natura comunitaria della SCE, il regime della "sede reale" adottato per la SCE con il presente regolamento non pregiudica le legislazioni degli Stati membri né le scelte che potranno essere fatte per altri testi comunitari in materia di diritto delle società.

(15) Nel presente regolamento il termine capitale dovrebbe riferirsi unicamente al capitale sottoscritto e non a eventuali attivi comuni/mezzi propri della SCE non distribuiti.

(16) Il presente regolamento non include altri settori del diritto quali la fiscalità, la concorrenza, la proprietà intellettuale o l'insolvenza. Pertanto nei settori su indicati e in altri settori non contemplati dal presente regolamento si applicano le disposizioni normative degli Stati membri e comunitarie.

(17) Le norme sul coinvolgimento dei lavoratori nella società cooperativa europea figurano nella direttiva 2003/72/CE; le disposizioni di quest'ultima formano

pertanto un complemento indissociabile del presente regolamento e devono essere applicate in concomitanza.

(18) I lavori per ravvicinare il diritto societario degli Stati membri hanno compiuto progressi ragguardevoli, il che consente per quanto riguarda la SCE, in settori per cui la sua attività non richiede norme comunitarie uniformi, di fare riferimento, per analogia, a talune disposizioni dello Stato membro della sede sociale della SCE adottate ai fini dell'attuazione delle direttive sulle società commerciali, nella misura in cui tali disposizioni sono conformi alle norme che disciplinano la SCE, e in particolare:

– prima direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, del trattato, per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi,

– quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, relativa ai conti annuali di taluni tipi di società,

– settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1983, relativa ai conti consolidati,

– ottava direttiva 84/253/CEE del Consiglio, del 10 aprile 1984, relativa all'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili,

– undicesima direttiva 89/666/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativa alla pubblicità delle succursali create in un Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato.

(19) Le attività nel settore dei servizi finanziari, specie per quanto riguarda gli enti creditizi e le imprese di assicurazione, sono state oggetto di misure legislative previste dalle seguenti direttive:

– direttiva 86/635/CEE del Consiglio, dell'8 dicembre 1986, relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari,

– direttiva 92/49/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita (terza direttiva assicurazione non-vita).

(20) Il ricorso al presente statuto dovrebbe essere facoltativo,

HA ADOTTATO IL PRESENTE REGOLAMENTO:

CAPO I DISPOSIZIONI GENERALI

Articolo 1 *Natura della SCE*

1. Nel territorio della Comunità possono essere costituite società cooperative in forma di Società cooperative europee (SCE) nell'osservanza delle condizioni e modalità previste dal presente regolamento.

2. La SCE è una società il cui capitale sottoscritto è diviso in quote.

Il numero dei soci e il capitale della SCE sono variabili.

Salvo diversa disposizione dello statuto della SCE al momento della costituzione di tale SCE, ciascun socio risponde soltanto nei limiti del capitale sottoscritto. Ove i soci della SCE hanno responsabilità limitata, la denominazione della SCE terminerà in "a responsabilità limitata".

3. La SCE ha per oggetto principale il soddisfacimento dei bisogni e/o la promozione delle attività economiche e sociali dei propri soci, in particolare mediante la conclusione di accordi con questi ultimi per la fornitura di beni o di servizi o l'esecuzione di lavori nell'ambito dell'attività che la SCE esercita o fa esercitare. La SCE può inoltre avere per oggetto il soddisfacimento dei bisogni dei propri soci, promovendone nella stessa maniera la partecipazione ad attività economiche, come precedentemente indicato, di una o più SCE e/o di cooperative nazionali. La SCE può svolgere le sue attività attraverso una succursale.

4. Salvo disposizioni contrarie dello statuto, la SCE non può ammettere terzi non soci a beneficiare delle proprie attività o a partecipare alla realizzazione delle proprie operazioni.

5. La SCE è dotata di personalità giuridica.

6. Il coinvolgimento dei lavoratori in una SCE è disciplinato dalle disposizioni contenute nella direttiva 2003/72/CE.

Articolo 2 *Costituzione*

1. La SCE può essere costituita in uno dei seguenti modi:

- da almeno cinque persone fisiche residenti in almeno due Stati membri,

- da almeno cinque persone fisiche e società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, del trattato, nonché da altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato costituite conformemente alla legge di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale in almeno due Stati membri diversi o siano soggette alla legge di almeno due Stati membri diversi,

- da società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, del trattato e altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato costituite conformemente alla legge di uno Stato membro che siano soggette alla giurisdizione di almeno due Stati membri diversi,

- mediante fusione di cooperative costituite secondo la legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità, se almeno due di esse sono soggette alla legge di Stati membri diversi,

- mediante trasformazione di una cooperativa, co-

stituita secondo la legge di uno Stato membro ed avente la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità, se ha da almeno due anni una filiazione o una succursale soggetti alla legge di un altro Stato membro.

2. Uno Stato membro può prevedere che un'entità giuridica la cui amministrazione centrale non si trovi all'interno della Comunità possa partecipare alla costituzione di una SCE, a condizione che tale entità sia costituita in base alla legge di uno Stato membro, abbia la propria sede sociale in questo stesso Stato membro e presenti un legame effettivo e continuato con l'economia di uno Stato membro.

Articolo 3 *Capitale minimo*

1. Il capitale della SCE è espresso nella valuta nazionale. Anche una SCE che ha la sede sociale in un paese al di fuori della zona euro può redigere i conti in euro.

2. Il capitale sottoscritto deve essere di almeno 30000 EUR.

3. Qualora la legge di uno Stato membro prescriva la sottoscrizione di un capitale più elevato per le entità giuridiche che esercitano determinati tipi di attività, tale legge si applica alle SCE che hanno la sede sociale in tale Stato membro.

4. Lo statuto determina l'importo al di sotto del quale il capitale sottoscritto non può essere ridotto per effetto del rimborso di quote dei soci che cessano di fare parte della SCE. Tale importo non può essere inferiore a quello stabilito dal paragrafo 2. Il termine di cui all'articolo 16 per l'esercizio del diritto di rimborso dei soci che cessano di far parte della SCE è sospeso fintantoché tale rimborso comporti la riduzione del capitale sottoscritto al di sotto del limite prescritto.

5. Il capitale è suscettibile di aumento mediante ulteriori conferimenti dei soci o ammissione di nuovi soci e di diminuzione mediante rimborso totale o parziale dei conferimenti effettuati, fatta salva l'applicazione del paragrafo 4.

Le variazioni d'importo del capitale non richiedono modifiche statutarie né pubblicità.

Articolo 4 *Capitale della SCE*

1. Il capitale sottoscritto della SCE è rappresentato dalle quote dei soci espresse nella valuta nazionale. Anche una SCE che ha la sede sociale in un paese al di fuori della zona euro può esprimere le quote in euro. È ammessa l'emissione di più categorie di quote.

Disposizioni statutarie possono stabilire che diverse categorie di quote conferiscano diritti diversi in materia di ripartizione degli utili. Le quote che conferiscono gli stessi diritti costituiscono una categoria.

2. Il capitale può essere costituito solo da elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica. Le quote dei soci non possono essere emesse a fronte di impegni riguardanti l'esecuzione di lavori ovvero la prestazione di servizi.

3. Le quote sono obbligatoriamente nominative. Il valore nominale delle quote di ciascuna categoria è uguale. Esso è fissato dallo statuto. Le quote non possono essere emesse per un importo inferiore al loro valore nominale.

4. Le quote emesse a fronte di conferimenti in denaro sono liberate all'atto della sottoscrizione in misura non inferiore al 25 % del loro valore nominale. Esse sono interamente liberate entro un termine massimo di cinque anni, a meno che lo statuto preveda un periodo più breve.

5. Le quote emesse a fronte di conferimenti non in contanti sono integralmente liberate all'atto della sottoscrizione.

6. La legge applicabile nello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale alle società per azioni per quanto riguarda la nomina di esperti e la valutazione di conferimenti non in denaro si applica per analogia alla SCE.

7. Lo statuto fissa il numero minimo di quote da sottoscrivere per la qualità di socio. Qualora preveda che nelle assemblee generali la maggioranza è costituita da soci che sono persone fisiche e contempli un obbligo di sottoscrizione connesso alla partecipazione dei soci all'attività della SCE, lo statuto non può imporre per l'acquisto della qualità di socio la sottoscrizione di più di una quota.

8. Una risoluzione dell'assemblea generale annuale che delibera sui conti dell'esercizio accerta l'ammontare del capitale alla chiusura dell'esercizio e la variazione rispetto all'esercizio precedente.

Su proposta dell'organo di amministrazione o dell'organo di direzione, il capitale sottoscritto può essere aumentato imputando integralmente o parzialmente a capitale le risorse distribuibili, a seguito di una deliberazione dell'assemblea generale adottata nel rispetto dei quorum e delle maggioranze richiesti per le modificazioni dello statuto. Le nuove quote sono assegnate ai soci in ragione delle quote di capitale fino ad allora da essi detenute.

9. Il valore nominale delle quote può essere aumentato mediante raggruppamento di quote emesse. Se per realizzare tale aumento sono necessari versamenti integrativi di capitale da parte dei soci conformemente a quanto previsto dallo statuto, la decisione compete all'assemblea generale nel rispetto dei quorum e delle maggioranze richiesti per la modifica dello statuto.

10. Il valore nominale delle quote può essere ridotto mediante suddivisione delle quote emesse.

11. Alle condizioni stabilite dallo statuto e con l'accordo dell'assemblea generale o dell'organo di direzione

o di amministrazione, le quote possono essere cedute o vendute a un socio o a chiunque acquisti la qualità di socio.

12. Sono vietati la sottoscrizione, l'acquisto e l'accettazione in garanzia delle proprie quote da parte della SCE, sia direttamente sia tramite una persona che agisca in nome proprio, ma per conto della SCE.

Tuttavia l'accettazione in garanzia delle quote di una SCE è consentita nell'ambito delle operazioni correnti delle SCE istituti di credito.

Articolo 5 Statuto

1. Ai sensi del presente regolamento il termine "lo statuto di una SCE" indica sia l'atto costitutivo che lo statuto propriamente detto, qualora quest'ultimo formi oggetto di atto separato.

2. I fondatori redigono lo statuto della SCE nell'osservanza delle disposizioni sulla costituzione delle società cooperative, previste dalla legislazione dello Stato membro in cui ha sede sociale la SCE. Il requisito di forma per lo statuto è la scrittura privata.

3. La legge sul controllo preventivo applicabile nello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale alla costituzione delle società per azioni si applica, per analogia, al controllo della costituzione della SCE.

4. Lo statuto della SCE deve indicare almeno:

- la denominazione sociale della SCE preceduta o seguita dall'abbreviazione "SCE" e, ove occorra, dall'indicazione "a responsabilità illimitata",
- l'indicazione esatta dell'oggetto sociale,
- il nome delle persone fisiche e la denominazione delle entità che sono soci fondatori della SCE; in quest'ultimo caso occorre indicare l'oggetto e la sede sociale,
- l'indirizzo della sede sociale della SCE,
- le condizioni e le modalità per l'ammissione, l'esclusione e il recesso dei soci,
- i diritti e gli obblighi dei soci e, se del caso, le loro differenti categorie nonché i diritti e gli obblighi di ciascuna categoria,
- il valore nominale delle quote sottoscritte nonché l'ammontare del capitale sottoscritto e l'indicazione della variabilità del capitale,
- le norme specifiche relative all'importo degli utili da destinare, ove occorra, alla riserva legale,
- i poteri e le attribuzioni dei membri dei singoli organi sociali,
- le condizioni di nomina e di revoca dei membri degli organi sociali,
- le regole che disciplinano le maggioranze e i quorum,
- la durata della vita della società, quando questa ha durata limitata.

Articolo 6
Sede sociale

La sede sociale della SCE deve essere situata all'interno della Comunità, nello stesso Stato membro dell'amministrazione centrale. Uno Stato membro può inoltre imporre alle SCE registrate nel suo territorio l'obbligo di far coincidere l'ubicazione dell'amministrazione centrale con quella della sede sociale.

Articolo 7
Trasferimento della sede sociale

1. La sede sociale della SCE può essere trasferita in un altro Stato membro ai sensi dei paragrafi da 2 a 16. Il trasferimento non dà luogo allo scioglimento della SCE né alla costituzione di una nuova persona giuridica.

