

**UNIVERSITA' COMMERCIALE
"LUIGI BOCCONI"
MILANO**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMMERCIALE
XVII CICLO**

CANDIDATO: Dott. GIUSEPPE MARIA MICELI

TITOLO TESI

LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

RELATORE

CH. MO PROF.

ORESTE CAGNASSO

*A mamma, papà, Luca e, in particolare,
a Mauro*

Indice

Premessa

CAPITOLO PRIMO.

LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA TRA VECCHIA E NUOVA DISCIPLINA

PARAGRAFO I:

L'innovazione legislativa racchiusa nella formulazione degli articoli 2500 *septies* e 2500 *octies* del codice civile.

PARAGRAFO II:

- A) I limiti alla trasformazione nel codice del 1942.
- B) L'ambito di operatività e la tutela degli interessi coinvolti nella fattispecie.
- C) La trasformazione e la continuità dell'impresa.
- D) La trasformazione delle società cooperative ed il principio di omogeneità causale.
- E) I limiti impliciti alla trasformazione.

PARAGRAFO III:

La trasformazione eterogenea nella legislazione speciale:

- A) La trasformazione delle associazioni calcistiche in società.
- B) La trasformazione degli enti pubblici creditizi e degli enti pubblici economici.

PARAGRAFO IV:

La trasformazione eterogenea e la riforma dell'istituto consortile.

PARAGRAFO V:

La posizione del legislatore comunitario e dei principali ordinamenti giuridici stranieri.

PARAGRAFOVI:

Le operazioni di trasformazione nella legge delega per la riforma del diritto societario.

CAPITOLO SECONDO

I PROFILI RICOSTRUTTIVI DELLA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO.

PARAGRAFO I

A) La trasformazione eterogenea da società di capitali e in società di capitali.

B) SEGUE: La trasformazione in società di capitali.

PARAGRAFO II

Il diritto di recesso, L'assegnazione di partecipazioni nell'ente trasformando.

PARAGRAFO III

A) La trasformazione di società di capitali in consorzi e società consortili e viceversa.

B) La disciplina applicabile.

C) La disciplina speciale.

D) Gli elementi tipologici.

PARAGRAFO IV

A) La trasformazione eterogenea da e in comunione di azienda.

B) Segue: I corollari applicativi.

PARAGRAFO V

A) La trasformazione da e in associazioni e fondazioni.

- B) SEGUE: La disciplina applicabile alla trasformazione in associazione onorificata riconosciuta.
- C) La trasformazione di associazione riconosciuta in società di capitali.
- D) SEGUE: La trasformazione di società di capitali in fondazioni.
- E) SEGUE: Cenni sul procedimento della trasformazione eterogenea da e in fondazione.

PARAGRAFO VI

LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA DELLE SOCIETA' COOPERATIVE E DELLE MUTUE ASSICURATRICI:

- A) La trasformazione eterogenea delle società cooperative.
- B) La trasformazione eterogenea delle mutue assicuratrici.

CAPITOLO TERZO

I PROFILI SISTEMATICI DELLA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA.

PARAGRAFO I: La fattispecie trasformazione eterogenea ed il principio di continuità.

PARAGRAFO II: Tipicità o atipicità delle trasformazioni eterogenee: l'applicabilità dell'istituto alle società di persone; le trasformazioni "interne".

- A) Tipicità o atipicità delle trasformazioni eterogenee.
- B) L'applicabilità dell'istituto alle società di persone.
- C) Le trasformazioni e le fusioni "interne"

PARAGRAFO III: La fusione e scissione eterogenea.

PARAGRAFO IV: Cenni sulla trasformazione eterogenea delle società unipersonali.

PARAGRAFO V: La trasformazione eterogenea da e in società di avvocati.

PARAGRAFO VI: Aumenti di capitale e opzione nella trasformazione eterogenea.

PARAGRAFO VII: La trasformazione eterogenea e la riduzione del capitale per perdite.

La trasformazione da e in società di professionisti.

Bibliografia

- 1) Dottrina.
- 2) Giurisprudenza.

PREMESSA

Il presente lavoro è dedicato all'esame della nuova normativa in tema di trasformazione eterogenea e delle numerose problematiche ad essa connesse.

Posto che il legislatore della riforma ha riconosciuto espressamente la legittimità dell'operazione di trasformazione anche tra strutture organizzative diverse dalle società, si deve evidenziare che l'innovazione legislativa costituisce la risposta all'acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che, fin dall'entrata in vigore del codice del 1942, ha avuto ad oggetto l'ambito di operatività della trasformazione. Il quesito, generato dalla mancanza di un'espressa previsione legislativa e, fino al 1971, di un espresso divieto, veniva risolto alla luce dei principi desumibili dalla scarsa disciplina sulla trasformazione societaria. Per questa ragione sembra opportuno ripercorrere nella prima parte del lavoro e, per grandi linee, gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla natura giuridica della trasformazione ante Riforma.

Si tratta di un argomento che solo apparentemente esula dall'obiettivo principale del lavoro assumendo, al contrario, carattere strumentale per la soluzione di numerosi quesiti lasciati aperti dal legislatore. Solitamente il problema è affrontato nella prospettiva di individuare la cosiddetta natura giuridica della trasformazione, ponendo l'alternativa tra vicenda estintivo - costitutiva e vicenda meramente modificativa della società. Questa impostazione ha condotto la dottrina e la giurisprudenza prevalenti a qualificare la trasformazione come una semplice modificazione dell'assetto organizzativo della società consistente nell'adozione di un diverso tipo sociale e,

conseguentemente, ad escludere che la disciplina dell'istituto potesse trovare applicazione qualora nella vicenda fossero coinvolti enti diversi dalle società.

Tuttavia, nella pratica commerciale ed anche nella scienza aziendalistica, la medesima denominazione veniva adottata proprio con riferimento a questi fenomeni, al loro esame sarà dedicata particolare attenzione nella prima parte del lavoro.

L'indagine sarà indirizzata, in via preliminare, alla qualificazione di una simile operazione con riferimento alla ricostituzione in forma societaria di iniziative individuali e viceversa, quali il passaggio da impresa individuale e da comunione d'azienda in impresa collettiva, l'adozione della forma societaria da parte delle imprese familiari.

Successivamente sarà esaminata la possibilità di applicare l'istituto della trasformazione sia a figure associative non societarie quali le associazioni e le fondazioni, sia alle società cooperative.

Con riferimento a quest'ultima questione è necessario evidenziare che da sempre e, in maniera vivace, si è dibattuto in dottrina se la classificazione delle cooperative come tipo di società, causalmente caratterizzato dallo scopo mutualistico, consentisse di attuare trasformazioni che non solo incidono sul modulo organizzativo ma implicano anche un mutamento della causa del contratto. L'introduzione dell'articolo 14 l. 127/ 1971, che vieta espressamente la trasformazione di una società cooperativa in una società lucrativa, anche nel caso in cui la delibera sia adottata all'unanimità, sembrava aver ristretto notevolmente i margini e la rilevanza di una approfondita indagine sulla trasformazione eterogenea. La dottrina prevalente interpretava il divieto in modo tale da trarne il principio che l'omogeneità della causa rappresentasse il fondamento ed il limite di applicabilità della disciplina dettata per la trasformazione

societaria. In questa prospettiva saranno esaminate le diverse ricostruzioni del fenomeno evidenziando i molteplici interessi coinvolti nella fattispecie con particolare riferimento alla posizione dei creditori sociali.

Anche se il presente lavoro ha ad oggetto la disciplina di diritto comune, saranno presi in considerazione alcune delle ipotesi di trasformazione eterogenea previste dalla legislazione speciale, quali le trasformazioni delle associazioni calcistiche in società e degli enti creditizi pubblici in altri enti creditizi di qualsiasi natura. Il riferimento a queste ultime fattispecie sembra opportuno poiché risulta quantomeno singolare che il legislatore abbia superato i limiti altrimenti posti all'autonomia negoziale dei soci riconoscendo la possibilità di produrre lo stesso effetto tipico della trasformazione societaria.

Particolare rilievo assume ai fini della ricerca anche l'esame delle problematiche sottese alla trasformazione dei consorzi. Proprio la riforma dell'istituto consortile ha permesso, infatti, agli interpreti di aprire delle breccie nella consolidata opinione che la trasformazione fosse esclusivamente riservata agli enti societari, sfruttando un ragionamento che era stato espresso dalla Cassazione in riferimento alla adozione da parte delle associazioni calcistiche della forma della società per azioni o a responsabilità limitata.

Si tenterà, inoltre, di esaminare la posizione dei principali ordinamenti giuridici stranieri e del legislatore comunitario che, senza dubbio, hanno influito sull'elaborazione della nuova disciplina della trasformazione eterogenea.

A conclusione del primo capitolo l'indagine sarà rivolta ai principi dettati per le operazioni di trasformazione nella legge delega per la riforma del diritto societario.

La seconda parte della dissertazione, strutturata in due capitoli, sarà dedicata all'esame delle fattispecie introdotte, negli articoli 2500 *septies* e 2500 *octies*, dal decreto legislativo n. 6 del 17 gennaio 2003. Si tenterà di ricostruire, preliminarmente, il dato normativo risultante dalla nuova formulazione del codice civile, esaminando, in maniera dettagliata, le singole ipotesi di trasformazione eterogenea da società di capitali ed in società di capitali, ed analizzando, altresì, sia le caratteristiche del procedimento che gli effetti di ciascuna delle fattispecie.

Particolare attenzione sarà prestata alla disciplina della trasformazione eterogenea delle cooperative e delle mutue assicuratrici, evidenziando le peculiarità della fattispecie.

Terminata la ricostruzione del dato normativo si passerà, nel terzo capitolo, ad esaminare i profili sistematici del nuovo istituto. Tra i tanti aspetti non risolti dal legislatore della riforma si esaminerà, preliminarmente, quello della compatibilità del principio di continuità con la trasformazione eterogenea. Si tratta di un tema che per la sua centralità merita una particolare attenzione anche in questa sede. Posto che il quesito consiste nello stabilire se, ed a quali condizioni, il principio di continuità codificato dalla novella del 2003 possa trovare applicazione a tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea, influenzando la qualificazione della natura giuridica dell'istituto, non si può negare che la portata stessa del concetto di continuità sia, ancora oggi, oggetto di vivace dibattito dottrinale. Nonostante si sostenga diffusamente che il legislatore non abbia fatto altro che codificare i risultati dell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale prevalente sulla natura giuridica della trasformazione, si ritiene che il quesito possa trovare una adeguata soluzione alla luce di una lettura

complessiva del nuovo quadro normativo: in questa diversa prospettiva sarà impostato il tema in esame.

Particolare attenzione sarà dedicata, altresì, alle ipotesi di trasformazione eterogenea non espressamente previste dalla Riforma e, più in generale, al problema della tipicità o atipicità delle vicende trasformatrici. Si affronterà sia il tema della trasformazione eterogenea delle società di persone sia quello della cd. "fusione atipica" e della "scissione atipica", trattando anche dei numerosi punti di frizione tra la disciplina generale della trasformazione societaria e quella della trasformazione eterogenea.

Si esaminerà, altresì, la problematica della trasformazione eterogenea delle società di avvocati e delle società unipersonali.

La dissertazione sarà poi indirizzata all'esame della possibilità di ricorrere alla trasformazione eterogenea nel caso di perdite ex art. 2447 cc., affrontando anche il problema della patrimonializzazione dell'ente trasformando.

Nell'ultimo paragrafo si affronterà il tema della neutralità degli enti associativi.

CAPITOLO PRIMO

LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA TRA VECCIA E NUOVA DISCIPLINA.

PARAGRAFO I: L'innovazione legislativa racchiusa negli articoli 2500 *septies* e 2500 *octies* del codice civile.

Modificando profondamente la disciplina dettata dal codice civile del 1942 che, nella sua formulazione originaria non prevedeva che la trasformazione endosocietaria, il legislatore della riforma del diritto delle società ha riconosciuto la legittimità della trasformazione eterogenea regolando espressamente la fattispecie agli articoli 2500 *septies*, 2500 *octies*, e 2500 *novies* del codice civile.

Alla disciplina tendenzialmente completa dell'istituto non corrisponde una definizione positiva della nozione di trasformazione eterogenea e, pertanto, questa va ricavata esaminando il complesso sistema normativo e le singole fattispecie oggetto di considerazione da parte del legislatore.

L'aggettivazione "eterogenea" o "atipica", com'è noto, è stata elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice civile del 1942 per qualificare la trasformazione esterna all'area societaria avente, cioè, come punto di partenza o di arrivo un ente diverso dalle società. Pur in mancanza di una esplicita previsione legislativa e, fino al 1971, di un espresso divieto, la trasformazione eterogenea veniva considerata inammissibile nel nostro ordinamento.¹

¹ Per un resoconto del dibattito anteriore alla trasformazione si veda per tutti, O. Cagnasso, *La trasformazione delle società*, in Comm.Schlesinger, Milano, 1990.

La dottrina tradizionale circoscriveva l'operatività dell'istituto in forza di due principi ostativi desumibili dal sistema, non concorrenti ma antagonisti nelle diverse valutazioni degli interpreti.

Nonostante vi fosse chi² individuava il limite alla esplicazione dell'autonomia privata in tema di trasformazione nella esigenza di tutela del ceto creditorio, secondo l'orientamento prevalente esso era rappresentato dal "criterio di omogeneità causale" tra l'ente trasformando e l'ente risultante dalla trasformazione.

In forza di tale principio si riteneva che fossero interdette all'autonomia privata tutte le ipotesi di trasformazioni determinanti l'adozione di schemi organizzativi funzionali al perseguimento di finalità o scopi incompatibili con quelli originari e, pertanto, si negava l'ammissibilità di trasformazioni da enti con causa lucrativa a enti a scopo ideale o scopo consortile e viceversa.

Il presupposto della tesi del limite dell'omogeneità causale veniva individuato nella natura giuridica della trasformazione, considerata una modifica dell'atto costitutivo.

Nella originaria visione codicistica, infatti, l'istituto della trasformazione veniva qualificato, anche se non pacificamente, come un fenomeno riconducibile ad una modificazione, sia pure peculiare, del contratto sociale consistente nella variazione del modello organizzativo senza determinare una variazione dell'identità del soggetto trasformato che, tranne i rari casi previsti dalla legislazione speciale, non poteva essere che una società.³

² O. Cagnasso, op. cit.

³ O. Cagnasso, *Introduzione alla disciplina della trasformazione, fusione e scissione*, in *Il nuovo diritto societario*, AA. VV., Zanichelli, 2004, 221; F. Di Sabato, *Istituzioni di diritto commerciale*, II ed., Giuffrè 2004, 315. Sul dibattito relativo alla natura giuridica della trasformazione prima della riforma si veda in dottrina: G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, Torino, V edizione, 601 e ss.; M. Ghidini, *Società personali*, Padova, 1972, 925; A. Serra, *La trasformazione e la fusione della società*, in *Tratt. Rescigno*, 17, Torino, 1985; Tantini, *Trasformazione e fusione di società*, in Galgano (diretto da), *Tratt. Dir. comm. E dir. pubbl. ec.*, VIII, Padova, 1985; O. Cagnasso, *La trasformazione delle società*, op. cit.; M. Sarale, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, Milano, 1996; De Angelis, *La*

L'elaborazione della nozione della trasformazione eterogenea risulta particolarmente difficile poiché anche in sede di riforma, come già nella formulazione originaria del codice del 1942, il legislatore ha omissso la stessa definizione della trasformazione delle società.

Il problema che si presenta all'interprete teoricamente è risolvibile in una duplice prospettiva. Si potrebbe tentare di elaborare una nozione unitaria della vicenda giuridica "trasformazione" o, in una diversa prospettiva, tendente a svalutare la terminologia legislativa e la collocazione sistematica dell'istituto, qualificare in maniera autonoma le vicende trasformativè che hanno come punto di partenza o di arrivo un ente diverso dalla società.

Posto che una corretta impostazione dell'indagine non può prescindere dall'esame della nuova normativa, percorreremo l'una e l'altra strada nel terzo capitolo, tenendo conto delle peculiarità che le diverse fattispecie previste dagli artt. 2500 *septies* ed *octies* presentano rispetto alle ipotesi di trasformazione societaria al fine di individuare la soluzione ritenuta preferibile.

La trasformazione eterogenea rappresenta, senza dubbio⁴, la novità di maggiore rilievo nel panorama delle radicali ed incisive modificazioni subite dall'istituto della trasformazione ad opera del decreto legislativo n. 6 del 17 gennaio 2003.⁵

trasformazione delle società, Milano, 1998; G. Cabras, *Le trasformazioni*, in Colombo e Portale (diretto da), *Trattato Delle s.p.a.*, VII, 3, Torino, 1997; G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1987, 631; Scardulla, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2000. Per la giurisprudenza si veda per tutte: Cass. 28-4-1999, n. 4270, in *Giur. Comm.*, 2000, 580, II; Cass. 8-01-1999, n. 89, in *Le società*, 1999, 301; Cass. 24-7-1992, n. 8924, in *Fallimento*, 48; Cass. 13-7-1990, n. 7258, in *Giur. It.*, I, I, 708; Cass. 3-8-1988, n. 4815, in *Foro it.*, 1988, I, 1176. Contra risulta esservi un'unica sentenza edita che, in vigenza del codice civile, ha riproposto la vecchia concezione "novativa" della trasformazione e precisamente App. Milano, 24 dicembre 1974, in *Giur. Comm.*, 1976, II, 114.

⁴ In tal senso espressamente: L. De Angelis, *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, *Le società*, n. 2/bis 2003, 383.

⁵ In G.U. 22 gennaio 2003, n. 17, suppl. ord.

Dando attuazione all' art.7 lett. b) della legge delega che prevedeva la necessità di "disciplinare possibilità, condizioni e limiti delle trasformazioni (e delle fusioni) eterogenee", il legislatore delegato ha introdotto nel nostro ordinamento positivo la trasformazione esterna all'area dei tipi societari, legittimando tale operazione fra pressoché tutte le forme associative indipendentemente dalle loro caratteristiche causali ed organizzative.

La filosofia che ha pervaso il legislatore è stata quella di favorire il più possibile il ricorso a questo istituto allargandone i confini.⁶

Dalla semplice lettera della novella del 2003 la trasformazione parrebbe concepita come un istituto di portata generale, intendendo, così, valorizzare l'autonomia dei privati in conformità ai principi costituzionali della libertà di associazione (art. 18 Cost.) e di iniziativa economica (art. 41 Cost.)⁷.

Le fattispecie di trasformazione disciplinate espressamente nella sezione I del codice civile sono passate da una a quattro a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento positivo, accanto alla vicenda tradizionale di trasformazione di società di persone in società di capitali ed a quella, pacificamente ammessa *ante* riforma, della trasformazione di società di capitali in società di persone, delle due ipotesi di trasformazione eterogenea da società di capitali e in società di capitali.