2. Un progetto di trasferimento è elaborato dall'organo di direzione o di amministrazione ed è soggetto a pubblicità a norma dell'articolo 12, fatte salve le forme aggiuntive di pubblicità previste dallo Stato membro della sede sociale. Tale progetto indica la denominazione sociale attuale, la sede sociale e il numero di iscrizione della SCE e comprende:

- a) la sede sociale prevista per la SCE,
- b) lo statuto previsto per la SCE, compresa l'eventuale nuova denominazione sociale,
- c) il calendario previsto per il trasferimento,
- d) le implicazioni che il trasferimento può avere per il coinvolgimento dei lavoratori,
- e) i diritti eventualmente previsti a tutela dei soci, dei creditori e dei titolari di altri diritti.

3. L'organo di direzione o amministrativo redige una relazione nella quale sono spiegati e giustificati gli aspetti giuridici ed economici, nonché gli effetti occupazionali, del trasferimento e sono spiegate le conseguenze per i soci, per i creditori, per i lavoratori e per i titolari di altri diritti.

4. I soci, i creditori della SCE e i titolari di altri diritti e qualsiasi altra entità legittimata dalla legislazione nazionale a esercitare i diritti, almeno un mese prima dell'assemblea generale che deve pronunciarsi sul trasferimento, hanno il diritto di esaminare, presso la sede sociale della SCE, il progetto di trasferimento e la relazione redatta ai sensi del paragrafo 3 e di ottenere, su richiesta, copia gratuita di detti documenti.

5. Un socio che nell'assemblea generale o nell'assemblea settoriale o separata si è opposto alla decisione di trasferimento può dichiarare il proprio recesso entro due mesi dalla decisione dell'assemblea generale. La qualità di socio cessa al termine dell'esercizio in cui è stata inoltrata la dichiarazione di recesso; il trasferimento non si applica nei confronti del socio in questione. Tale recesso dà diritto al rimborso delle quote alle condizioni previste dall'articolo 4, paragrafo 4, e dall'articolo 16.

6. La decisione di trasferimento può essere adottata soltanto due mesi dopo la pubblicazione del progetto. Essa è presa alle condizioni previste dall'articolo 62, paragrafo 4.

7. Prima che l'autorità competente rilasci il certificato di cui al paragrafo 8, la SCE fa in modo che, per quanto riguarda le passività che possano essere sorte prima della pubblicazione del progetto di trasferimento, gli interessi dei creditori e dei titolari di altri diritti nei confronti della SCE (inclusi quelli di enti pubblici) siano stati adeguatamente tutelati, in ottemperanza a quanto stabilito dallo Stato membro nel quale la SCE aveva la sede sociale prima del trasferimento.

Uno Stato membro può estendere l'applicazione del primo comma alle passività che sorgano (o possano sorgere) prima del trasferimento.

Il primo e secondo comma lasciano impregiudicata l'applicazione alle SCE della legislazione nazionale degli Stati membri per quanto riguarda la garanzia dei pagamenti da effettuare ad enti pubblici.

8. Nello Stato membro in cui la SCE ha sede sociale, un organo giurisdizionale, un notaio o un'altra autorità competente rilascia un certificato che attesta in modo probante l'adempimento degli atti e delle formalità preliminari al trasferimento.

9. La nuova iscrizione può effettuarsi soltanto su presentazione del certificato di cui al paragrafo 8 e se è stato comprovato l'espletamento delle formalità richieste per l'iscrizione al registro nel paese in cui è situata la nuova sede sociale.

10. Il trasferimento della sede sociale della SCE, nonché la modifica dello statuto che ne consegue, prendono effetto dalla data in cui la SCE è iscritta a norma all'articolo 11, paragrafo 1, nel registro della nuova sede.

11. Dopo la nuova iscrizione di una SCE, il registro presso il quale essa è stata effettuata notifica tale iscrizione al registro in cui la SCE era precedentemente iscritta. La precedente iscrizione è cancellata all'atto di ricezione della notifica, ma non prima.

12. La nuova iscrizione e la cancellazione di quella precedente sono pubblicate negli Stati membri interessati a norma dell'articolo 12.

13. La pubblicazione della nuova iscrizione della SCE rende la nuova sede sociale opponibile ai terzi. Tuttavia, finché non sia stata pubblicata la cancellazione della SCE dal registro della sede precedente, i terzi possono continuare a far riferimento alla vecchia sede sociale, a meno che la SCE dimostri che i terzi erano a conoscenza della nuova sede.

14. La legge di uno Stato membro può prevedere, per le SCE registrate in quest'ultimo, che un trasferimento di sede sociale che comporti un cambiamento della legge applicabile non abbia effetto se un'autorità competente dello Stato suddetto vi fa opposizione nel termine di due mesi di cui al paragrafo 6. L'opposizione

può essere promossa soltanto per motivi di interesse pubblico.

Se una SCE è sottoposta al controllo di un'autorità nazionale di vigilanza finanziaria conformemente alle direttive comunitarie, il diritto di opporsi al trasferimento della sede sociale si applica anche a tale autorità.

L'opposizione deve poter formare oggetto di ricorso davanti ad un'autorità giudiziaria.

15. La SCE nei cui confronti siano state avviate una procedura di scioglimento, incluso lo scioglimento volontario, di liquidazione, d'insolvenza, di sospensione dei pagamenti o altre procedure analoghe non può trasferire la propria sede sociale.

16. Una SCE che abbia trasferito la sede sociale in un altro Stato membro è considerata, rispetto a qualsiasi procedimento anteriore al trasferimento di cui al paragrafo 10, come avente la sede sociale nello Stato membro in cui la SCE era iscritta prima del trasferimento, anche se essa è chiamata in giudizio dopo quest'ultimo.

Articolo 8 *Legge applicabile*

1. La SCE è disciplinata:

- a) dalle disposizioni del presente regolamento;
- b) ove espressamente previsto dal presente regolamento, dalle disposizioni dello statuto della SCE;
- c) per le materie non disciplinate dal presente regolamento o, qualora una materia lo sia parzialmente, per gli aspetti ai quali non si applica il presente regolamento:
 - i) dalle leggi adottate dagli Stati membri in applicazione di misure comunitarie concernenti specificamente le SCE;
 - ii) dalle leggi degli Stati membri che si applicherebbero ad una cooperativa costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale;
 - iii) dalle disposizioni dello statuto della SCE, alle stesse condizioni previste per una cooperativa costituita conformemente alla legge dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale.

2. Se la normativa nazionale prevede norme e/o restrizioni specifiche relative alla natura delle attività svolte da una SCE, o forme di controllo da parte di un'autorità di vigilanza, queste si applicano integralmente alla SCE.

Articolo 9 *Principio di non discriminazione*

Fatte salve le disposizioni del presente regolamento, una SCE è trattata in ciascuno Stato membro come una cooperativa costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale.

Articolo 10 *Indicazioni obbligatorie negli atti*

1. La legge applicabile nello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale alle società per azioni che disciplina il contenuto della corrispondenza e degli atti trasmessi a terzi si applica, per analogia, alla SCE. La denominazione sociale della SCE è preceduta o seguita dall'abbreviazione "SCE" e, ove occorra, dall'indicazione "a responsabilità limitata".

2. La sigla "SCE" può figurare soltanto nella denominazione sociale delle SCE, prima o dopo tale denominazione, per specificare la forma giuridica della società.

3. Tuttavia, le società o altre entità giuridiche registrate in uno Stato membro prima della data di entrata in vigore del presente regolamento, nella cui denominazione sociale figurava la sigla "SCE", non sono tenute a modificare la loro denominazione sociale.

Articolo 11 *Iscrizione e contenuto della pubblicità*

1. Ogni SCE è soggetta all'obbligo di iscrizione, nello Stato membro della sede sociale, in un registro designato dalla legge di tale Stato conformemente alla legge applicabile alle società per azioni.

2. L'iscrizione di una SCE può aver luogo soltanto previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori, ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2003/72/CE ovvero soltanto previa decisione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 6, di detta direttiva, oppure se, trascorso il periodo previsto per i negoziati ai sensi dell'articolo 5 di detta direttiva, non è stato concluso un accordo.

3. Perché una SCE costituita mediante fusione possa essere iscritta in uno Stato membro che si è avvalso della facoltà di cui all'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva 2003/72/CE, è necessario un accordo, concluso ai sensi dell'articolo 4 di detta direttiva sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori, compresa la partecipazione, salvo il caso in cui nessuna delle cooperative partecipanti sia stata soggetta a norme di partecipazione prima dell'iscrizione della SCE.

4. Lo statuto della SCE non deve mai essere in conflitto con le modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori così stabilite. Ove tali nuove modalità stabilite ai sensi della direttiva 2003/72/CE siano in contrasto con lo statuto esistente, questo è modificato per quanto necessario.

In questo caso uno Stato membro può prevedere che l'organo di direzione o di amministrazione della SCE sia autorizzato ad apportare modifiche allo statuto senza ulteriori decisioni dell'assemblea generale.

5. La legge sul contenuto della pubblicità di atti e indicazioni applicabile nello Stato membro in cui la

SCE ha la sede sociale alle società per azioni si applica, per analogia, alla SCE.

Articolo 12

Pubblicità degli atti negli Stati membri

1. Gli atti e le indicazioni riguardanti la SCE soggetti all'obbligo di pubblicità in base al presente regolamento sono pubblicati secondo le modalità previste dalla legislazione dello Stato membro per le società per azioni in cui la SCE ha la sede sociale.

2. Le disposizioni nazionali di attuazione della direttiva 89/666/CEE si applicano alle succursali della SCE costituite in uno Stato membro diverso da quello della sede. Tuttavia, gli Stati membri possono prevedere deroghe alle disposizioni nazionali di attuazione di tale direttiva per tener conto delle specificità delle cooperative.

Articolo 13

Pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea

1. L'iscrizione e la cancellazione dell'iscrizione di una SCE formano oggetto di una comunicazione pubblicata a titolo informativo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, dopo l'adempimento dell'obbligo di pubblicità di cui all'articolo 12. Nella comunicazione devono essere indicati la denominazione sociale, il numero, la data e il luogo dell'iscrizione della SCE, la data, il luogo e il titolo della pubblicazione, nonché la sede sociale e il settore di attività della SCE.

2. Il trasferimento della sede sociale della SCE alle condizioni previste dall'articolo 7 deve essere reso pubblico mediante una comunicazione contenente le indicazioni previste al paragrafo 1, nonché quelle relative alla nuova iscrizione.

3. Le indicazioni previste dal paragrafo 1 sono comunicate all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee entro un mese dalla pubblicazione di cui all'articolo 12, paragrafo 1.

Articolo 14

Acquisto della qualità di socio

1. Fatte salve le disposizioni dell'articolo 33, paragrafo 1, lettera b), l'acquisto della qualità di socio della SCE è soggetto all'approvazione dell'organo di direzione o di amministrazione. Le decisioni di rifiuto possono essere oggetto di impugnazione dinanzi all'assemblea generale successiva alla domanda di ammissione.

Lo statuto può prevedere che, qualora la legislazione dello Stato membro in cui ha sede sociale la SCE lo consenta, siano ammesse in qualità di soci sovventori (non utilizzatori) persone non aventi interesse ad utilizzare o a produrre i beni e i servizi della SCE. In questo caso, l'acquisto della qualità di socio è soggetto all'approvazione dell'assemblea generale o dell'organo

all'uopo autorizzato dall'assemblea generale o dallo statuto.

Le entità giuridiche aventi la qualità di soci sono considerate soci utilizzatori in quanto rappresentanti dei propri membri, a condizione che i membri che sono persone fisiche siano utilizzatori.

Salvo che lo statuto disponga diversamente, la qualità di socio di una SCE può essere acquistata da persone fisiche o da entità giuridiche.

2. Lo statuto può subordinare l'ammissione ad ulteriori condizioni, in particolare:

– alla sottoscrizione di una quota minima di capitale,

– a condizioni connesse con l'oggetto della SCE.

3. Ove previsto dallo statuto, ai soci possono essere rivolte richieste di aumento della partecipazione al capitale.

4. Presso la sede sociale della SCE è tenuto uno schedario alfabetico di tutti i soci, con indicazione dei loro indirizzi, del numero e, nel caso, della categoria di quote possedute. Ogni persona che abbia un interesse legittimo diretto può, a richiesta, consultare tale schedario e ottenerne copia integrale o parziale senza che il costo di questa possa superare il costo amministrativo.

5. Tutte le operazioni aventi l'effetto di modificare la posizione del socio nonché la ripartizione, l'aumento e la riduzione del capitale, devono essere annotate nello schedario dei soci di cui al paragrafo 4 al più tardi entro il mese successivo alla modifica.

6. Le operazioni di cui al paragrafo 5 hanno effetto verso la SCE o verso i terzi che abbiano un interesse legittimo diretto soltanto a decorrere dalla data della loro iscrizione nello schedario di cui al paragrafo 4.

7. Ai soci viene rilasciata, a richiesta, un'attestazione scritta relativa all'iscrizione.

Articolo 15

Perdita della qualità di socio

1. La qualità di socio si perde per:

– recesso,

– esclusione, qualora il socio contravvenga in modo grave ai propri obblighi o compia atti contrari agli interessi della SCE,

– cessione, se consentita dallo statuto, di tutte le quote possedute a un socio o a una persona fisica o un'entità giuridica che acquista la qualità di socio,

– scioglimento di un socio che non sia una persona fisica,

– fallimento,

– decesso,

– negli altri casi previsti dallo statuto o dalla legislazione sulle cooperative dello Stato membro in cui la SCE ha sede sociale.

2. Un socio di minoranza che si è opposto ad una modifica dello statuto nell'assemblea generale che:

i) ha istituito nuovi obblighi in materia di versamenti o altre prestazioni o

ii) che ha esteso sostanzialmente gli obblighi esistenti per i soci o

iii) che ha esteso a oltre cinque anni il periodo per la notifica del recesso dalla SCE,

può dichiarare il proprio recesso entro due mesi dalla decisione dell'assemblea generale.

La qualità di socio cessa al termine dell'esercizio in corso, nei casi di cui ai punti i) e ii) del primo comma, e al termine del periodo di notifica vigente prima della modifica dello statuto, nel caso previsto al precedente punto iii). La modifica dello statuto non si applica nei confronti del socio in questione. Tale recesso dà diritto al rimborso delle quote alle condizioni previste dall'articolo 3, paragrafo 4, e dall'articolo 16.

3. Il socio è escluso, dopo essere stato sentito, con deliberazione dell'organo di amministrazione o di direzione. Contro la deliberazione di esclusione egli può fare ricorso dinanzi all'assemblea generale.

Articolo 16

Diritti pecuniari dei soci in caso di recesso o di espulsione

1. Salvo in caso di cessione di quote e fatte salve le disposizioni dell'articolo 3, la perdita della qualità di socio dà diritto al rimborso della parte di capitale sottoscritto, eventualmente ridotta in proporzione delle perdite imputabili al capitale sociale.

2. Gli importi dedotti ai sensi del paragrafo 1 sono calcolati in base al bilancio dell'esercizio nel corso del quale è maturato il diritto al rimborso.

3. Lo statuto prevede le modalità e le condizioni di esercizio del diritto di recesso e fissa il termine, non superiore a tre anni, entro il quale dev'essere effettuato il rimborso. In ogni caso la SCE non è tenuta a effettuare il rimborso prima di sei mesi dall'approvazione del bilancio successivo alla perdita della qualità di socio.

4. I paragrafi 1, 2 e 3 si applicano anche in caso di rimborso parziale delle quote possedute da un socio.

CAPO II COSTITUZIONE

Sezione Prima Disposizioni generali

Articolo 17

Legge applicabile alla costituzione

1. Fatte salve le disposizioni del presente regolamento, la costituzione di una SCE è disciplinata dalla legge applicabile alle cooperative dello Stato membro in cui la SCE stabilisce la sua sede sociale.

2. L'iscrizione di una SCE forma oggetto di pubblicità a norma dell'articolo 12.

Articolo 18

Acquisizione della personalità giuridica

1. La SCE acquisisce personalità giuridica il giorno dell'iscrizione, nello Stato membro in cui ha la sede sociale, nel registro designato da detto Stato a norma dell'articolo 11, paragrafo 1.

2. Qualora siano stati compiuti atti in nome della SCE prima della sua iscrizione a norma dell'articolo 11 e la SCE non assuma dopo l'iscrizione gli obblighi che derivano da tali atti, le persone fisiche, le società o le altre entità giuridiche che li hanno compiuti ne sono responsabili solidalmente e illimitatamente salvo convenzione contraria.

Sezione Seconda

Costituzione mediante fusione

Articolo 19

Procedure di costituzione mediante fusione

Una SCE può essere costituita mediante fusione, che può avvenire:

– secondo la procedura di fusione mediante incorporazione,

– secondo la procedura di fusione mediante costituzione di una nuova persona giuridica.

Nel caso di fusione mediante incorporazione, la cooperativa incorporante assume la forma di SCE contemporaneamente alla fusione. Nel caso di fusione mediante costituzione di una nuova persona giuridica, quest'ultima assume la forma di SCE.

Articolo 20

Legge applicabile in caso di fusione

Per le materie non contemplate dalla presente sezione o, nel caso in cui una materia sia contemplata parzialmente, per gli aspetti da essa non contemplati, ogni cooperativa che partecipa alla costituzione di una SCE mediante fusione è soggetta alle disposizioni della legislazione dello Stato membro da cui dipende in materia di fusione di cooperative e, in loro mancanza, alle disposizioni della legislazione di detto Stato applicabili alle fusioni interne delle società per azioni.

Articolo 21

Motivi di opposizione a una fusione

La legge di uno Stato membro può prevedere che la partecipazione di una cooperativa soggetta alla legge di tale Stato membro alla costituzione di una SCE mediante fusione non possa aver luogo se un'autorità competente di tale Stato membro vi si oppone prima del rilascio del certificato di cui all'articolo 29, paragrafo 2.

L'opposizione può essere promossa soltanto per motivi di interesse pubblico. L'opposizione deve poter for-

mare oggetto di impugnazione dinanzi ad un'autorità giudiziaria.

Articolo 22
Condizioni per la fusione

1. L'organo di direzione o di amministrazione delle cooperative che si fondono redige un progetto di fusione. Il progetto contiene:

a) la denominazione sociale e la sede sociale delle cooperative che si fondono nonché quelle previste per la SCE;

b) il rapporto di cambio delle quote di capitale sottoscritto e, eventualmente, l'importo del conguaglio. In mancanza di quote, una ripartizione precisa del patrimonio e il valore equivalente espresso in quote;

c) le modalità di assegnazione delle quote della SCE;

d) la data a decorrere dalla quale la detenzione di tali quote dà diritto alla partecipazione all'avanzo di bilancio nonché le modalità particolari relative a tale diritto;

e) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle cooperative che si fondono si considerano, dal punto di vista contabile, compiute per conto della SCE;

f) le modalità o i vantaggi particolari attinenti alle obbligazioni o ai titoli diversi dalle quote che, a norma dell'articolo 66, non conferiscono la qualità di socio;

g) i diritti accordati dalla SCE ai detentori di titoli che conferiscono diritti speciali e ai detentori di titoli diversi dalle quote, ovvero le misure proposte nei loro confronti;

h) le forme di protezione dei diritti dei creditori delle cooperative che si fondono;

i) tutti i vantaggi particolari attribuiti agli esperti che esaminano il progetto di fusione o ai membri degli organi di amministrazione, di direzione, di vigilanza o di controllo delle cooperative che si fondono;

j) lo statuto della SCE;

k) informazioni circa le procedure secondo cui le modalità del coinvolgimento dei lavoratori sono determinate ai sensi della direttiva 2003/72/CE.

2. Le cooperative che si fondono possono aggiungere altri elementi al progetto di fusione.

3. La legge sul progetto di fusione applicabile alle società per azioni si applica, per analogia, alla fusione transfrontaliera di cooperative per la costituzione di una SCE.

Articolo 23
Illustrazione e giustificazione del progetto di fusione

L'organo di amministrazione o di direzione di ciascuna cooperativa che si fonde redige una relazione scritta particolareggiata in cui illustra e giustifica, sotto il profilo giuridico ed economico, il progetto di fusione e, in

particolare, il rapporto di cambio delle quote. La relazione segnala inoltre, laddove esistano, particolari difficoltà di valutazione.

Articolo 24
Pubblicazione

1. La legge sul contenuto della pubblicità del progetto di fusione applicabile alle società per azioni si applica, per analogia, a ciascuna cooperativa che si fonde, fatti salvi i requisiti supplementari imposti dallo Stato membro da cui la cooperativa dipende.

2. La pubblicazione del progetto nel Bollettino nazionale deve tuttavia comportare, per ciascuna cooperativa che si fonde, le seguenti indicazioni:

a) il tipo, la denominazione sociale e la sede sociale della cooperativa che si fonde;

b) il luogo o il registro presso il quale sono stati depositati, per ciascuna cooperativa che si fonde, lo statuto e gli altri atti e informazioni, nonché il numero di iscrizione nel registro;

c) l'indicazione delle modalità di esercizio dei diritti da parte dei creditori della cooperativa in questione a norma dell'articolo 28, nonché l'indirizzo presso il quale si possono ottenere, gratuitamente, esaurienti informazioni su tali modalità;

d) l'indicazione delle modalità di esercizio dei diritti da parte dei soci della cooperativa in questione a norma dell'articolo 28, nonché l'indirizzo presso il quale si possono ottenere, gratuitamente, esaurienti informazioni su tali modalità;

e) la denominazione sociale e la sede sociale previste per la SCE;

f) le condizioni che determinano, a norma dell'articolo 31, la data dalla quale la fusione acquista efficacia.

Articolo 25
Contenuto della pubblicità

1. Ogni socio ha il diritto di ispezionare presso la sede sociale, almeno un mese prima della data prevista per la riunione dell'assemblea generale chiamata a pronunciarsi sulla fusione, i seguenti documenti:

a) il progetto di fusione di cui all'articolo 22;

b) i conti annuali e le relazioni sulla gestione degli ultimi tre esercizi delle cooperative che si fondono;

c) una situazione contabile, redatta ai sensi delle disposizioni che si applicano alle fusioni interne delle società per azioni, nella misura in cui tale situazione contabile è prevista da tali disposizioni;

d) la relazione degli esperti sul valore delle quote da assegnare in cambio del patrimonio delle cooperative che si fondono o sul rapporto di cambio delle quote, prevista dall'articolo 26;

e) la relazione degli organi di amministrazione o di direzione della cooperativa, prevista dall'articolo 23.

2. Ogni socio può ottenere, gratuitamente e su sem-

plice richiesta, copia integrale o, se lo desidera, parziale dei documenti di cui al paragrafo 1.

Articolo 26
Relazione degli esperti indipendenti

1. Per ciascuna cooperativa che si fonde, uno o più esperti indipendenti, designati dalla cooperativa ai sensi delle disposizioni dell'articolo 4, paragrafo 6, esaminano il progetto di fusione e redigono una relazione scritta destinata ai soci.

2. La redazione di una relazione unica per tutte le cooperative che si fondono è possibile quando le legislazioni degli Stati membri da cui dipendono tali cooperative lo consentono.

3. La legge sui diritti e gli obblighi degli esperti applicabile alle fusioni delle società per azioni si applica, per analogia, alla fusione delle cooperative.

Articolo 27
Approvazione del progetto di fusione

1. L'assemblea generale di ciascuna cooperativa che si fonde approva il progetto di fusione.

2. Il coinvolgimento dei lavoratori nella SCE è deciso ai sensi della direttiva 2003/72/CE. Le assemblee generali di ciascuna cooperativa che si fonde possono riservarsi il diritto di subordinare l'iscrizione della SCE all'esplicita ratifica da parte di quest'ultima delle modalità così decise.

Articolo 28
Legge applicabile alla costituzione mediante fusione

1. La legge dello Stato membro cui è soggetta ciascuna cooperativa che si fonde si applica come in caso di fusione di società per azioni, tenendo conto della natura transfrontaliera della fusione, per quanto concerne la tutela degli interessi:

- dei creditori delle cooperative che si fondono,
- degli obbligazionisti delle cooperative che si fondono.

2. Uno Stato membro può adottare, nei confronti di cooperative dipendenti dalla sua giurisdizione che partecipano ad una fusione, disposizioni volte a garantire la tutela dei soci che si sono pronunciati contro la fusione.

Articolo 29
Controllo della procedura di fusione

1. Il controllo di legittimità della fusione è effettuato, per quanto attiene alla procedura relativa a ciascuna cooperativa che si fonde, ai sensi delle disposizioni della legislazione applicabile alle fusioni di cooperative dello Stato membro da cui dipende tale cooperativa e, in loro mancanza, delle disposizioni della legislazione di det-

to Stato applicabili alle fusioni interne di società per azioni.

2. In ciascuno Stato membro interessato un organo giurisdizionale, un notaio o un'altra autorità competente rilascia un certificato che attesta l'adempimento degli atti e delle formalità preliminari alla fusione.

3. Se la legge di uno Stato membro cui è soggetta una cooperativa che si fonde prevede una procedura di controllo e modifica del rapporto di cambio delle quote, ovvero una procedura di compensazione dei soci di minoranza, senza impedire l'iscrizione della fusione, tali procedure si applicano unicamente se, al momento dell'approvazione del progetto di fusione ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 1, le altre cooperative che si fondono, situate in Stati membri la cui legge non prevede siffatte procedure, accettano esplicitamente la possibilità per i soci di tale cooperativa di far ricorso alle procedure summenzionate. In tali casi, un organo giurisdizionale, un notaio o un'altra autorità competente può rilasciare il certificato di cui al paragrafo 2, anche se tale procedura è già stata avviata. Il certificato deve tuttavia menzionare che la procedura è in corso. La decisione relativa alla procedura è vincolante nei confronti della cooperativa incorporante e di tutti i suoi soci.