Per quanto concerne la trasformazione eterogenea da società di capitali la novella del 2003 ha riconosciuto espressamente, all' art. 2500 *septies* c.c., la possibilità che le società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata deliberino di trasformarsi in enti a carattere associativo quali le associazioni non riconosciute ed i

⁶ G. Bonfante, *Ampia libertà di utilizzo dell' istituto della trasformazione*, Diritto e pratica delle società, n.2, 2004,53.

⁷ F. Guerrera, *Trasformazione, fusione, scissione*, in AA. VV., Diritto delle società di capitali – Manuale breve, Milano 2005,413.

consorzi. Le stesse società possono deliberare sia la trasformazione in enti strutturalmente societari (ma caratterizzati da un programma imprenditoriale non direttamente lucrativo), quali le società cooperative e le società consortili, sia la trasformazione in una fondazione destinando, così, il patrimonio sociale ad uno scopo di natura ideale.

L' articolo 2500 *septies* c.c. riconosce, infine, la possibilità che le società disciplinate nei capi V, VI e VII del titolo V del codice civile deliberino la trasformazione in comunione di azienda.

L' elencazione delle vicende trasformative esterna all' area societaria si completa con le ipotesi regolate dall'art. 2500 *octies* c.c. che consente, sia pure con una regolamentazione non perfettamente speculare, l'operazione inversa a quella di cui all'art. 2500 *septies* c.c.. Anche la trasformazione eterogenea in società di capitali, analogamente a quella di società di capitali, rappresenta una grande novità per il nostro ordinamento positivo. L'istituto è stato configurato dal legislatore della riforma del diritto societario come una figura complessa all'interno della quale è possibile individuare varie fattispecie.⁸

Secondo la disciplina dettata dall' art. 2500 *octies* c.c., i consorzi, le società consortili, le associazioni riconosciute o fondazioni possono trasformarsi in società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata, salvo che ciò sia escluso dalla legge o dall' atto costitutivo.

La mancata inclusione nella formulazione dell' art. 2500 *octies* c.c. dell' ipotesi di

⁸ C.G. Corvese, sub art.2500 *octies*, in Sandulli e Santoro (a cura di), *La riforma delle società*,Torino,2003,399.

trasformazione di società di capitali in associazioni non riconosciute esclude la possibilità di considerare le norme in esame come perfettamente simmetriche e speculari.

Non pone, invece, un problema di asimmetria nella formulazione della nuova normativa sulla trasformazione eterogenea (ma, piuttosto, di maggiore ampiezza di contenuto), la omessa previsione all' art. 2500 *octies* della società cooperativa come tipo societario cui è riconosciuta la possibilità di deliberare la trasformazione in un ente casualmente o strutturalmente diverso. La trasformazione delle cooperative è, infatti, regolata nell'ambito specifico della relativa disciplina (artt. 2545 *decies* e *undecies*) ed è consentita alle sole cooperative a mutualità non prevalente.

Anticipando, per grandi linee, quanto sull' argomento si dirà nella seconda parte del lavoro, si deve rilevare che in tema di trasformazione di cooperative l'autonomia riconosciuta ai soci dalla riforma è ancora più ampia. A differenza delle società di capitali è stato, infatti, previsto che una società cooperativa possa trasformarsi non solo in società di capitali, ma anche in società di persone o in un consorzio e con l' unico limite dato dal fatto che non deve trattarsi di una cooperativa a mutualità prevalente. Con questa disciplina è stata data piena attuazione ai principi ispiratori della riforma ossia la possibilità per una società cooperativa di trasformarsi, con un procedimento semplificato; in una società lucrativa con l' unico obbligo di devoluzione del patrimonio esistente alla data dell' operazione ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

Concludendo questo primo e sommario esame della disciplina codicistica l'attenzione deve essere rivolta al terzo comma dell' art. 2500 *octies* che ha introdotto nel nostro ordinamento un limite particolare alla trasformazione.

Il legislatore, infatti, esclude espressamente il ricorso alla trasformazione sia per le associazioni (riconosciute) che abbiano ricevuto contributi pubblici o liberalità ed oblazioni dal pubblico, sia per le categorie di associazioni per le quali la trasformazione sia esclusa dalla legge o dall'atto costitutivo. La *ratio* di questo divieto può essere individuata, con sufficiente certezza, nella necessità di evitare che il mutamento dello scopo dell'ente costituisca un espediente per aggirare le finalità del contributo pubblico o della liberalità od oblazione precedentemente ricevuti.

Si deve, tuttavia, evidenziare, in via preliminare, che la genericità della norma ed il mancato riferimento al rapporto di proporzionalità tra il patrimonio dell'associazione e l'ammontare del contributo percepito introduce nel nuovo sistema normativo un limite difficilmente superabile poiché anche una modesta elargizione potrà impedire la trasformazione.

Specifica attenzione è stata dedicata dal legislatore anche alla regolamentazione della trasformazione di associazioni e fondazioni costituite prima dell'entrata in vigore del decreto n. 6/2003.

L'operazione è, infatti, esclusa (il divieto non è tuttavia assoluto) in due distinte ipotesi: sia quando l'ente sia stato destinatario di fondi o valori creati con contributi di terzi che verrebbero distratti dalle finalità originarie, sia qualora le associazioni riconosciute e le fondazioni già costituite abbiano ricevuto valori o fondi con vincolo di destinazione e che a tal fine abbiano beneficiato di un regime fiscale agevolato.

Riservandomi di ritornare sulle specifiche problematiche sollevate dalla nuova disciplina, sembra opportuno rilevare, preliminarmente, che il quadro normativo introdotto dal legislatore della Riforma risulta particolarmente composito e le varie

fattispecie previste dagli articoli 2500 *septies* ed *octies* del codice civile risultano difficilmente riconducibili ad un paradigma generale unitario.

La causa di questa difficoltà può essere individuata sia negli innumerevoli elementi di differenziazione esistenti tra le varie ipotesi di trasformazione sia, più a monte, nelle peculiarità di alcuni degli enti coinvolti in tale vicenda.

La riforma, pur avendo sciolto alcuni dei dubbi sorti nel regime anteriore, ha aperto le porte a nuove perplessità che si auspica vengano risolte con l'ausilio dei teorici e dei pratici del diritto.

Non si può certo sostenere che le disposizioni introdotte dal legislatore delegato abbiano recepito *in toto*, codificandole, le istanze riformatrici in tema di trasformazione eterogenea.

Il legislatore del 2003, per un verso, è andato al di là di ogni più liberale auspicio riformatore⁹ legittimando espressamente nel nostro ordinamento anche la trasformazione di entità collettive non organizzate quali le comunioni d'azienda creando, così, un sistema variegato e composito che non ha precedenti in altri ordinamenti giuridici. Per altro verso, non sono state oggetto di previsione legislativa proprio alcune delle ipotesi più frequentemente esaminate dalla giurisprudenza, quali la trasformazione di consorzi in cooperative e di cooperative in associazioni del Libro I e viceversa.

La novella del 2003, inoltre, non prende in considerazione la trasformazione dei consorzi in società consortili né prevede le società di persone nell'ambito delle trasformazioni eterogenee.

⁹M. Sarale, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, op. cit., 289.

La pluralità delle fattispecie di trasformazione eterogenea, la maggiore puntualizzazione delle ipotesi di trasformazione societaria e le numerose questioni non risolte dal legislatore, ripropongono all'attenzione dell'interprete, anche se in una nuova prospettiva, il tema "classico" dei limiti di operatività dell'istituto.

L'ampliamento delle ipotesi di trasformazione esterna all'area societaria, pur costituendo un'insindacabile scelta di politica legislativa, obbliga, altresì, a verificare se, ed in quale misura, il legislatore si sia fatto carico di tutti gli interessi potenzialmente coinvolti nell'operazione quali gli interessi generali, dei creditori e dei soci¹⁰.

Sebbene il nodo principale da sciogliere sia rappresentato dall'individuazione del nuovo ambito di operatività dell'istituto, anche la risposta a tutti questi interrogativi (comuni alla trasformazione societaria) assume, con specifico riferimento alle fattispecie di trasformazione eterogenea, rilevanza centrale per risolvere le numerose questioni lasciate aperte dal legislatore delegato.

Al fine di comprendere la *ratio* delle scelte del legislatore sembra opportuno, tuttavia, dedicare, preliminarmente, attenzione specifica al quesito dei limiti imposti all'autonomia privata in tema di trasformazione nel codice del 1942 posto che la nuova disciplina certamente riflette i suggerimenti, *de iure condendo*, elaborati dai teorici e dai pratici del diritto fin dai primi anni dall'entrata in vigore del codice unificato.

¹⁰ In tal senso espressamente G. Marasà, *Le trasformazioni eterogenee*, Riv. del Notariato, maggio/giugno 2003, 588.

PARAGRAFO II.

A) I LIMITI ALLA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA NEL CODICE DEL 1942.

La recente innovazione legislativa in tema di trasformazione eterogenea ripropone, sia pure in una prospettiva profondamente diversa, il problema dell'ambito di operatività della trasformazione. Il tentativo di risolvere le numerose questioni lasciate aperte dalla riforma non può prescindere dal verificare se, e come, le novità legislative abbiano reagito sull'individuazione dei limiti della trasformazione creandone, eventualmente anche dei nuovi.