Articolo 30
Controllo di legittimità della fusione

1. Il controllo di legittimità della fusione è effettuato, per quanto attiene alla procedura relativa alla fusione e alla costituzione della SCE, da un organo giurisdizionale, da un notaio o da un'altra autorità nello Stato membro della futura sede della SCE cui compete il controllo di questo aspetto della legittimità della fusione delle cooperative e, in mancanza di questi, della fusione delle società per azioni.

2. A tal fine ogni cooperativa che si fonde trasmette a detta autorità il certificato previsto dall'articolo 29, paragrafo 2, entro sei mesi dal rilascio nonché una copia del progetto di fusione, approvato dalla cooperativa.

3. L'autorità di cui al paragrafo 1 controlla in particolare l'avvenuta approvazione, da parte delle cooperative che si fondono, di un progetto di fusione negli stessi termini, nonché la definizione di modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori ai sensi della direttiva 2003/72/CE.

4. Detta autorità si accerta inoltre che la costituzione della SCE sia conforme alle condizioni stabilite dalla legge dello Stato della sede sociale.

Articolo 31
Registrazione della fusione

1. La fusione e la costituzione simultanea della SCE prendono effetto dalla data in cui la SCE è iscritta nel registro di cui all'articolo 11, paragrafo 1.

2. L'iscrizione della SCE è subordinata all'espletamento di tutte le formalità previste dagli articoli 29 e 30.

Articolo 32
Pubblicazione

Per ciascuna cooperativa che si fonde, la fusione deve essere resa pubblica secondo le modalità previste dalla legge dello Stato membro interessato ai sensi delle disposizioni legislative che disciplinano le fusioni delle società per azioni.

Articolo 33
Effetti della fusione

1. La fusione realizzata ai sensi dell'articolo 19, primo comma, primo trattino, produce ipso jure e simultaneamente i seguenti effetti:

- a) il trasferimento universale alla persona giuridica incorporante dell'intero patrimonio attivo e passivo di ciascuna cooperativa incorporata;
- b) l'acquisizione, da parte dei soci di ciascuna cooperativa incorporata, della qualità di soci della persona giuridica incorporante;
- c) l'estinzione delle cooperative incorporate;
- d) l'assunzione da parte della persona giuridica incorporante della forma di SCE.

2. La fusione realizzata ai sensi dell'articolo 19, primo comma, secondo trattino, produce ipso jure e simultaneamente i seguenti effetti:

- a) il trasferimento universale alla SCE dell'intero patrimonio attivo e passivo delle cooperative che si fondono;
- b) l'acquisizione, da parte dei soci delle cooperative che si fondono, della qualità di soci della SCE;
- c) l'estinzione delle cooperative che si fondono.

3. Qualora, in caso di fusione di cooperative, la legge di uno Stato membro prescriva formalità particolari per l'opponibilità ai terzi del trasferimento di determinati beni, diritti ed obblighi da parte delle cooperative che si fondono, tali formalità si applicano e sono adempiute dalle cooperative che si fondono oppure dalla SCE a decorrere dalla data della sua iscrizione.

4. I diritti e gli obblighi delle cooperative partecipanti in materia di condizioni e modalità di occupazione tanto individuali quanto collettive derivanti dalla legge nazionale, dalla prassi e dai contratti di lavoro individuali o dai rapporti di lavoro esistenti alla data dell'iscrizione sono trasferiti alla SCE, per effetto di tale iscrizione.

Il primo comma non si applica al diritto dei rappresentanti dei lavoratori di partecipare alle assemblee generali, separate o settoriali di cui all'articolo 59, paragrafo 4.

5. In seguito all'iscrizione della fusione nel registro, la SCE informa senza indugio i soci della cooperativa

incorporata della loro iscrizione nel registro dei soci, così come del numero delle loro quote.

Articolo 34
Legittimità della fusione

1. La nullità di una fusione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, quarto trattino, non può essere pronunciata se la SCE è stata registrata.

2. La mancanza di un controllo di legittimità della fusione ai sensi degli articoli 29 e 30 costituisce uno dei motivi di scioglimento della SCE, a norma dell'articolo 74.

Sezione Terza
Trasformazione di una cooperativa esistente in SCE

Articolo 35
Procedura di costituzione mediante trasformazione

1. Fatto salvo l'articolo 11, la trasformazione di una cooperativa in SCE non dà luogo allo scioglimento della cooperativa né alla costituzione di una nuova persona giuridica.

2. La sede sociale della SCE non può essere trasferita, in occasione della trasformazione, in un altro Stato membro a norma dell'articolo 7.

3. L'organo di direzione o di amministrazione della cooperativa in questione redige un progetto di trasformazione e una relazione che chiarisca e giustifichi gli aspetti giuridici ed economici della trasformazione, nonché gli effetti occupazionali, indicando quali siano per i soci e per i lavoratori le conseguenze derivanti dall'adozione della forma di SCE.

4. Il progetto di trasformazione forma oggetto di una pubblicità effettuata secondo le modalità previste dalla legge di ciascuno Stato membro, almeno un mese prima della data della riunione dell'assemblea generale convocata per pronunciarsi sulla trasformazione.

5. Prima dell'assemblea generale di cui al paragrafo 6, uno o più esperti indipendenti designati o abilitati, secondo le disposizioni nazionali, da un'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro da cui dipende la cooperativa che si trasforma in SCE, attestano, mutatis mutandis, che sono rispettate le disposizioni dell'articolo 22, paragrafo 1, lettera b).

6. L'assemblea generale della cooperativa considerata approva il progetto di trasformazione nonché lo statuto della SCE.

7. Gli Stati membri possono subordinare la trasformazione al voto favorevole della maggioranza qualificata o all'unanimità dell'organo di controllo della cooperativa da trasformare presso cui è organizzata la partecipazione dei lavoratori.

8. I diritti e gli obblighi della cooperativa da trasformare in materia di condizioni e modalità di occupazione tanto individuali, quanto collettive derivanti dalla

legge nazionale, dalla prassi e dai contratti di lavoro individuali o dai rapporti di lavoro esistenti alla data dell'iscrizione sono trasferiti alla SCE per effetto di tale iscrizione.

CAPO III
STRUTTURA DELLA SCE

Articolo 36
Struttura degli organi

Alle condizioni stabilite dal presente regolamento, la SCE comprende:

- a) un'assemblea generale; e
- b) un organo di direzione affiancato da un organo di vigilanza (sistema dualistico) o un organo di amministrazione (sistema monistico) a seconda della scelta adottata dallo statuto.

Sezione prima
Sistema dualistico

Articolo 37
Funzioni dell'organo di direzione, nomina dei membri

1. L'organo di direzione gestisce sotto la propria responsabilità la SCE e la rappresenta nei confronti dei terzi e in giudizio. Uno Stato membro può prevedere che l'amministratore delegato sia responsabile della gestione corrente alle medesime condizioni previste per le cooperative aventi la sede sociale nel territorio di detto Stato membro.

2. Il membro o i membri dell'organo di direzione sono nominati e revocati dall'organo di vigilanza.

Tuttavia, uno Stato membro può stabilire o permettere che lo statuto preveda che il membro o i membri dell'organo di direzione siano nominati e revocati dall'assemblea generale alle stesse condizioni previste per le cooperative aventi sede sociale nel suo territorio.

3. Nessuno può esercitare simultaneamente la funzione di membro dell'organo di direzione e quella di membro dell'organo di vigilanza della SCE. L'organo di vigilanza può tuttavia, in caso di una vacanza, designare uno dei suoi membri per esercitare le funzioni di membro dell'organo di direzione. Nel corso di tale periodo, le funzioni dell'interessato in qualità di membro dell'organo di vigilanza sono sospese. Uno Stato membro può prevedere che questo periodo sia limitato nel tempo.

4. Lo statuto della SCE stabilisce il numero dei membri dell'organo di direzione o le regole per determinarlo. Uno Stato membro può tuttavia stabilire un numero minimo e/o massimo di membri.

5. Uno Stato membro in cui non sia previsto un sistema dualistico per le cooperative aventi la sede sociale nel suo territorio può adottare misure appropriate relativamente alle SCE.

Articolo 38
*Presidenza e convocazione
delle riunioni dell'organo di direzione*

1. L'organo di direzione elegge fra i suoi membri un presidente ai sensi delle disposizioni dello statuto.

2. Alle condizioni previste dallo statuto, il presidente convoca una riunione dell'organo di direzione di sua iniziativa o su richiesta di un membro. Ogni richiesta deve indicare i motivi della convocazione. Se non si ottempera alla richiesta entro quindici giorni, l'organo di direzione può essere convocato dai membri che ne hanno fatto richiesta.

Articolo 39
Funzioni dell'organo di vigilanza, nomina dei membri

1. L'organo di vigilanza controlla la gestione a cui provvede l'organo di direzione. Non può esercitare esso stesso il potere di gestione della SCE. L'organo di vigilanza non può rappresentare la SCE nei confronti dei terzi. Esso la rappresenta nei confronti dell'organo di direzione o dei membri di quest'ultimo, in caso di controversia o nella stipulazione di contratti.

2. I membri dell'organo di vigilanza sono nominati e revocati dall'assemblea generale. Tuttavia, i membri del primo organo di vigilanza possono essere designati dallo statuto. La presente disposizione lascia impregiudicate le modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori determinate ai sensi della direttiva 2003/72/CE.

3. L'organo di vigilanza può annoverare fra i suoi membri soci non utilizzatori fino a un quarto dei posti da ricoprire.

4. Lo statuto stabilisce il numero dei membri dell'organo di vigilanza o le regole per determinarlo. Uno Stato membro può tuttavia fissare il numero dei membri dell'organo di vigilanza o la sua composizione, oppure un numero minimo e/o massimo, per le SCE che hanno sede sociale nel suo territorio.

Articolo 40
Diritto all'informazione

1. L'organo di direzione informa l'organo di vigilanza, almeno ogni tre mesi, sull'andamento degli affari della SCE e sulla loro probabile evoluzione, tenendo conto, se del caso, delle informazioni relative alle imprese controllate dalla SCE che possano avere un'incidenza significativa sull'andamento degli affari di quest'ultima.

2. Oltre all'informazione periodica di cui al paragrafo 1, l'organo di direzione comunica in tempo utile all'organo di vigilanza le informazioni su avvenimenti che possano avere ripercussioni sensibili sulla situazione della SCE.

3. L'organo di vigilanza può domandare all'organo di direzione ragguagli di ogni tipo, di cui necessiti per

effettuare il controllo di cui all'articolo 39, paragrafo 1. Uno Stato membro può stabilire che tale facoltà spetti altresì a ciascun membro dell'organo di vigilanza.

4. L'organo di vigilanza può procedere o far procedere alle verifiche necessarie per l'adempimento delle sue funzioni.

5. Ciascun membro dell'organo di vigilanza può prendere conoscenza di tutte le informazioni comunicate a quest'ultimo.

Articolo 41

Presidenza e convocazione dell'organo di vigilanza

1. L'organo di vigilanza elegge fra i suoi membri un presidente. Quando la metà dei membri è stata designata dai lavoratori, solo un membro designato dall'assemblea generale può essere eletto presidente.

2. Alle condizioni previste dallo statuto, il presidente convoca l'organo di vigilanza di sua iniziativa o su richiesta di almeno un terzo dei suoi membri, ovvero su richiesta dell'organo di direzione. La richiesta deve indicare i motivi della convocazione. Se non si ottempera alla richiesta entro quindici giorni, l'organo di vigilanza può essere convocato da coloro che ne hanno fatto richiesta.

Sezione seconda Sistema monistico

Articolo 42

Funzioni dell'organo di amministrazione, nomina dei membri

1. L'organo di amministrazione gestisce la SCE e la rappresenta nei confronti dei terzi e in giudizio. Uno Stato membro può prevedere che l'amministratore delegato sia responsabile della gestione corrente alle medesime condizioni previste per le cooperative aventi la sede sociale nel territorio di detto Stato membro.

2. Lo statuto della SCE stabilisce il numero di membri dell'organo di amministrazione o le regole per determinarlo. Uno Stato membro può tuttavia stabilire un numero minimo e, se del caso, massimo di membri. L'organo di amministrazione può annoverare fra i suoi membri soci non utilizzatori fino a un quarto dei posti da ricoprire.

Tuttavia quest'organo deve essere composto da almeno tre membri qualora il coinvolgimento dei lavoratori nella SCE sia organizzato ai sensi della direttiva 2003/72/CE.

3. I membri dell'organo di amministrazione e, se previsto dallo statuto, i loro supplenti sono nominati dall'assemblea generale. Tuttavia, i membri del primo organo di amministrazione possono essere designati dallo statuto della SCE. La presente disposizione lascia impregiudicate le modalità relative al coinvolgimento dei

lavoratori determinate ai sensi della direttiva 2003/72/CE.

4. Uno Stato membro in cui non sia previsto un sistema monistico per le cooperative aventi la sede sociale nel suo territorio può adottare misure appropriate relativamente alle SCE.

Articolo 43

Periodicità delle riunioni e diritto all'informazione

1. L'organo di amministrazione si riunisce almeno ogni tre mesi, secondo una periodicità stabilita dallo statuto, per deliberare sull'andamento degli affari della SCE e sulla loro probabile evoluzione, tenendo conto, se del caso, delle informazioni relative alle imprese controllate dalla SCE che possono avere un'incidenza significativa sull'andamento degli affari di quest'ultima.

2. Ciascun membro dell'organo di amministrazione può prendere conoscenza di tutti i documenti, relazioni e ragguagli comunicati a quest'ultimo.

Articolo 44

Presidenza e convocazione dell'organo di amministrazione

1. L'organo di amministrazione elegge fra i suoi membri un presidente. Quando la metà dei membri è stata designata dai lavoratori, solo un membro designato dall'assemblea generale può essere eletto presidente.

2. Alle condizioni previste dallo statuto, il presidente convoca l'organo di amministrazione d'ufficio o su richiesta di almeno un terzo dei membri di tale organo. La richiesta deve indicare i motivi della convocazione. Se non si ottempera alla richiesta entro quindici giorni, l'organo di amministrazione può essere convocato da coloro che ne hanno fatto richiesta.

Sezione terza

Norme comuni ai sistemi monistico e dualistico

Articolo 45

Durata del mandato

1. I membri degli organi della SCE sono nominati per un periodo stabilito dallo statuto, che non può essere superiore a sei anni.

2. Salvo restrizioni previste dallo statuto, i membri possono essere nuovamente nominati una o più volte per il periodo stabilito a norma del paragrafo 1.

Articolo 46

Condizioni di eleggibilità

1. Lo statuto della SCE può prevedere che una società, ai sensi dell'articolo 48 del trattato, sia membro di un organo, salvo se altrimenti disposto dalla legge dello Stato membro della sede sociale della SCE applicabile alle cooperative.

La società deve designare una persona fisica come suo rappresentante ai fini dell'esercizio dei poteri nell'organo in questione. Il rappresentante è soggetto alle stesse condizioni e agli stessi obblighi a cui sarebbe soggetto se fosse personalmente membro dell'organo.

2. Non possono essere membri di un organo della SCE, né rappresentanti di un membro ai sensi del paragrafo 1, le persone che:

– non possono far parte, in base alla legge dello Stato membro della sede sociale della SCE, dell'organo corrispondente di una cooperativa soggetta alla legge di tale Stato,

– non possono far parte dell'organo corrispondente di una cooperativa soggetta alla legge di uno Stato membro a seguito di decisione giudiziaria o amministrativa pronunciata in uno Stato membro.

3. Lo statuto della SCE può fissare, alla stregua di quanto previsto per le cooperative dalla legge dello Stato membro, condizioni particolari di eleggibilità per i membri che rappresentano l'organo di amministrazione.

Articolo 47

Poteri di rappresentanza e responsabilità della SCE

1. Quando l'esercizio del potere di rappresentare la SCE nei confronti dei terzi, ai sensi degli articoli 37, paragrafo 1, e 42, paragrafo 1, è attribuito a due o più membri, questi debbono agire collegialmente, a meno che la legislazione dello Stato membro in cui ha sede sociale la SCE consenta allo statuto di disporre diversamente, nel qual caso questa clausola è opponibile ai terzi se è oggetto di pubblicità ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 5, e dell'articolo 12.

2. La SCE risponde nei confronti dei terzi degli atti, anche se estranei all'oggetto sociale, compiuti dai suoi organi, salvo se eccedano i poteri che la legge dello Stato membro in cui ha sede sociale la SCE attribuisce o consente di attribuire a tali organi.

Gli Stati membri possono tuttavia prevedere che la SCE non risponda degli atti che eccedono i limiti del suo oggetto sociale se essa dimostra che i terzi erano a conoscenza di questo fatto o non potevano ignorarlo, tenuto conto delle circostanze; la sola pubblicazione dello statuto non costituisce prova.

3. Le limitazioni dei poteri degli organi della SCE che scaturiscono dallo statuto o da una decisione degli organi competenti sono sempre opponibili ai terzi anche se sono state oggetto di pubblicità.

4. Uno Stato membro può disporre che lo statuto attribuisca il potere di rappresentare la SCE a una persona o a più persone che operino collegialmente. La legislazione di tale Stato membro può altresì prevedere che tale disposizione dello statuto sia opponibile ai terzi, purché riguardi il potere generale di rappresentanza. L'opponibilità della disposizione ai terzi è disciplinata dall'articolo 12.

Articolo 48

Operazioni soggette ad autorizzazione

1. Lo statuto della SCE elenca le categorie di operazioni per le quali si richiede:

– nel sistema dualistico, un'autorizzazione dell'organo di vigilanza o dell'assemblea generale all'organo di direzione,

– nel sistema monistico, una decisione esplicita adottata dall'organo di amministrazione o un'autorizzazione dell'assemblea generale.

2. Il paragrafo 1 non pregiudica le disposizioni dell'articolo 47.

3. Tuttavia, uno Stato membro può determinare le categorie minime di operazioni, così come l'organo che rilascia l'autorizzazione, che devono figurare nello statuto delle SCE registrate nel suo territorio e/o prevedere che, nel sistema dualistico, l'organo di vigilanza possa determinare esso stesso le categorie di operazioni soggette ad autorizzazione.

Articolo 49

Riservatezza

I membri degli organi della SCE sono tenuti a non divulgare, nemmeno dopo la cessazione dalle funzioni, le informazioni in loro possesso riguardanti la SCE, la cui divulgazione potrebbe arrecare pregiudizio agli interessi della cooperativa o a quelli dei suoi soci, salvo i casi in cui la divulgazione sia richiesta o ammessa dalle disposizioni della legislazione nazionale applicabili alle cooperative o società, ovvero sia nel pubblico interesse.

Articolo 50

Deliberazioni degli organi

1. Salvo i casi in cui il presente regolamento o lo statuto prevedono disposizioni diverse, le norme interne in materia di quorum e di presa di decisioni da parte degli organi della SCE sono le seguenti:

a) quorum: almeno la metà dei membri aventi diritto di voto deve essere presente o rappresentata;

b) decisioni: sono prese alla maggioranza dei membri aventi diritto di voto presenti o rappresentati.

I membri assenti possono prendere parte alle deliberazioni conferendo potere di rappresentanza ad un altro membro dell'organo o ai supplenti nominati contestualmente.

2. In mancanza di disposizioni statutarie in merito, il voto del presidente di ciascun organo è preponderante in caso di parità dei voti. Non è tuttavia ammissibile alcuna disposizione statutaria contraria se l'organo di vigilanza è costituito per metà da rappresentanti dei lavoratori.

3. Nel caso in cui sia prevista la partecipazione dei lavoratori ai sensi della direttiva 2003/72/CE, uno Stato membro può prevedere che il quorum e la presa di

decisioni dell'organo di vigilanza, in deroga ai paragrafi 1 e 2, siano sottoposte alle norme applicabili, alle medesime condizioni, alle cooperative soggette alla legislazione dello Stato membro interessato.

Articolo 51
Responsabilità civile

I membri dell'organo di direzione, di vigilanza e di amministrazione sono responsabili, in base alle disposizioni dello Stato membro in cui ha sede sociale la SCE applicabili alle cooperative, dei danni causati alla SCE in seguito a violazione degli obblighi di legge, statutari o di altra natura inerenti alle loro funzioni.

Sezione quarta
Assemblea generale

Articolo 52
Competenze

L'assemblea generale delibera nelle materie per le quali le è attribuita una competenza specifica:

- a) dal presente regolamento; o
- b) dalle disposizioni di legge dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale, adottate a norma della direttiva 2003/72/CE.

Inoltre, l'assemblea generale delibera nelle materie per le quali all'assemblea generale di una cooperativa soggetta alla legge dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale è attribuita una competenza dalla legge di tale Stato membro o dallo statuto a norma della stessa legge.

Articolo 53
Svolgimento

Fatte salve le disposizioni previste dalla presente sezione, l'organizzazione e lo svolgimento dell'assemblea generale nonché le procedure di voto sono disciplinati dalla legge dello Stato membro della sede sociale della SCE applicabile alle cooperative.

Articolo 54
Convocazione

1. L'assemblea generale si riunisce almeno una volta per anno civile, entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, a meno che la legge dello Stato membro della sede sociale della SCE applicabile alle cooperative che esercitano lo stesso tipo di attività della SCE preveda una frequenza superiore. Tuttavia, uno Stato membro può stabilire che la prima assemblea generale possa aver luogo entro diciotto mesi dalla costituzione della SCE.

2. L'assemblea generale può essere convocata in qualsiasi momento dall'organo di direzione, dall'organo di amministrazione, dall'organo di vigilanza o da qual-

siasi altro organo o dall'autorità competente conformemente alla legislazione nazionale dello Stato membro della sede sociale della SCE applicabile alle cooperative. Se l'organo di vigilanza ne fa richiesta, l'organo di direzione è tenuto a convocarla.

3. Quando l'assemblea generale si riunisce dopo la chiusura dell'esercizio, deve figurare all'ordine del giorno almeno l'approvazione dei conti annuali e la destinazione degli utili.

4. L'assemblea generale può deliberare, nel corso di una riunione, la convocazione di una nuova riunione, fissandone la data e l'ordine del giorno.

Articolo 55
Convocazione su richiesta della minoranza dei soci

La convocazione dell'assemblea generale e la fissazione dell'ordine del giorno della medesima possono essere richieste, congiuntamente, da oltre 5000 soci della SCE o da soci della SCE che costituiscano almeno il 10 % dei diritti di voto. Tali percentuali possono essere ridotte dallo statuto.

Articolo 56
Formalità per la convocazione, termini

1. La convocazione si effettua con qualsiasi mezzo di comunicazione scritta indirizzata a tutti coloro che hanno diritto a partecipare all'assemblea generale della SCE a norma dell'articolo 58, paragrafi 1 e 2, e ai sensi delle disposizioni dello statuto. La comunicazione può avvenire tramite la pubblicazione ufficiale interna della SCE.

2. L'avviso di convocazione deve contenere almeno le seguenti indicazioni:

- la denominazione sociale e la sede sociale della SCE,
- il luogo, la data e l'ora della riunione,
- se necessario, la natura dell'assemblea generale,
- l'ordine del giorno con l'indicazione degli argomenti da trattare, nonché delle proposte di deliberazione.

3. Il periodo fra la data di invio della convocazione di cui al paragrafo 1 e la data della prima riunione dell'assemblea generale dev'essere di almeno trenta giorni. Tuttavia, il termine può essere ridotto a quindici giorni in caso di urgenza. Qualora siano applicate le disposizioni dell'articolo 61, paragrafo 4, concernenti le norme in materia di quorum, il tempo che deve intercorrere tra la prima e la seconda riunione convocata per discutere lo stesso ordine del giorno può essere ridotto conformemente alla legge dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale.

Articolo 57
Iscrizione di nuovi punti all'ordine del giorno

L'iscrizione di uno o più punti nell'ordine del giorno

di qualsiasi assemblea generale può essere richiesta, congiuntamente, da oltre 5000 soci della SCE o da soci della SCE che costituiscano almeno il 10 % dei diritti di voto. Tali percentuali possono essere ridotte dallo statuto.

Articolo 58

Partecipazione e rappresentanza

1. Tutti i soci sono autorizzati a partecipare all'assemblea generale con voto deliberativo sui punti all'ordine del giorno.

2. I membri degli organi della SCE e i detentori di titoli diversi dalle quote e di obbligazioni, a norma dell'articolo 64, e, se consentito dallo statuto, qualsiasi altra persona abilitata dalla legge dello Stato della sede sociale della SCE possono assistere all'assemblea generale senza diritto di voto.

3. Gli aventi diritto al voto possono farsi rappresentare all'assemblea generale da un mandatario secondo le modalità previste dallo statuto.

Lo statuto stabilisce il numero massimo di deleghe che possono essere conferite ad un mandatario.