Al riguardo sembra opportuno evidenziare che nel sistema previgente coloro¹¹ che più approfonditamente si erano occupati della problematica in esame, risolvevano il quesito sulla base dei principi desumibili dalla scarsa disciplina della trasformazione societaria, stante il silenzio del legislatore sul punto. Si riteneva che il ricorso alla trasformazione, oltre che da espressi divieti legislativi, fosse precluso dall'esistenza di limiti imposti dal sistema, introdotti dall'autonomia privata e, inoltre, da quelli derivanti da particolari situazioni organizzative proprie dell'ente trasformando.

Il limite generale derivante dal sistema era individuato nella necessità che gli enti coinvolti nell'operazione fossero contraddistinti dalla stessa causa negoziale.

Questa conclusione presupponeva una qualificazione della natura giuridica dell'istituto come modifica, sia pure peculiare, dell'atto costitutivo della società finalizzata all'adozione di un tipo sociale diverso da quello originariamente prescelto.

Si deve, tuttavia, evidenziare che il dibattito sull'individuazione della natura giuridica della trasformazione non fu affatto pacifico a causa delle numerose incertezze

¹¹ Per un resoconto del dibattito si rinvia a O. Cagnasso, *La trasformazione delle società*, op.cit..

derivanti dalla indubbia lacunosità della disciplina codicistica e dalla mancanza di una definizione legislativa.

Nel testo del codice civile del 1942, in vigore fino al 31 dicembre 2003, l'unica fattispecie oggetto di esplicita considerazione era rappresentata dalla trasformazione di una società in nome collettivo o in accomandita semplice, in società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata. Gli articoli 2498-2500 del codice del 1942, inseriti in un'apposita sezione intitolata "della trasformazione delle società", regolando solo l'ipotesi di trasformazione delle società di persone in società di capitali, si limitavano a stabilire il procedimento per l'attuazione dell'operazione, i suoi effetti per l'acquisto della personalità giuridica e per i diritti e le obbligazioni sociali, gli effetti per la responsabilità dei soci e l'assegnazione ai medesimi delle azioni e delle quote.

Occorre, tuttavia, evidenziare che la normativa codicistica non era tutta racchiusa nelle tre disposizioni prima richiamate poiché erano rinvenibili altre norme, afferenti all'istituto in esame, nel libro quinto del codice civile ed applicabili alla trasformazione di una società di capitali in una società di persone o in un'altra società di capitali.

L'art. 2437 c.c. riconosceva, infatti, il diritto di recesso ai soci dissenzienti dalle deliberazioni adottate dall'assemblea straordinaria della s.p.a. riguardanti il cambiamento del tipo della società e l'art. 2369 u.c. c.c. prevedeva, altresì, che in caso di trasformazione di società, anche in seconda convocazione, fosse necessario il voto favorevole di tanti soci che rappresentassero più della metà del capitale sociale. Nella stessa ipotesi per le società quotate in borsa era necessario, anche in terza

convocazione, il voto favorevole di tanti soci che rappresentassero più della metà del capitale sociale (art.2369- bis c.c.).

La normativa ora esaminata, relativa al diritto di recesso e ai quorum deliberativi, dettata in tema di trasformazione di s.p.a. in società di altro tipo, trovava applicazione anche alla società in accomandita per azioni in virtù del rinvio alla disciplina della s.p.a. contenuto nell'art. 2464 c.c. vecchia formulazione.

Il diritto di recesso riconosciuto dall'art. 2437 c.c. spettava anche al socio di società a responsabilità limitata in virtù del disposto dell'art. 2494 c.c., che, in tema di modificazioni dell'atto costitutivo della s.r.l., prevedeva espressamente l'applicazione del 2437 c.c..

L'altra disposizione che si riferiva all'istituto della trasformazione era l'art. 2447 c.c., recante la disciplina della riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale in conseguenza di perdite. La norma, dettata in tema di società per azioni ma estensibile alla s.r.l. ed alla s.a.p.a, è rimasta sostanzialmente invariata e riconosce, com'è noto, alla società tre possibili alternative qualora il valore delle perdite sia superiore ad un terzo del capitale sociale nominale e sia stato intaccato anche il minimo legale. In questa ipotesi, infatti, la società potrà deliberare la riduzione del capitale ed il contestuale aumento necessario per raggiungere il minimo legale, lo scioglimento della società o, ancora, la trasformazione.

Nel quadro normativo dedicato alla trasformazione particolare rilevanza assumeva il secondo comma dell' art. 2537 c.c. che prevedeva l'applicazione delle disposizioni

del 2499 c.c.¹², alle deliberazioni di società cooperative comportanti una riduzione della responsabilità dei soci verso i terzi.

Dall'analisi della disciplina contenuta nel codice civile risultavano una serie di fattispecie consistenti in una variazione del tipo sociale ma, poiché il dato normativo si arrestava a poche ipotesi, fu compito degli interpreti verificare se, in che limiti, ed a quali condizioni, fossero ammissibili altre variazioni del tipo.

L'ambito di autonomia consentito dal legislatore appariva, infatti, alquanto limitato, anche se in dottrina c'è sempre stato largo consenso nel ritenere che lo spazio per le trasformazioni societarie fosse più ampio e che le disposizioni sopra richiamate dovessero essere considerate come le fattispecie più ricorrenti. Del resto l'originaria formulazione del codice civile del 1942 non conteneva alcuna norma che delimitasse espressamente l'area della trasformabilità anche se nella legislazione speciale si collocava il divieto di trasformazione di società cooperativa in società con scopo di lucro.

Secondo l'opinione prevalente¹³ l'ambito di operatività dell'istituto poteva essere esteso, nel quadro normativo disegnato dall'art. 2249, a tutti i passaggi che attraversano i tipi di società. In questa prospettiva si facevano rientrare nel paradigma dell'istituto anche le trasformazioni cd. "regressive"¹⁴, ovvero dai tipi di società di

¹² L'art. 2499 c.c. nella formulazione originaria era inserito nel contesto della disciplina specificamente dedicata alla trasformazione e sanciva, in via di principio, la responsabilità dei soci già illimitatamente responsabili per le obbligazioni sorte anteriormente alla trasformazione.

¹³ Un ampio resoconto del dibattito in Cagnasso-Irrera, *Società di capitali*, in Giur. Sist. Bigiavi, II ed., Torino, 1990, 317; e in De Angelis, *La trasformazione delle società*, Milano, 1998, 35, ove ult. rifer.. In senso contrario si veda Ferri G., *Le società*, in Tratt. Vassalli, Torino, 1987, 952; Gasperoni, op. cit., p. 221.

¹⁴ La legittimità della trasformazione regressiva era riconosciuta anche in giurisprudenza: Trib. Cagliari 21-12-1994 in Giur. It. 1995, I, 2, 563. Si deve rilevare, tuttavia, che era discussa la modalità di attuazione della delibera. Le posizioni degli interpreti possono essere ricondotte a due filoni a seconda che si riconosca o meno la legittimazione della maggioranza assembleare (quella "rinforzata" prevista dal IV comma dell'art. 2369) a decidere la trasformazione regressiva. Nel novero di chi tale legittimazione disconosceva, poi, si deve distinguere la tesi che ritiene necessaria una decisione unanime e, quella che ritiene necessario il consenso di tutti i soci, anche se espresso in sede diversa da quella assembleare. Per un resoconto della specifica problematica, S. Patriarca, *Trasformazione regressiva e principio di*

capitali in società personali e i passaggi all'interno della stessa categoria di tipi sociali. Si giunse, inoltre, sia pure non pacificamente, a considerare ammissibile anche la trasformazione di e in società semplice. Il riconoscimento della legittimità di questa vicenda trasformativa non fu, infatti, pacifico poiché si dovettero superare una serie di perplessità legate alla diversa natura dell'attività (che non può essere commerciale), alla mancata previsione di un regime di pubblicità nel registro delle imprese¹⁵ ed al pregiudizio che avrebbero subito i creditori sociali e particolari dei soci.

L'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente non considerava decisive queste obiezioni ritenendo, al contrario, che tra la società semplice e gli altri tipi di società non vi fosse una barriera insormontabile. Una società di tipo commerciale ben avrebbe potuto trasformarsi in società semplice, eventualmente modificando l'oggetto sociale qualora l'attività esercitata avesse natura commerciale. Viceversa una società semplice si sarebbe potuta trasformare in società commerciale, vuoi mantenendo l'originaria attività non commerciale vuoi ancora modificando la stessa.¹⁶

Fuori dall'area della trasformazione in senso tecnico venivano considerati i passaggi da società irregolare o di fatto a società regolare (nei quali la regolarizzazione non incide sul tipo, pur modificandosi la disciplina applicabile), da società quotata a non quotata e viceversa, da società unipersonale a società pluripersonale e viceversa. Si riteneva, altresì, che non rientrassero nel paradigma della trasformazione i passaggi da

maggioranza, Padova, 1988, 19 e s.s.; Zanon, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari* in Trattato delle società per azioni diretto da Colombo e Portale, 3***, Torino, 1994, 247 e s.s. e 476 e s.s.

¹⁵ Le perplessità relative alla mancata previsione di un regime di pubblicità per le società semplici furono attenuate dalla introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 8 l. 29.12.1993, n. 580 e dall'art. 7 del regolamento di attuazione, che ha previsto, ai fini di pubblicità notizia l'iscrizione di tali tipi di società in una sezione speciale del Registro delle imprese.

¹⁶ Anche la giurisprudenza più recente ha accolto la tesi dell'ammissibilità della trasformazione, da e in società semplice, senza che sia considerato un ostacolo neppure l'acquisto o la perdita della personalità giuridica: Trib. Udine, 15-2-1992, in *Società*, 1992, 700.

impresa collettiva ad impresa individuale e viceversa, da comunione (incidentale) a società, e, infine, i mutamenti di causa nell'ambito di modelli contrattuali strutturalmente omogenei.

Con riferimento alla prima delle ipotesi richiamate si deve osservare che mentre la giurisprudenza ha teso, tendenzialmente, ad appiattare il significato dei due termini, equiparando sostanzialmente le figure della società irregolare e di fatto, la dottrina le ha, invece, distinte nettamente, sottolineando come l'irregolarità non si accompagni necessariamente alla mancata conclusione di un contratto, ma è legislativamente riferita ad una società di persone di natura commerciale, la cui organizzazione sotto il profilo interno non subisce alcuna deviazione dalle regole generali.

Sul tema specifico recenti decisioni giurisprudenziali hanno affermato che il principio di continuità dell'ente proprio della trasformazione trova applicazione anche in analoghe vicende nelle quali si realizzano modificazioni della disciplina giuridica e delle regole organizzative della società, quali, appunto, la trasformazione di una società in nome collettivo irregolare in accomandita semplice o di società di fatto in società regolare.¹⁷ La dottrina, dal canto suo, pur precisando che la semplice "regolarizzazione" non costituisce un'ipotesi di trasformazione in senso tecnico, è giunta ad ammettere la legittimità dell'operazione.¹⁸

Con riferimento alla società di fatto in senso proprio, tuttavia, anche la dottrina più recente evidenziava alcune perplessità legate alla difficoltà di ipotizzare una modificazione di atto costitutivo che non è mai stato stipulato¹⁹; difficoltà ritenuta

¹⁷ Cass. 2736/95, in Mass. 1995; Cass. 4065/81, in Mass. 1981.

¹⁸ Per tutti si veda L. De Angelis, op. cit., p. 30; G. Cabras, op. cit., p. 98; Serra, op. cit., p. 311.

¹⁹ De Angelis, op. cit., p. 34; Scardulla, op. cit., p. 291.

superabile solo imponendo un provvedimento di accertamento dell'esistenza della società.²⁰

Per quanto riguarda il passaggio da società quotata a società non quotata (e viceversa), la non riferibilità della vicenda all'area della trasformazione veniva fatta discendere dalla affermata unicità del tipo azionario,²¹ anche se la particolare regolamentazione alla quale sempre più venivano assoggettate le società che fanno appello al pubblico risparmio nei mercati regolamentati induceva ad ipotizzare l'emersione di un tipo autonomo. E se alla luce delle disposizioni di cui alla legge 7-6-74 n. 216 le deviazioni dal modello organizzativo della società per azioni non quotata erano, nel complesso, ancora circoscritte, la legislazione successiva ha ulteriormente accentuato le differenze di disciplina, anche sotto il profilo strutturale, consentendo di riproporre la questione.²²

Parte autorevole della dottrina²³, tuttavia, pur rilevando che la perdita della quotazione fosse ormai trattata alla stregua di una trasformazione per quanto concerne la disciplina del recesso (consentito ai soci delle società quotate in occasione di deliberazioni di fusione dalle quali risulti una società non quotata)²⁴, ribadiva il principio secondo il quale la società quotata si caratterizza per una specialità di disciplina che resta sempre nel tipo della società per azioni.

Un'altra vicenda rispetto alla quale non vi era univocità di opinioni sulla possibilità di considerarla come ipotesi, sia pure non espressamente regolata, di trasformazione di

²⁰ Tantini, op. cit., 221; si veda, però, in senso critico, Cabras, op. cit., 99, che si esprime per l'ammissibilità della vicenda; nonché Sarale, op. cit., 38.

²¹ O. Cagnasso, op. cit., 93.

²² In tal senso con particolare riferimento agli statuti delle società privatizzate, ex l. 30-7-1994, n. 474, si veda Libonati, *La faticosa accelerazione delle privatizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 72.

²³ Ferrara F. jr., Corsi, "Gli imprenditori e le società", XI ed., Milano, 1999, 771.

²⁴ Art. 13 l. 18-2-1992, n. 149, riproposto dall'art. 131 d.lg. 24-2-1998, n. 58, che ha esteso alla scissione il diritto di recesso.

società, era rappresentata dal passaggio dalla pluripersonalità alla unipersonalità (e viceversa).

Posto che secondo la disciplina contenuta nella formulazione originaria del codice civile nelle società di capitali la sopravvivenza di un unico socio lasciava in vita il rapporto sociale, alterando soltanto il regime di responsabilità per le obbligazioni sociali, il quesito si pose specialmente con riferimento alla s.r.l. in seguito alle profonde innovazioni introdotte dal d.lg. 3-3-1993, n. 88 in tema di società a responsabilità limitata unipersonale. Nonostante vi fosse chi sosteneva che il legislatore avesse voluto introdurre nel nostro ordinamento giuridico un sotto - tipo caratterizzato dall'origine non negoziale e da una disciplina tesa a garantire all'unico socio il vantaggio della limitazione della responsabilità, secondo l'orientamento dottrinale prevalente la s.r.l. unipersonale apparteneva al tipo società a responsabilità limitata, sottolineando come tale modello si caratterizzasse per essere una fattispecie a contenuto variabile, che, pertanto, poteva essere modificato senza necessità di una trasformazione in senso proprio.

Ugualmente era opinione consolidata che non potesse qualificarsi come trasformazione, intesa come semplice modificazione delle regole organizzative, il venire meno di un soggetto di diritto o la costituzione di un soggetto prima non esistente. In questa prospettiva si escludeva l'applicazione delle norme sulla trasformazione alle ipotesi, peraltro molto frequenti nella pratica, di passaggio da società in impresa individuale e da impresa individuale o comunione incidentale d'azienda in società. Mentre la dottrina²⁵ sembrava orientata a non estendere l'ambito dell'istituto oltre i tipi societari, in giurisprudenza si registravano delle aperture e, al

²⁵ Campobasso, op. cit., 604 ed in particolare nota 2; De Angelis, op. cit., 25; Cabras, op. cit., 34; si veda, però, anche Sarale, op. cit., 289.

fine soprattutto di sottolineare gli elementi di continuità nell'attività imprenditoriale, si riconobbe la possibilità per il socio superstite di una società di persone di "trasformare" l'attività sociale in impresa individuale anziché porre la società in liquidazione o ricostituire la pluralità dei soci²⁶.

Dall'esame di quelle che prima della riforma del 2003 erano ipotesi fortemente discusse di trasformazione si desume facilmente che, sia pure nell'ambito di un graduale e progressivo processo di ampliamento delle fattispecie negoziali riconducibili nel paradigma causale dell'istituto, il presupposto di applicazione della disciplina, codicistica e fiscale, fu individuato nella possibilità di qualificare la vicenda come particolare modifica dell'atto costitutivo della società, consistente nell'adozione di un tipo diverso da quello originariamente prescelto. L'elaborazione di questo criterio interpretativo, coincidente perfettamente con la nozione più diffusa della trasformazione, non fu, com'è noto, affatto pacifica, innestandosi nella più ampia problematica relativa alla natura giuridica dell'istituto che, fin dall'entrata in vigore del codice civile del 1942, fu oggetto di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Il quesito della natura giuridica, generato dalla mancanza di una definizione positiva, veniva affrontato nella prospettiva di qualificare la fattispecie in esame come una modifica dell'atto costitutivo o, piuttosto, come una vicenda estintivo - novativa.

Secondo l'orientamento di gran lunga prevalente²⁷ la trasformazione della società non comportava

²⁶ Trib. Torino 10-2-94; contra, però, Trib. Udine 23-1-97, argomentando nel caso specifico sull'inderogabilità del procedimento di liquidazione.

²⁷ Per tutti si veda: Cagnasso, *La trasformazione delle società*, op. cit.; Gasperoni, *Trasformazione e fusione di società*, op. cit., 1018 ss.; Serra, op. cit., 303 ss.; Tantini, op. cit., 188 ss. e 222; Scardulla, op. cit., 124 ss.; Campobasso, op. cit., 601; Di Sabato, *Manuale delle società*, cit., 750; Sarale, op. cit., 24; Cabras, op. cit., 196 ss. e 241 ss..

l'estinzione dell'ente e la creazione di un nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici ma implicava la modificazione strutturale ed organizzativa della compagine sociale.

Pur in mancanza di un'esplicita definizione della fattispecie cui applicare la disciplina degli articoli 2498 s.s. c.c., l'operazione veniva considerata come una peculiare modificazione del modello organizzativo, determinata da una decisione imputabile alla compagine sociale. Tutte le ipotesi nelle quali era consentito ravvisare una trasformazione in senso tecnico - giuridico, non producevano novazione del rapporto sociale, ossia l'estinzione della società e la creazione di una società nuova.

Secondo l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale prevalente l'elemento caratterizzante la fattispecie poteva essere individuato con sufficiente certezza nella prosecuzione del rapporto sociale in capo al medesimo soggetto giuridico, pur con le modificazioni conseguenti al cambiamento del tipo originariamente prescelto.

La tesi della vicenda modificativa del contratto sociale trovava conferma dalla stessa Relazione ministeriale al Codice civile, n. 213, a mente della quale *“la trasformazione di società comporta soltanto il mutamento di una organizzazione sociale esistente, e non la sostituzione di una nuova organizzazione sociale ad un'altra che sparisce”*²⁸. Alle stesse conclusioni conduceva l'esegesi della disciplina positiva e, in particolare, l'originaria formulazione dell'ultima parte del secondo comma dell'art. 2498 cc. in base al quale la società che risulta dalla trasformazione *“conserva i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione”*. La norma in esame veniva considerata come espressione del principio di *“continuità”* tra la società

In giurisprudenza cfr.: Cass., 27 giugno 1996, n. 5937, in *Mass. Foro it.*, 1996, 536; Trib. Messina, 18 ottobre 1995, in *Società*, 1996, 446, con nota di Tassi; e in *Giur. It.*, 1996, I, 533, con nota di Gliozzi, Direzione unitaria di un gruppo di società e confusione di patrimoni;

²⁸ In tal senso anche Cabras, *Le trasformazioni*, op.cit., 200.

trasformata e quella risultante dalla trasformazione, principio dal quale discendeva sia la continuità dei rapporti sostanziali che di quelli processuali nel passaggio da una fase all'altra della vita dell'unica società.