4. Lo statuto può ammettere il voto per corrispondenza o elettronico, definendone le modalità.

Articolo 59

Diritto di voto

1. Ad ogni socio della SCE è attribuito un voto, qualunque sia il numero di quote che detiene.

2. Qualora la legislazione dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale lo consenta, lo statuto può prevedere che un socio disponga di un numero di voti in base alla sua partecipazione alle attività della cooperativa, diverse dalla partecipazione al capitale. Tale attribuzione non può superare 5 voti per ciascun socio o, se inferiore, il 30 % del totale dei diritti di voto.

Qualora la legislazione dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale lo consenta, lo statuto di una SCE connessa ad attività finanziarie o assicurative può prevedere che il numero di voti sia determinato in base alla partecipazione dei soci alle attività della cooperativa, inclusa la partecipazione al capitale della SCE. Tale attribuzione non può superare 5 voti per ciascun socio o, se inferiore, il 20 % del totale dei diritti di voto.

Qualora la legislazione dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale lo consenta, lo statuto delle SCE in cui la maggioranza dei soci è costituita da cooperative può prevedere che il numero dei voti sia determinato in base alla partecipazione dei soci alle attività della cooperativa, inclusa la partecipazione al capitale della SCE, e/o in base al numero di soci di ciascuna entità che la costituisce.

3. Riguardo ai diritti di voto che lo statuto può attribuire ai soci non utilizzatori (sovventori), la SCE è disciplinata dalla legislazione dello Stato membro in cui

ha sede sociale la SCE. Tuttavia, ai soci non utilizzatori (sovventori) non può essere attribuito più del 25 % del totale dei diritti di voto.

4. Lo statuto della SCE può prevedere, qualora al momento dell'entrata in vigore del presente regolamento ciò sia consentito dalla legislazione dello Stato membro in cui tale SCE ha la sede sociale, che i rappresentanti dei lavoratori partecipino alle assemblee generali, alle assemblee separate o settoriali, a condizione che tali rappresentanti dei lavoratori non controllino congiuntamente più del 15 % del totale dei diritti di voto. Questo diritto decade con il trasferimento della sede sociale della SCE in uno Stato membro la cui legislazione non preveda tale partecipazione.

Articolo 60

Diritto all'informazione

1. Ogni socio che ne faccia richiesta in sede di assemblea generale ha il diritto di ottenere da parte dell'organo di direzione o dell'organo di amministrazione informazioni sulle attività della SCE connesse agli argomenti sui quali l'assemblea generale può deliberare a norma dell'articolo 61, paragrafo 1. Le informazioni sono fornite per quanto possibile nella stessa assemblea generale.

2. L'organo di direzione o l'organo di amministrazione possono rifiutare la comunicazione di un'informazione soltanto qualora essa sia:

- di natura tale da recare grave pregiudizio alla SCE,
- incompatibile con l'obbligo di riservatezza previsto dalla legge.

3. Se l'informazione è stata negata ad un socio, quest'ultimo può esigere che la sua richiesta e i motivi del diniego siano messi a verbale dell'assemblea generale.

4. Nei dieci giorni precedenti l'assemblea generale che deve pronunciarsi sulla chiusura dell'esercizio, i soci possono prendere visione del bilancio, del conto profitti e perdite con relativo allegato, della relazione sulla gestione, delle conclusioni risultanti dal controllo dei conti effettuato dalla persona che ne è responsabile nonché, se si tratta di un'impresa madre ai sensi della direttiva 83/349/CEE, dei conti consolidati.

Articolo 61

Deliberazione

1. L'assemblea generale può deliberare su argomenti iscritti all'ordine del giorno. L'assemblea generale può inoltre deliberare su argomenti iscritti all'ordine del giorno da una minoranza di soci a norma delle disposizioni dell'articolo 57.

2. L'assemblea generale delibera a maggioranza dei voti validamente espressi dai soci presenti o rappresentati.

3. Lo statuto stabilisce le norme relative al quorum ed alla maggioranza applicabili alle assemblee generali.

Lo statuto, qualora preveda la possibilità che la SCE ammetta soci sovventori (non utilizzatori), o assegni i voti in base alla partecipazione al capitale nelle SCE connesse ad attività finanziarie o assicurative, stabilisce inoltre norme specifiche relative al quorum per quanto concerne i soci diversi da quelli sovventori (non utilizzatori) o dai soci che hanno diritti di voto in base alla partecipazione al capitale nelle SCE connesse ad attività finanziarie o assicurative. Gli Stati membri fissano il livello minimo di tali norme relative al quorum per le SCE che hanno la sede sociale nel loro territorio.

4. L'assemblea generale chiamata a pronunciarsi su una decisione che comporta la modifica dello statuto delibera validamente in prima convocazione unicamente se i soci presenti o rappresentati costituiscono almeno la metà dei soci; in seconda convocazione, per lo stesso ordine del giorno, non è richiesto alcun quorum.

Nei casi di cui al primo comma l'assemblea generale delibera alla maggioranza di due terzi dei voti validamente espressi a meno che la legge applicabile alle cooperative nello membro Stato in cui ha sede sociale la SCE preveda una maggioranza più elevata.

Articolo 62
Verbale

1. Dev'essere redatto un verbale di ogni riunione dell'assemblea generale. Il verbale deve contenere almeno le seguenti indicazioni:

- la data e il luogo della riunione,
- l'oggetto delle deliberazioni,
- il risultato delle votazioni.

2. Al verbale devono essere allegati l'elenco dei presenti, i documenti relativi alla convocazione dell'assemblea generale nonché le relazioni distribuite ai soci relative agli argomenti all'ordine del giorno.

3. Il verbale e i documenti allegati devono essere conservati almeno per cinque anni. Ogni socio può, dietro rimborso delle spese amministrative e su semplice richiesta, ottenere copia del verbale e dei documenti allegati.

4. Il verbale è firmato dal presidente dell'assemblea.

Articolo 63
Assemblee settoriali o separate

1. Lo statuto di una SCE che esercita varie attività o esercita attività in più unità territoriali o possiede più stabilimenti o ha un numero di soci superiore a cinquecento, può, se ciò è consentito dalla legislazione degli Stati membri interessati, prevedere assemblee settoriali o separate. Lo statuto determina la suddivisione in settori o sezioni e il numero dei rispettivi delegati.

2. Le assemblee settoriali o separate eleggono i loro delegati per un periodo massimo di quattro anni; tutta-

via essi possono essere revocati anticipatamente. I delegati, designati secondo tali modalità, costituiscono l'assemblea generale della SCE, in cui rappresentano il loro settore o la loro sezione; essi riferiscono a questi ultimi in merito ai risultati dell'assemblea generale. Le disposizioni della sezione quarta del capo III si applicano ai lavori delle assemblee settoriali e separate.

CAPO IV
EMISSIONE DI TITOLI
CHE CONFERISCONO
VANTAGGI PARTICOLARI

Articolo 64
*Titoli diversi dalle quote e obbligazioni
che conferiscono vantaggi particolari*

1. Lo statuto della SCE può prevedere l'emissione di titoli diversi dalle quote o di obbligazioni privi di diritto di voto, che possono essere sottoscritti dai soci o da qualunque persona estranea alla SCE, ma la cui acquisizione non conferisce la qualità di socio. Lo statuto fissa anche le modalità di rimborso.

2. I detentori dei titoli o delle obbligazioni di cui al paragrafo 1 possono usufruire di vantaggi particolari in conformità dello statuto o delle condizioni fissate all'atto della loro emissione.

3. Il valore nominale complessivo dei titoli o delle obbligazioni di cui al paragrafo 1 detenuti non può superare l'ammontare stabilito nello statuto.

4. Fatto salvo il diritto di partecipazione all'assemblea generale previsto all'articolo 58, paragrafo 2, lo statuto può prevedere la riunione dei detentori dei titoli o delle obbligazioni di cui al paragrafo 1 in assemblea speciale. Prima di qualsiasi decisione dell'assemblea generale connessa ai diritti e agli interessi di tali detentori, l'assemblea speciale può emettere un parere che è portato a conoscenza dell'assemblea generale dai mandatarî dell'assemblea speciale.

Del parere di cui al primo comma è fatta menzione nel verbale dell'assemblea generale.

CAPO V
DESTINAZIONE DEGLI UTILI

Articolo 65
Riserva legale

1. Fatte salve le disposizioni obbligatorie previste dalla legislazione nazionale, lo statuto determina le norme che disciplinano la destinazione dell'avanzo di bilancio di ogni esercizio.

2. In caso vi sia tale avanzo di bilancio, lo statuto prevede, prima di ogni altra destinazione, la costituzione di una riserva legale mediante prelievo da tale avanzo.

Finché tale riserva non è pari al capitale di cui al-

l'articolo 3, paragrafo 2, il prelievo effettuato all'uopo non può essere inferiore al 15 % dell'avanzo di bilancio d'esercizio dopo la detrazione delle perdite riportate da esercizi precedenti.

3. I soci uscenti non possono vantare alcun diritto sulle somme in tal modo destinate a riserva legale.

Articolo 66
Ristorno

Lo statuto può prevedere il versamento di un ristorno a favore dei soci proporzionale alle operazioni da questi compiute con la SCE o al lavoro da questi ad essa prestato.

Articolo 67
Destinazione dell'avanzo di bilancio

1. Il saldo dell'avanzo di bilancio dopo l'assegnazione a riserva legale, eventualmente detratte le somme destinate al ristorno e aggiunti gli utili riportati nonché i prelievi sulle riserve, oppure detratte le perdite, costituisce gli utili distribuibili.

2. L'assemblea generale chiamata a deliberare sui conti dell'esercizio può destinare tale avanzo nell'ordine e nella percentuale stabiliti dallo statuto ed in particolare:

- riportandoli a nuovo,
- accantonando tutti i fondi di riserva, legale o statutaria,
- remunerando i capitali liberati e i quasi capitali, il cui pagamento può aver luogo in denaro o per assegnazione di quote.

3. Lo statuto può anche escludere ogni distribuzione.

CAPO VI
CONTI ANNUALI E CONTI CONSOLIDATI

Articolo 68
Redazione dei conti annuali e dei conti consolidati

1. La SCE è sottoposta, per quanto riguarda la redazione dei conti annuali e, se del caso, dei conti consolidati, compresa la relazione sulla gestione che li accompagna, i loro controlli e la loro pubblicità, alle disposizioni della legislazione dello Stato membro in cui ha sede sociale adottate in applicazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE. Tuttavia, gli Stati membri possono prevedere modifiche delle disposizioni nazionali d'applicazione di tali direttive, per tenere conto delle specificità delle cooperative.

2. Quando la SCE non è sottoposta dalla legislazione dello Stato membro in cui ha la sede sociale ad un obbligo di pubblicità come previsto nell'articolo 3 della direttiva 68/151/CEE, la SCE deve almeno tenere i documenti relativi ai conti annuali a disposizione del pub-

blico presso la propria sede sociale. Copia di tali documenti deve poter essere ottenuta su semplice richiesta. Il prezzo richiesto per tale copia non può eccedere il suo costo amministrativo.

3. La SCE deve redigere i conti annuali e, se del caso, i conti consolidati nella valuta nazionale. Anche una SCE che ha la sede sociale in un paese al di fuori della zona euro può redigere i conti annuali e, se del caso, quelli consolidati in euro. In tal caso, l'allegato deve precisare le basi di conversione utilizzate per esprimere in euro gli elementi contenuti nei conti che sono o erano originariamente espressi in un'altra valuta.

Articolo 69
Conti delle SCE che svolgano attività redditizie o finanziarie

1. Le SCE che siano enti creditizi o istituti finanziari sono soggette, per quanto riguarda la redazione dei loro conti annuali e, se del caso, dei conti consolidati, compresa la relazione sulla gestione che li accompagna, la loro verifica e pubblicità, alle disposizioni della legislazione nazionale dello Stato membro in cui ha sede sociale, adottate in applicazione delle direttive relative all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio.

2. Le SCE che siano imprese di assicurazioni sono soggette, per quanto riguarda la redazione dei loro conti annuali e, se del caso, dei conti consolidati, compresa la relazione sulla gestione che li accompagna, la loro verifica e pubblicità, alle disposizioni della legislazione dello Stato membro in cui ha sede sociale, adottate in applicazione delle direttive del Consiglio.

Articolo 70
Controllo legale dei conti

Il controllo legale dei conti annuali e, se del caso, dei conti consolidati, della SCE è effettuato da una o più persone abilitate nello Stato membro in cui ha sede sociale la SCE ai sensi delle disposizioni adottate da tale Stato in applicazione delle direttive 84/253/CEE e 89/48/CEE.

Articolo 71
Sistema di revisione e di controllo

Qualora la legislazione di uno Stato membro renda obbligatorie per tutte le cooperative, o per alcuni tipi di cooperative, soggette alla sua giurisdizione l'adesione a un organismo esterno legalmente abilitato e l'applicazione di un sistema specifico di revisione e di controllo esercitato da tale organismo, le disposizioni sono automaticamente applicabili alla SCE la cui sede sociale si trovi in detto Stato membro, a condizione che tale organismo soddisfi i requisiti di cui alla direttiva 84/253/CEE.

CAPO VII
SCIoglimento, LIQUIDAZIONE,
INSOLVENZA E CESSAZIONE DEI PAGAMENTI

Articolo 72
Scioglimento, insolvenza e procedure analoghe

Per quanto riguarda lo scioglimento, la liquidazione, l'insolvenza, la cessazione dei pagamenti e le procedure analoghe, la SCE è soggetta alle disposizioni legislative che sarebbero applicabili se essa fosse una cooperativa costituita conformemente alla legge dello Stato membro in cui la SCE ha sede sociale, comprese quelle relative alle procedure decisionali dell'assemblea generale.

Articolo 73
Scioglimento per atto dell'organo giurisdizionale o di altre autorità competenti dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale

1. Su richiesta di chiunque abbia un interesse legittimo o di un'autorità competente, l'organo giurisdizionale o qualsiasi autorità amministrativa competente dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale, deve pronunciare lo scioglimento di quest'ultima se accerta che le disposizioni dell'articolo 2, paragrafo 1, e/o dell'articolo 3, paragrafo 2, sono state violate, nonché nei casi previsti dall'articolo 34.

L'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa competente può accordare un termine alla SCE per regolarizzare la propria situazione. Se la regolarizzazione non interviene entro tale termine, l'organo giudiziario o l'autorità amministrativa competente pronuncia lo scioglimento.

2. Qualora una SCE non soddisfi più i requisiti di cui all'articolo 6, lo Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale adotta le misure appropriate per garantire che la SCE regolarizzi entro un termine determinato la situazione:

- ristabilendo la propria amministrazione centrale nello Stato membro della sede sociale, oppure
- procedendo al trasferimento della sede sociale mediante la procedura di cui all'articolo 7.

3. Lo Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale adotta le misure necessarie a garantire che la SCE che ometta di regolarizzare la propria situazione ai sensi del paragrafo 2, sia liquidata.

4. Lo Stato membro della sede sociale della SCE propone un ricorso giurisdizionale, o altro ricorso idoneo, avverso le violazioni accertate dell'articolo 6. Tale ricorso ha effetto sospensivo sulle procedure previste ai paragrafi 2 e 3.

5. Qualora si constati, su iniziativa delle autorità ovvero su iniziativa di qualsiasi parte interessata, che una SCE ha la propria amministrazione centrale nel territorio di uno Stato membro in violazione dell'articolo 6, le

autorità di tale Stato membro ne informano senza indugio lo Stato membro in cui si trova la sede sociale della SCE.

Articolo 74
Pubblicità dello scioglimento

L'apertura di una procedura di scioglimento incluso lo scioglimento volontario, liquidazione, insolvenza o cessazione dei pagamenti nonché la sua chiusura e la decisione di proseguire l'attività sono soggette a pubblicità a norma dell'articolo 12, fatte salve le disposizioni della legislazione nazionale che impongono ulteriori misure di pubblicità.

Articolo 75
Devoluzione dell'attivo

L'attivo netto è devoluto in funzione del principio di devoluzione disinteressata o, qualora ciò sia consentito dalla legislazione dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale, in funzione delle disposizioni alternative previste dallo statuto. Ai fini del presente articolo l'attivo netto è costituito dall'attivo che residua dopo il pagamento degli importi dovuti ai creditori e il rimborso dell'apporto di capitale dei soci.

Articolo 76
Trasformazione in cooperativa

1. La SCE può trasformarsi in cooperativa soggetta alla legislazione dello Stato membro in cui ha sede sociale. La decisione di trasformazione non può essere presa prima che siano trascorsi due anni dalla sua iscrizione e finché non siano stati approvati i due primi conti annuali.

2. La trasformazione di una SCE in cooperativa non comporta scioglimento né creazione di una nuova persona giuridica.

3. L'organo di direzione o di amministrazione della SCE redige un progetto di trasformazione e una relazione in cui illustra e giustifica gli aspetti giuridici ed economici, nonché gli effetti occupazionali, della trasformazione stessa e indica le conseguenze dell'adozione della forma di cooperativa per i soci e i detentori dei titoli di cui all'articolo 14 nonché per i lavoratori.

4. Il progetto di trasformazione è reso pubblico, secondo le modalità previste dalla legislazione di ciascuno Stato membro, almeno un mese prima della data prevista per la riunione dell'assemblea generale chiamata a pronunciarsi sulla trasformazione.

5. Prima dell'assemblea generale di cui al paragrafo 6, uno o più esperti indipendenti, designati o abilitati secondo le disposizioni nazionali da un'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro cui è soggetta la SCE che si trasforma in cooperativa, attestano

che quest'ultima dispone di un attivo corrispondente almeno al capitale.

6. L'assemblea generale della SCE approva il progetto di trasformazione nonché lo statuto della cooperativa. La decisione dell'assemblea generale è adottata alle condizioni previste dalle disposizioni nazionali.

CAPO VIII
DISPOSIZIONI COMPLEMENTARI
E TRANSITORIE

Articolo 77
Unione economica e monetaria

1. Se e fintantoché la terza fase dell'Unione economica e monetaria (UEM) non è applicabile nei suoi confronti, ogni Stato membro può applicare alle SCE che hanno la propria sede sociale nel suo territorio le stesse disposizioni che si applicano alle cooperative o alle società per azioni soggette alla sua legislazione per quanto concerne l'espressione del loro capitale. La SCE può comunque esprimere il suo capitale anche in euro. In questo caso il tasso di conversione fra la valuta nazionale e l'euro è quello dell'ultimo giorno del mese precedente la costituzione della SCE.

2. Se e fintantoché la terza fase dell'UEM non è applicabile nei confronti dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale, la SCE può comunque redigere e pubblicare i suoi conti annuali e, se del caso, i conti consolidati in euro. Lo Stato membro può esigere che i conti annuali e, se del caso, i conti consolidati della SCE siano redatti e pubblicati nella valuta nazionale alle stesse condizioni previste per le cooperative e le società per azioni soggette alla legislazione di tale Stato membro. Ciò non pregiudica la possibilità addizionale per la SCE di pubblicare i conti annuali e, se del caso, i conti consolidati in euro, ai sensi della direttiva 90/604/CEE del Consiglio, dell'8 novembre 1990, che modifica la direttiva 78/660/CEE sui conti annuali e la direttiva 83/349/CEE sui conti consolidati per quanto riguarda le deroghe a favore delle piccole e medie società nonché la pubblicazione dei conti in ecu(20).

CAPO IX
DISPOSIZIONI FINALI

Articolo 78
Norme nazionali di attuazione

1. Gli Stati membri prendono le disposizioni appropriate per assicurare un'attuazione efficace del presente regolamento.

2. Ciascuno Stato membro designa le autorità competenti ai sensi degli articoli 7, 21, 29, 30, 54, e 73. Esso ne informa la Commissione e gli altri Stati membri.

Articolo 79
Riesame del regolamento

Entro cinque anni dall'entrata in vigore del presente regolamento, la Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione del regolamento e, se del caso, proposte di modifica. La relazione analizza in particolare l'opportunità di:

a) consentire l'ubicazione dell'amministrazione centrale e della sede sociale di una SCE in Stati membri diversi;

b) permettere che nelle leggi che uno Stato membro emana nell'esercizio delle competenze conferitegli dal presente regolamento o per garantirne l'effettiva applicazione ad una SCE, esso possa ammettere che nello statuto della SCE siano inserite disposizioni che da dette leggi si discostino o le integrino, anche qualora tali disposizioni non fossero consentite nello statuto di una cooperativa con sede sociale nello Stato membro in questione;

c) permettere che la SCE possa frazionarsi in due o più cooperative nazionali;

d) permettere specifici mezzi di impugnazione in caso di frode o errore durante l'iscrizione di una SCE costituita mediante fusione.

Articolo 80
Entrata in vigore

Il presente regolamento entra in vigore il terzo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Esso si applica a decorrere dal 18 agosto 2006.

IL COMMENTO
di Egidio Marra

Il MEC (Mercato Comune Europeo) nacque per favorire l'integrazione economica tra gli Stati europei, mantenendo al centro dell'attenzione il "mercato"; e proprio il mercato interno dell'Unione Europea - se-

condo le valutazioni del Consiglio dell'UE - subisce condizionamenti negativi dalla presenza di un quadro giuridico e amministrativo in gran parte basato sulle legislazioni nazionali.

La volontà di ridurre tali condizionamenti, da parte degli organi comunitari, ha prima dato vita alla società europea (SE) e poi al regolamento 1435/2003 relativo allo statuto della società cooperativa europea (SCE).

L'intento dichiarato è di fornire un quadro giuridico adeguato allo sviluppo delle attività transnazionali delle cooperative. In questo quadro, per esplicita previsione dei *considerando* 16 e 17, sono esclusi i settori concernenti fiscalità, concorrenza, proprietà intellettuale, insolvenza e gli altri settori del diritto non contemplati.

Il regolamento raffigura un atto normativo a contenuto generale di natura vincolante, emanato da un organo comunitario in forza dell'art. 249 del Trattato istitutivo della Comunità europea, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile negli Stati membri, anche per l'autorità giudiziaria.

Il regolamento si applica a decorrere dal 18 agosto 2006 (duemilasei), salva la facoltà di riesame entro 5 anni dall'entrata in vigore; suo scopo essenziale è di consentire che persone fisiche o giuridiche residenti in Stati membri della UE possano costituire una cooperativa europea.

Nel quadro giuridico delineato dal regolamento 1435/2003 - confermata per le cooperative la natura di gruppi di persone fisiche o giuridiche soggetti a peculiari principi, diversi da quelli applicabili agli altri operatori economici - le linee guida che emergono sono sostanzialmente le seguenti, più volte ribadite dal legislatore comunitario:

- favorire il coinvolgimento dei lavoratori nella SCE, applicando la direttiva 2003/72/CE (1) in concomitanza con il regolamento 1435/2003 quale complemento indissociabile e vincolante di questo;
- favorire l'esercizio del diritto all'informazione;
- applicare, nei casi previsti dal regolamento, le norme nazionali sulle cooperative e sulle società per azioni;
- non pregiudicare la legislazione dello Stato nel cui territorio la SCE ha stabilito la sede sociale e degli Stati nei quali hanno residenza o sede i singoli soci.

Coinvolgimento dei lavoratori

La ferma volontà di inserire i lavoratori nei processi decisionali concernenti la SCE è ribadita di continuo nel regolamento, con disposizioni tassative.

Tra le più significative vanno ricordate:

- l'impossibilità di procedere all'iscrizione nel registro delle imprese di ogni SCE, ove manchi la previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori, ai sensi della direttiva 2003/72;
- l'illegittimità e l'incompatibilità dello statuto della SCE ove esso sia in conflitto con le modalità medesime;
- l'inserimento di tali modalità sia nel progetto di fusione sia in quello di trasformazione;

- in caso di trasferimento della sede, l'obbligo per l'organo amministrativo di predisporre la relazione nella quale siano spiegati e giustificati gli effetti occupazionali.

Notaio e controllo di legittimità

Insieme con l'obbligo di adottare le appropriate disposizioni "... per assicurare l'attuazione efficace del regolamento 1435/2003...", per gli Stati membri è obbligatoria la designazione di coloro [organo giurisdizionale, notaio o altra autorità competente] i quali saranno abilitati al rilascio del certificato che attesti "in modo probante" l'adempimento di atti e formalità obbligatori, nei casi previsti dal regolamento.

L'obbligo del conseguimento - in varie fasi nella vita della SCE - di siffatto certificato, equiparabile a una sorta di omologazione, crea un ruolo centrale e determinante per il notaio-pubblico ufficiale.

I reiterati obblighi di intervento del pubblico ufficiale per il controllo di legittimità sono previsti per la costituzione, la fusione, la trasformazione e il trasferimento della sede (artt. 5, 30 e ss.) con la grave sanzione dello scioglimento della SCE comminata in mancanza di tale controllo (art. 34).

Costituzione

Per avere una cooperativa europea si dovrà tener conto di questi criteri generali:

- soci con nazionalità di due o più Paesi membri dell'UE;
- preminenza delle persone fisiche;
- soddisfacimento dei bisogni dei soci;
- devoluzione dell'attivo netto;
- mantenimento degli specifici obblighi e divieti previsti dalla legislazione degli Stati membri.