Questa impostazione dottrinale fu ampiamente corroborata dalla giurisprudenza, la quale, in numerose occasioni, ha ribadito, fra l'altro, che a seguito della trasformazione proseguono i rapporti di lavoro²⁹, di locazione e di affitto³⁰, che la società trasformata resta obbligata all'assolvimento dei debiti pregressi³¹.

L'esegesi della lacunosa normativa introdotta dal codice del 1942 fu, senza dubbio, indirizzata verso tale direzione dalla funzione pratica dell'istituto e dall'elaborazione che del concetto di trasformazione si fece sotto la vigenza del codice di commercio del 1882. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto si deve rilevare che nonostante il fenomeno della trasformazione fosse conosciuto dalla pratica societaria da tempo assai risalente, il codice del 1882 non regolava espressamente la fattispecie, anche se la menzionava all'art. 108 riconoscendo la facoltà dei soci "di variare o modificare la specie della società e le convenzioni sociali".

L'insufficienza della legislazione generò varie teorie tese ad individuare il fondamento dell'istituto e, accanto alla tesi, risultata poi prevalente, della trasformazione come deliberazione della variazione della specie societaria non comportante l'estinzione della società trasformata e la creazione di una nuova,³² si fece strada quella opposta che attribuiva alla trasformazione una portata novativa.

²⁹ Cass., 13 maggio 1977, n.1920, in Mass., Foro it., 1977,384; App. Genova, 18 luglio 1960, in Foro pad., 1961, I, 908.

³⁰ Cass., 21 luglio 1950, n.2019, in Foro it., 1951, I 673.

³¹ Cass., 21 novembre 1981, n. 6209, in Rep. Foro it., 1982, voce " Società", 2787, n.371.

³² Scialoja, *Natura giuridica della trasformazione delle società*, in Saggi di vario diritto, II, Roma, 1928, 45 ss.; Vivante, *Trasformazione delle società commerciali da una specie nell'altra*, in Riv. Dir. com., 1903, I, 90 ss.; Id., *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1906, 105; Soprano, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, Torino, 1934, 442 ss..

Secondo³³ questa impostazione alla delibera di trasformazione doveva essere riconosciuta efficacia novativa ravvisando in essa un fatto estintivo della società trasformata con contestuale costituzione di una società nuova.

La tesi della novazione alla quale, implicitamente, aderì il legislatore fiscale³⁴, non ebbe molto seguito in dottrina, soprattutto nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice del 1942, poiché si riteneva che fosse in contrasto con la funzione pratica dell'istituto. Diffusamente, invece, si sosteneva che la finalità dello schema negoziale fosse quella di riconoscere ai soci di mutare la forma organizzativa prescelta al momento della stipulazione dell'atto costitutivo qualora avessero ravvisato che un'altra forma organizzativa fosse più idonea per il conseguimento dell'oggetto sociale senza dover sciogliere l'originaria società e procedere alla liquidazione.

Essendo prevalsa la tesi che individuava nella trasformazione un cambiamento del tipo sociale, l'istituto, conseguentemente, poteva trovare applicazione solo tra i vari tipi di società anche se, nella pratica commerciale, e spesso anche nella scienza aziendalistica, la stessa denominazione veniva adottata con riferimento a fenomeni che coinvolgevano enti diversi dalle società.

La ricostruzione operata dalla dottrina tradizionale offriva una grande sicurezza applicativa, trascurando, però, il problema della qualificazione e della disciplina di una serie di ipotesi assimilate dal legislatore, quantomeno dal punto di vista terminologico, alla trasformazione; ignorava, inoltre, la possibile valenza sistematica delle nuove figure denominate diffusamente come ipotesi di trasformazione eterogenea in virtù del fatto che il punto di partenza o di arrivo

³³ Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, Milano, II, 1948, 610 ss.; Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 354 ss..

dell'operazione era rappresentato da un ente diverso dalla società.

L'esperienza degli ultimi decenni, caratterizzata dall'emersione, nella prassi e nella legislazione speciale, di una pluralità di ipotesi, solo astrattamente riconducibili alla trasformazione, riaccese il dibattito sull'ambito di operatività dell'istituto.

Il sempre più diffuso ricorso alla regolamentazione della trasformazione societaria al di là dell'ambito di applicazione dell'istituto, per come individuato dagli operatori del diritto alla luce della normativa codicistica, fu determinato dall'esigenza di individuare una disciplina tendenzialmente unitaria per una pluralità di fattispecie, tra loro profondamente diverse.

La novità, oltre che la diversità, di tali ipotesi di trasformazione, pur costituendo, in molti casi, il frutto di scelte di politica legislativa eccezionali e contingenti, costituiva uno degli effetti del profondo processo di evoluzione che, nella realtà sociale, prima che nella legislazione, interessò le formazioni collettive organizzate e, in particolare, i consorzi, le associazioni³⁵ e le fondazioni.³⁶

Il concetto di trasformazione eterogenea emerse, gradualmente, con riferimento ad ipotesi che vedevano come punto di partenza formazioni a carattere associativo, sia fornite che prive di personalità giuridica, e come punto di arrivo società fornite di personalità giuridica, lucrative o mutualistiche.

Meno numerose, invece, le vicende trasformatrici caratterizzate dall'abbandono delle forme societarie a favore di quelle associative e, generalmente riconducibili a

³⁴ Il fisco, approfittando di questa situazione di incertezza, applicò alla trasformazione la tassa graduale di registro, come se questa comportasse effettivamente un trasferimento di ricchezza da un soggetto ad un altro.

³⁵ Per l'analisi dell'evoluzione del dibattito sulla distinzione tra associazioni e società e dei limiti dell'autonomia privata al compimento di operazioni che incidono sui profili causali delle associazioni e società si rinvia a M. Miola, *Associazioni e società*, in *Fenomeno associativo e attività notarile*, Napoli, 1995, p. 131 e ss..

³⁶ Considerazioni analoghe in Sarale, op. cit., 165.

deliberazioni di trasformazione di società cooperativa in associazione ed alla trasformazione di società cooperativa consortile in consorzio.

L'adozione da parte di enti associativi di un modello societario privo di autonomia patrimoniale perfetta era, invece, poco diffuso poiché non rispondente alle esigenze che spingono organizzazioni non societarie ad adottare una diversa struttura organizzativa.

In particolare, il ricorso alla trasformazione in società da parte di uno degli gli enti del primo libro del codice civile trovava e, presumibilmente trova ancora oggi, la sua giustificazione nell'esigenza di poter esercitare l'attività di impresa attraverso un modello organizzativo che consenta ai membri dell'originaria organizzazione di ottenere migliori condizioni di limitazione del rischio.

La genericità del termine "trasformazione eterogenea", di per sé potenzialmente idoneo a ricomprendere qualsivoglia fattispecie, fu determinata dall'ambiguità terminologica riscontrabile nella legislazione speciale e nella stessa giurisprudenza e aumentò le difficoltà degli interpreti nella ricerca di un paradigma unitario.

Lo stesso termine "trasformazione", utilizzato comunemente anche dalla giurisprudenza, assunse una valenza descrittiva piuttosto che qualificatoria, nei casi di mutamento degli originari scopi cui era indirizzata l'attività sociale, ferma restando l'originaria organizzazione formale della società, resi possibili dalla riforma dell'istituto consortile.

Due gli itinerari interpretativi aperti dal dibattito dell'ammissibilità della trasformazione oltre i tipi societari.

Da un lato si confermavano i confini strettamente societari della trasformazione, qualificando tutte le altre vicende come "*extra vagantes*"³⁷; dall'altro si ammettevano

alcune ipotesi nuove, selezionandole secondo criteri ricavati dalla nozione tradizionale (persistenza della causa e tutela dei creditori). Le divergenze tra i due itinerari interpretativi erano solamente di ordine applicativo poiché, sia pure con considerazioni diverse, la trasformazione veniva identificata, come in passato, con un fenomeno meramente modificativo della società, restando ferma la sua identità nel mondo del diritto.

Con riferimento specifico a quest'ultima problematica si deve evidenziare come la dottrina prevalente sostenesse che, sul piano sistematico, la cd. trasformazione eterogenea fosse una fattispecie del tutto distinta da quella disciplinata dagli articoli 2498 e seguenti del codice del 1942.

Come prima detto, secondo l'orientamento prevalente la fattispecie trasformazione veniva considerata come lo strumento predisposto dal Legislatore del 1942 attraverso il quale attuare una modifica del contratto sociale mutando la struttura organizzativa della società, sopprimendo gli elementi tipologici del modello societario originariamente prescelto ed incompatibili con il nuovo, introducendo, altresì, gli elementi tipologici caratterizzanti la nuova forma societaria³⁸.

Diversamente, la trasformazione eterogenea, nella pluralità e diversità delle fattispecie ad essa astrattamente riconducibili, si presentava come lo strumento elaborato dall'autonomia privata al fine di realizzare un cambiamento della causa dell'ente coinvolto nella vicenda.

In questa prospettiva diventava, quindi, del tutto strumentale e secondaria la circostanza che nell'ambito della medesima operazione potesse rendersi necessaria una contestuale modificazione della pregressa struttura organizzativa.

³⁸ In tal senso, O. Cagnasso, op. cit., p.7; A. Paciello, Contributo allo studio della trasformazione e della fusione eterogenea, Napoli, 1991, p. 15 e seg.

Al di là della diversa finalità perseguita con le due operazioni, l'elemento fondamentale di differenziazione delle due vicende veniva individuato nel fatto che solo nella trasformazione societaria al mutamento del modello organizzativo non corrisponde la novazione soggettiva del rapporto.³⁹ Il mutamento operato con la trasformazione veniva considerato espressione del principio di autonomia contrattuale in perfetta simmetria con la libertà di prescegliere, nel momento costitutivo, il regolamento di disciplina ritenuto più rispondente alla realizzazione degli interessi della compagine sociale.

Come si vedrà, più approfonditamente nel prosieguo del lavoro, anche questo criterio interpretativo fu sottoposto a dure critiche dalla fine degli anni settanta poiché, alla luce delle novità legislative introdotte dalla riforma dell'istituto consortile, si ammisero ipotesi di trasformazione, o presunta tale, nelle quali non era dato riscontrare alcuna modifica del modello organizzativo ma solo dello scopo originariamente perseguito dalla società.⁴⁰

Nonostante la posizione della dottrina prevalente fosse nel senso di escludere la possibilità di configurare ipotesi di trasformazione esosocietaria, da più parti si continuava non solo a ritenere legittima, sia pure in presenza di particolari condizioni, una siffatta operazione ma anche a riconoscerle un identico effetto non novativo,

³⁹ A. Paciello, op. cit., p. 16.

⁴⁰ In tal senso, con riferimento a fattispecie di consorzi di cooperative che avevano deliberato per il futuro di operare come cooperative ordinarie, si veda M. Miola, *Consorzi e società consortili*, in Nuova giur. Civ. comm., 1986, p. 201 e segg..

La crisi del criterio causale per definire l'ambito di operatività della trasformazione è evidenziata, inoltre, in Sarale, op. cit., p. 220 e ss., ove ult. Rif. Con particolare riferimento alle decisioni giurisprudenziali relative a deliberazioni di società ordinarie aventi ad oggetto l'assunzione di finalità consortili o, viceversa, di deliberazioni mediante le quali società consortili optavano per il perseguimento esplicito di finalità lucrative, l'autore evidenzia l'ambiguità del termine trasformazione. Le fattispecie in esame non determinerebbero un problema di applicabilità della disciplina dettata dagli artt. 2498 e segg. c.c., poiché, secondo questa linea interpretativa, si assisterebbe ad una semplice modificazione di clausole statutarie, considerate, diffusamente, anche se non pacificamente, adottabili a maggioranza. Le ipotesi in esame non rappresenterebbero trasformazioni eterogenee e neppure vicende modificative della causa, posto che la

invocando a tale riguardo la portata generale del principio di autonomia contrattuale.⁴¹

Sembra opportuno evidenziare come tale ricostruzione del fenomeno fosse fortemente influenzata da una sostanziale svalutazione del ruolo svolto dalla causa ai fini della qualificazione dei singoli contratti associativi. Si comprende facilmente che, spezzando il legame tra causa e regolamento organizzativo si poteva coerentemente inquadrare il mutamento di scopo tra le semplici modifiche dell'atto costitutivo, con la conseguenza di ritenere perfettamente lecita ed ammissibile la trasformazione eterogenea.

Sebbene fosse questo il nodo principale da sciogliere per riconoscere la legittimità della trasformazione eterogenea, occorre richiamare l'attenzione sul fatto che la verifica dell'ammissibilità della operazione era, altresì, subordinata alla presenza di particolari condizioni poste a tutela sia dei creditori sociali, sia dei soci stessi. In particolare si poneva il problema di stabilire se una siffatta delibera non trovasse ostacolo da un lato nella tutela di interessi estranei alla compagine sociale, e dall'altro nella libertà di disposizione del singolo socio.

causa societaria e la struttura organizzativa della società resterebbero immutate in seguito all'adozione dello scopo consortile.

PARAGRAFO II.

B) L'AMBITO DI OPERATIVITA' E LA TUTELA DEGLI INTERESSI COINVOLTI NELLA FATTISPECIE.

Per quanto concerne la compatibilità delle trasformazioni eterogenee con la tutela degli interessi dei creditori della società o degli enti coinvolti nell'operazione, autorevole dottrina⁴² aveva evidenziato che le peculiarità delle fattispecie non fossero tali da comprimere del tutto l'autonomia privata.

Partendo dalla considerazione della necessità di distinguere i casi di trasformazione interna al fenomeno societario da quelli che vedono coinvolta la società solo come punto di partenza o di arrivo della fattispecie, non si escludeva aprioristicamente la possibilità di configurare ulteriori ipotesi rispetto a quelle legislativamente regolate.

Secondo questa impostazione, infatti, la diffusa e condivisa opinione secondo la quale le trasformazioni interne si sarebbero potute ricondurre nella categoria delle modifiche del contratto sociale, non avrebbe consentito di attrarre nel paradigma della trasformazione quelle modifiche tese alla dissoluzione della stessa struttura societaria.

Tuttavia l'ammissibilità della trasformazione esterna al fenomeno societario⁴³ veniva fatta discendere dal principio generale della modificabilità del contratto, pur nella consapevolezza che tale astratto riconoscimento avrebbe potuto essere impedito dall'esistenza di divieti legali espressi o implicitamente ricavabili dal sistema.

⁴¹ Per tutti si veda: E. Simonetto, *Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, in Commentario del codice civile, a cura di Scialoja e Branca, II ed., s ub art. 2498, Bologna- Roma, 1976, p. 72 e ss.

⁴² O. Cagnasso, op. cit., p. 58 e ss.

⁴³ L'aggettivazione "esterna" veniva utilizzata dal Cagnasso per qualificare l' ipotesi di trasformazione comunemente definita "eterogenea".

L'indagine veniva, conseguentemente, incentrata sull'individuazione dei limiti espressi e, soprattutto, di quelli desumibili dal sistema, attribuendo particolare rilevanza alla ricerca di un criterio per l'individuazione dei limiti stessi.

Il problema dell'ambito di operatività dell'istituto non veniva certo risolto con la semplice constatazione dell'esistenza nel nostro ordinamento di un implicito principio che avrebbe legittimato il ricorso alla trasformazione anche al di là del modello societario.

Venivano sottoposti a dura critica sia il concetto di omogeneità soggettiva che di omogeneità causale.

Al riguardo si evidenziava come la disomogeneità sotto il profilo soggettivo tra l'ente trasformando e l'ente trasformato non costituisse ostacolo né alla trasformazione interna né a quella esterna al fenomeno societario.

Partendo dalla considerazione, condivisa dalla dottrina più recente, che la persona giuridica altro non sia che una particolare disciplina di un gruppo organizzato, si sosteneva che non vi fossero ostacoli a riconoscere la trasformazione qualora uno solo degli enti coinvolti nella vicenda fosse dotato della personalità giuridica.

A maggiore e decisa critica veniva sottoposto il criterio della omogeneità causale, utilizzato, come evidenziato nelle pagine precedenti, dall'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente per circoscrivere l'ambito di operatività dell'istituto.

In questa prospettiva si sosteneva che ai fini dell'individuazione dell'ambito di operatività della trasformazione il criterio in esame, nelle sue varie applicazioni, non avrebbe potuto fornire una regola interpretativa certa che tenesse conto di tutti gli interessi in gioco nella vicenda.

In particolare il riferimento alla causa, intesa da taluni come scopo cui è volto l'esercizio dell'attività sociale e da altri come modello organizzativo, veniva considerato insufficiente per tutelare in maniera unitaria sia gli interessi dei soci che quelli dei creditori.

Quanto al problema della tutela degli interessi dei creditori si evidenziava⁴⁴ l'opportunità di attribuire rilevanza centrale all'elemento strutturale piuttosto che a quello teleologico, non assumendo rilievo lo scopo ultimo dell'attività sociale ma il modello organizzativo adottato e, in particolare, il regime della responsabilità per le obbligazioni assunte dall'ente trasformando.

Partendo da questa premessa si sosteneva⁴⁵ che, al di là dei divieti di trasformazione espressi o comunque desumibili da norme inderogabili poste nell'interesse generale, non si potessero legittimamente configurare ipotesi di trasformazione che avessero l'effetto di produrre un pregiudizio per i creditori attuali della società.

La tutela dei creditori attuali della società diventava il limite, desumibile dal sistema, all'esercizio dell'autonomia privata dei soci.

A tale conclusione si giungeva sulla base della constatazione che nelle ipotesi di trasformazione positivamente disciplinate il legislatore, pur non avendo predisposto una disciplina unitaria e neppure riconosciuto il diritto di opporsi alla decisione, ha tendenzialmente garantito che la fattispecie non costituisca uno strumento per frustrare le pretese creditorie.

In caso di trasformazioni interne alle società di persone o alle società di capitali il pregiudizio per i creditori anteriori⁴⁶ è escluso; espressa tutela l'art. 2499 c.c. appresta

⁴⁴Cagnasso, op. cit., p. 61.

⁴⁵Cagnasso, op. cit., p.63.