Ove i requisiti soggettivi e oggettivi sussistano, la nascita di una SCE può aversi per costituzione, fusione o trasformazione.

I requisiti soggettivi sono:

per la costituzione

- almeno 5 persone fisiche residenti in almeno 2 Stati membri;
- almeno 5 persone fisiche e società o altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato di almeno 2 Stati membri diversi;
- più società soggette alla giurisdizione di almeno 2 Stati membri diversi;

per la fusione

- più cooperative con sede sociale e amministrazione centrale in almeno 2 Stati membri;

per la trasformazione

- una cooperativa costituita secondo la legge di uno

Nota:

(1) Il testo della direttiva 2003/72/CE è disponibile al seguente indirizzo <http://www.ipsa.it/isonline/documenti/legislazione/030828direttivalav-SCE.pdf>.

Stato membro e con sede nell'ambito dell'UE, se ha da almeno 2 anni una filiazione soggetta alla legge di altro Stato membro.

I requisiti oggettivi sono:

- scrittura privata, quale requisito di forma;
 - lo statuto non deve mai essere in conflitto con le modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori, come stabilite dalla direttiva 2003/72;
 - capitale sottoscritto di almeno 30.000 euro;
 - capitale costituito solo da elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica;
 - quote nominative, di valore uguale nell'ambito di ciascuna categoria;
 - nei conferimenti in denaro, quote liberate al momento della sottoscrizione per almeno il 25% del valore nominale;
 - nei conferimenti “non in contanti”, quote liberate integralmente in sede di sottoscrizione;
 - indicazione esatta dell'oggetto sociale;
- oltre agli altri elementi [simili a quelli previsti dalla legislazione italiana] specificamente indicati all'art. 5 del regolamento.

Salva la legge nazionale per le eventuali particolari restrizioni correlate a quella determinata cooperativa, lo statuto potrà dettarne la disciplina per gli aspetti espressamente consentiti dal regolamento 1435/2003.

Lo statuto avrà pertanto una struttura per un verso rigida [delineata dal regolamento] e per altro verso flessibile e multiforme [delineata dalla legislazione degli Stati membri di riferimento], con i dettagli indicati al successivo paragrafo “Soci e capitale”.

Gli organi della SCE sono l'assemblea generale e - a seconda della scelta effettuata nello statuto - l'organo di amministrazione [sistema monistico] oppure l'organo di direzione affiancato dall'organo di vigilanza [sistema dualistico].

Fusione o trasformazione

La nascita della SCE può aversi anche:

- *mediante fusione* (in senso stretto o per incorporazione), sulla base della disciplina dettata dal regolamento agli artt. 19 e ss. con l'abituale rinvio alla legislazione nazionale sulle cooperative o, in mancanza, sulle società per azioni.

È data facoltà agli Stati membri di stabilire con legge eventuali motivi di ordine pubblico che potranno consentire alle autorità competenti l'opposizione alla fusione, purché l'opposizione si attui prima del rilascio del certificato di attestazione di avvenuto adempimento degli atti e delle formalità preliminari alla fusione e purché l'opposizione possa essere impugnata dinanzi all'autorità giudiziaria.

Tra le varie previsioni del regolamento (vedi art. 22), si segnala che il progetto di fusione deve anche contenere

“... le forme di protezione dei diritti dei creditori delle cooperative che si fondono;

... tutti i vantaggi particolari attribuiti agli esperti che esaminano il progetto di fusione

... informazioni circa il coinvolgimento dei lavoratori...”

e che alla fusione transfrontaliera di cooperative per la costituzione di una SCE si applica, per analogia, la legge sul progetto di fusione applicabile alla società per azioni.

Per ciascuna cooperativa che si fonde, uno o più esperti indipendenti esaminano il progetto di fusione e redigono per i soci una relazione scritta.

Gli esperti vengono designati dalla cooperativa, seguendo la procedura stabilita per le società per azioni dalla legge dello Stato membro ove è situata la sede sociale.

Deve essere resa pubblica la fusione per ciascuna cooperativa che si fonde.

– *mediante trasformazione*

Una cooperativa si può trasformare in SCE alle seguenti condizioni:

- redigere il progetto e la relazione per la trasformazione e rispettare gli obblighi di pubblicità;
- acquisire il certificato di legittimità (richiamato al paragrafo “Notaio e controllo di legittimità”);
- lasciare invariata l'ubicazione della sede sociale;
- mantenere invariati i diritti e gli obblighi sui contratti di lavoro individuali e collettivi.

Personalità giuridica

Per la SCE è obbligatoria l'iscrizione nel registro delle imprese, o altro registro equipollente designato per le società per azioni dalla legislazione dello Stato membro nel cui territorio la SCE ha la sede sociale.

L'iscrizione può aver luogo soltanto previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori [vedi art. 4 direttiva 2003/72], salvo le diverse modalità consentite da detta direttiva.

Con l'iscrizione nel registro delle imprese, nello Stato membro in cui ha la sede sociale, la SCE acquisisce la personalità giuridica.

Dopo l'iscrizione, la SCE può dichiarare di assumere gli obblighi che derivano da atti compiuti in suo nome prima dell'iscrizione: in mancanza, i soggetti che li hanno compiuti ne sono responsabili solidalmente e illimitatamente salvo convenzione contraria.

Soci e capitale

Sono disciplinati dallo statuto l'acquisto, la cessione, l'esclusione e la perdita della qualità di socio nonché i requisiti e le modalità per l'ingresso di nuovi soci.

L'indirizzo di ciascun socio, il numero e la categoria delle quote possedute devono essere riportati in uno schedario alfabetico che la SCE è tenuta a mantenere presso la sede sociale, consultabile su richiesta di chiunque abbia un interesse legittimo.

Dopo aver premesso nel *considerando* 15 che “... nel regolamento il termine capitale dovrebbe riferirsi uni-

camente al capitale sottoscritto e non a eventuali attivi comuni/mezzi propri della SCE non distribuiti”, il regolamento stabilisce all’art. 4 che il capitale sottoscritto della SCE è rappresentato dalle quote dei soci espresse nella valuta nazionale.

La nomina di esperti e la valutazione di conferimenti non in denaro sono disciplinati dalla legge sulle società per azioni applicabile nello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale.

Publicità e informazione

Il regolamento impone di dare pubblicità ai momenti significativi della SCE, con le modalità stabilite negli Stati membri per le società per azioni.

Salve le disposizioni della legislazione nazionale per eventuali ulteriori obblighi al riguardo, sono soggetti a pubblicità (oltre alla costituzione) le vicende concernenti:

- procedure di scioglimento, volontarie o non;
- liquidazione, insolvenza o cessazione dei pagamenti.

Adempiuti gli obblighi di pubblicità di cui sopra, si deve pubblicare a titolo informativo nella G.U. dell’Unione europea una comunicazione nei casi di iscrizione e di cancellazione dell’iscrizione di una SCE.

Per favorire l’informazione, vari obblighi sono posti a carico degli organi della SCE in parallelo con gli sviluppi delle vicende sociali.

Di particolare rilevanza appaiono i diritti per i soci e per altri soggetti di esaminare:

- in qualsiasi momento, lo schedario alfabetico dei soci;
- almeno un mese prima, il progetto di trasferimento della sede sociale e la relazione scritta redatta dagli esperti indipendenti (e gli altri documenti elencati all’art. 25) in caso di fusione;

idem in caso di trasformazione.

Il diritto all’informazione è tutelato anche da obblighi di diffusione periodica di notizie (artt. 40, 43 e 60), senza ignorare le esigenze di riservatezza (art. 49).

Assemblea

Rientrano nelle competenze dell’assemblea generale le materie previste specificamente o dal regolamento oppure - se adottate a norma della direttiva 2003/72 sul coinvolgimento dei lavoratori - dalle leggi dello Stato in cui la SCE ha la sede sociale.

Sono salve le previsioni per le operazioni soggette ad autorizzazione (art. 48) e le eventuali ulteriori competenze specifiche riservate all’assemblea dalla legge nazionale e dallo statuto di una cooperativa.

L’assemblea deve riunirsi almeno una volta per anno civile entro sei mesi dalla chiusura dell’esercizio, salvo la prima che può riunirsi entro 18 mesi dalla costituzione della SCE.

La convocazione va fatta per iscritto e spedita con un preavviso di almeno 30 giorni, con qualsiasi mezzo

di comunicazione, o mediante avviso dato attraverso una pubblicazione ufficiale interna della SCE.

Nell’ordine del giorno di qualsiasi assemblea generale, cinquemila soci della SCE o tanti soci che costituiscano almeno il dieci per cento dei diritti di voto possono chiedere l’iscrizione di uno o più punti.

Sugli argomenti iscritti all’ordine del giorno l’assemblea delibera a maggioranza dei voti validamente espressi dai soci presenti, i quali dovranno raggiungere il *quorum* previsto nello statuto.

L’art. 50 del regolamento disciplina in dettaglio sul *quorum*.

Per ogni riunione dell’assemblea deve essere redatto il verbale, che sarà firmato dal solo presidente; al verbale devono essere allegati l’elenco dei presenti, i documenti per la convocazione e le relazioni distribuite ai soci per gli argomenti all’ordine del giorno.

Amministrazione e vigilanza

A seconda della scelta adottata in sede di costituzione, nella SCE vi saranno un organo di direzione affiancato da un organo di vigilanza (sistema dualistico) oppure un organo di amministrazione (sistema monistico).

Nel sistema dualistico:

l’organo di direzione:

- può essere monocratico o collegiale;
- viene nominato o revocato dall’organo di vigilanza (salve le eventuali diverse specifiche previsioni della legge dello Stato in cui vi è la sede sociale);
- ha i poteri di gestione e di rappresentanza nei confronti dei terzi e in giudizio;

l’organo di vigilanza:

- è composto dal numero di membri stabilito dallo statuto (salve le norme della legislazione nazionale);
- viene nominato e revocato dall’assemblea;
- controlla la gestione dell’organo di direzione.

Nel sistema monastico:

l’organo di amministrazione:

- è collegiale e viene nominato (insieme con gli eventuali supplenti) dall’assemblea;
- gestisce la SCE e la rappresenta nei confronti dei terzi e in giudizio.

Per entrambi i sistemi (dualistico e monistico), i membri degli organi sono nominati per un periodo non superiore a sei anni e sono rieleggibili.

Poteri e rappresentanza

Le categorie di operazioni per le quali si richiede un’autorizzazione dell’organo di vigilanza o dell’assemblea devono essere elencate nello statuto, ma sono sempre “inopponibili” ai terzi le eventuali limitazioni dei poteri degli organi della SCE, sia se contenute nello statuto sia se adottate dagli organi competenti, anche in presenza di regolare pubblicità.

Gli organi di direzione e di amministrazione, rispettivamente nel sistema dualistico e in quello monistico,

devono agire collegialmente nell'esercizio del potere di rappresentanza.

Gli organi collegiali validamente si riuniscono con la presenza di almeno la metà degli aventi diritto di voto e deliberano a maggioranza.

Ai membri è consentito delegare il potere di rappresentanza a un altro membro dell'organo o ai supplenti.

L'obbligo della collegialità può essere modificato dallo statuto, nell'ambito delle previsioni della legislazione nazionale, con l'onere di pubblicità nel registro delle imprese per l'opponibilità ai terzi.

La legislazione nazionale può consentire:

- che nello statuto si attribuisca il potere di rappresentanza a una persona o a più persone collegialmente;
- che tale disposizione sia opponibile ai terzi, purché riguardi il potere generale di rappresentanza.

Bilancio e utili

Redatto e approvato il bilancio secondo le previsioni dello statuto, l'avanzo di bilancio va destinato in pri-

mo luogo alla riserva legale e ai ristorni, se questi ultimi sono previsti dallo statuto.

La parte residua dell'avanzo di bilancio sarà utilizzata in conformità delle previsioni statutarie e delle decisioni dell'assemblea, con possibilità di distribuzione di utili.

Spetta alla legislazione dello Stato ove è situata la sede sociale il compito di stabilire - in attuazione delle direttive 84/253/CEE e 89/48/CEE - l'esecuzione del controllo legale dei conti della SCE a cura di una o più persone abilitate; analogamente, lo Stato dovrà disciplinare il sistema di revisione e di controllo.

Scioglimento e devoluzione

Si applicano le leggi dello Stato per le società cooperative, con gli obblighi ulteriori di pubblicità per la SCE.

Dopo il pagamento dei creditori e il rimborso dell'apporto di capitale dei soci, l'attivo netto sarà devoluto secondo la legislazione dello Stato in funzione del principio di devoluzione disinteressata.