⁴⁶ Per i creditori posteriori alla trasformazione la tutela veniva rinvenuta sostanzialmente nell'operatività di meccanismi pubblicitari.

ai creditori nel caso di trasformazione di società di persone in società di capitali poiché continueranno a beneficiare della responsabilità dei soci già illimitatamente responsabili. In altre ipotesi i creditori godono di una tutela quantomeno equivalente come nel caso di trasformazione di società di capitali in società di persone. Al rigoroso regime del capitale sociale proprio delle società di capitali si sostituisce, infatti, la responsabilità, anche per le obbligazioni pregresse, dei soci che a seguito della trasformazione assumono responsabilità illimitata.

Applicando questi criteri alle ipotesi più discusse di trasformazione eterogenea o esterna, si giunse a conclusioni parzialmente diverse da quelle sostenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza nettamente prevalenti. Si sosteneva, infatti, l'inammissibilità della trasformazione da società in associazione, sia che l'ente di partenza fosse una società di persone che una società di capitali. Tale vicenda, infatti, determinerebbe la sostituzione di un modello che è caratterizzato da una struttura che offre minori garanzie per i creditori rispetto ad un modello che, sotto tale profilo, sarebbe caratterizzato da una minore tutela posto che sarebbe stato necessario ipotizzare una responsabilità dei soci per le obbligazioni pregresse esclusa dal dato normativo.

La trasformazione di associazione in società lucrativa veniva ritenuta inammissibile perché avrebbe determinato una violazione del divieto di sottrarre i beni costituenti il patrimonio dell'associazione al vincolo di destinazione per scopi ideali e, inoltre, perché vi sarebbe una sostanziale violazione della disciplina dell'art. 31 c.c..

Diversamente da quanto sostenuto da altra dottrina, si riteneva inammissibile anche la trasformazione da associazioni in società senza scopo di lucro in considerazione della natura strettamente eccezionale delle ipotesi previste dalla più recente legislazione che consente la trasformazione solo in presenza di determinati presupposti.

Considerazioni parzialmente diverse venivano fatte per la trasformazione di un consorzio in società consortile

Tale ipotesi, molto discussa in dottrina ma ritenuta ammissibile da alcune decisioni della giurisprudenza, veniva considerata ammissibile non, come era stato autorevolmente sostenuto⁴⁷, perché si tratterebbe di modelli identici sotto il profilo causale e, pertanto, modificabili, ma perché si assisterebbe all'adozione di un modello che offre maggiori garanzie ai creditori. Con la trasformazione del consorzio in società, infatti, i creditori del consorzio godrebbero di una tutela maggiore rappresentata o dalla responsabilità personale dei soci o dalle rigorose regole proprie delle società di capitali. A conclusioni opposte si giungeva per la trasformazione da società consortile o cooperativa in consorzio in considerazione del pregiudizio patrimoniale che dalla stessa potrebbe derivare per i creditori attuali. Questi ultimi all'esito della vicenda trasformativa non acquistano la garanzia costituita dalla responsabilità personale dei consorziati per le operazioni di cui all' art. 2615 c.c. e. inoltre, perdono la rigorosa disciplina della garanzia patrimoniale propria delle società di capitali.

Si deve evidenziare, inoltre, come negli ultimi decenni si fece strada l'idea che ai fini di una corretta impostazione del problema fosse necessario sgombrare il campo da alcune delle considerazioni critiche che generalmente venivano avanzate per negare l'ammissibilità della trasformazione eterogenea ma che ad una più attenta analisi non sembravano avere una decisiva portata argomentativa.⁴⁸

Appariva, innanzitutto, debole il richiamo alla collocazione topografica dell'istituto trasformazione teso a dimostrare che tale fattispecie dovesse ritenersi riferita esclusivamente alle società lucrative. Così come fondata su di una mera speculazione

⁴⁷ M.S. Spolidoro, *Trasformazione di consorzio in società consortile*, cit., p.543.

⁴⁸ In tal senso A. Paciello, op. cit., p. 18.

semantica appariva la considerazione che la trasformazione è volta a realizzare una modificazione della struttura organizzativa della società, e che pertanto sarebbe scorretto parlare di trasformazione in senso proprio al di là di tale funzione.

PARAGRAFO II

C) LA TRASFORMAZIONE E LA CONTINUITA' DELL'IMPRESA.

Un diverso criterio interpretativo fu individuato da una recente dottrina, che, ponendo come carattere essenziale della trasformazione, in tutte le sue manifestazioni, il concetto di continuità dell'impresa, ha sostenuto la possibilità di allargare i confini dell'istituto anche a vicende non espressamente qualificate dal legislatore come trasformazione.⁴⁹

La trasformazione, pur disciplinata come istituto prettamente societario, veniva ricostruita come una vicenda legata all'impresa.

L'eccessiva delimitazione all'area di operatività dell'istituto sarebbe solo frutto di una esasperata lettura della vicenda in chiave soggettiva, con la conseguenza di porre al centro della giustificazione sistematica l'identità del soggetto.

Il fondamento di questa impostazione veniva individuato nella considerazione che sia la trasformazione degli enti di diritto privato che quella delle società, nell'originaria formulazione del codice del 1942, pur riferendosi a modificazioni che riguardano in un caso lo scopo e nell'altro il tipo, sarebbe stata concepita dal legislatore come lo strumento tecnico per consentire la realizzazione dell'interesse alla conservazione del vincolo di destinazione di un patrimonio allo svolgimento di una determinata attività.

In questa prospettiva la trasformazione si pone come vicenda negoziale che, nella fase di attuazione del rapporto, consente al gruppo o all'ente, con decisione a questi imputabile, di scegliere di esercitare l'attività cui è vincolato il patrimonio secondo altre modalità.

⁴⁹ M. Sarale, op. cit., 251 e ss..

Che il principio di conservazione della destinazione del patrimonio verso determinate attività costituisca una costante della vicenda trasformativa in tutte le sue possibili estrinsecazioni era circostanza desunta dall'art. 28 c.c. in tema di trasformazione delle fondazioni dove, più che per le società, era, ed è ancor oggi, positivamente accentuata la rilevanza dell'oggettiva destinazione di risorse patrimoniali per gli scopi indicati originariamente dal fondatore. Si tratta, inoltre, di un principio che sarebbe alla base di tutte le ipotesi di trasformazione previste dalle leggi speciali dalle quali risulta che il termine viene riferito ad una modificazione del programma originariamente prescelto dall'ente, che non intacca il vincolo di destinazione impresso nella fase genetica ad un patrimonio al fine di esercitare una determinata attività in funzione di un determinato scopo.

Si è, inoltre, giustamente osservato⁵⁰ che, dall'esame complessivo della disciplina codicistica contenuta nella vecchia formulazione degli artt. 2498 e segg. c.c. e nell'art. 28 c.c., sarebbe possibile desumere che nell'intenzione del legislatore il termine trasformazione sia stato usato per indicare *"una scelta di continuità del rilievo reale degli enti, anche a fronte di modificazioni radicali che alterano le modalità stesse di partecipazione all'attività comune (il tipo) o gli scopi che i partecipanti intendono raggiungere, o ancora a fronte di eventi che imporrebbero lo scioglimento, la liquidazione e l'estinzione degli stessi"*.⁵¹

La disciplina della trasformazione, inoltre, si pone come strumento di economia delle operazioni giuridiche necessarie a salvaguardare la destinazione patrimoniale ad una determinata attività⁵².

⁵⁰ Sarale, op. cit., p.256.

⁵¹ Così espressamente Sarale, op. cit., loco cit..

⁵² Sarale, op. cit., p.256. L'autore evidenzia che la disciplina positiva sia della trasformazione societaria che delle fondazioni non porrebbe problemi di compatibilità.

In questa prospettiva, individuato l'elemento caratterizzante di ogni ipotesi di trasformazione nella conservazione della destinazione patrimoniale, appariva più agevole discernere quali delle innumerevoli ipotesi elaborate nella prassi potessero essere legittimamente ricondotte a tale strumento negoziale.

Alla luce di quanto esposto nella soluzione del quesito assumeva rilevanza centrale non il criterio dell'omogeneità causale quanto quello dell'omogeneità dell'impresa.

In particolare, dall'impostazione appena richiamata discendeva l'inammissibilità di configurare in chiave trasformativa sia le ipotesi nelle quali non fosse possibile individuare il vincolo di destinazione, sia quelle nelle quali difettesse il requisito della continuità dell'impresa al cui svolgimento è vincolato il patrimonio.

Conformemente a quanto affermato, sia pure per ragioni parzialmente diverse, dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, si esclude che il passaggio da impresa individuale a impresa societaria potesse essere qualificato come vicenda trasformativa.

La ragione di tale esclusione era individuata, correttamente, nella circostanza che il vincolo di destinazione del patrimonio ad una determinata attività presuppone l'esistenza, se non della personalità giuridica, almeno di una forma di autonomia patrimoniale non riscontrabile nell'impresa individuale.

All'opposto, e contrariamente a quanto affermato dalla giurisprudenza, si sosteneva la legittimità della trasformazione dei consorzi in società consortili purchè il consorzio avesse già esercitato attività d'impresa autonoma, anche se strumentale, rispetto a quella delle singole imprese consorziate. Al riguardo si deve evidenziare come a tale conclusione si giungesse sulla base dell'ulteriore considerazione che il consorzio possa acquisire autonomamente la qualità di imprenditore e, in particolare, di imprenditore

commerciale⁵³, poiché solo in tale ipotesi sarebbe possibile finalizzare la vicenda trasformativa alla conservazione della destinazione di un patrimonio verso una determinata attività d'impresa.

Il ragionamento, svolto con particolare riferimento al consorzio, poteva essere esteso anche alle fondazioni ed alle associazioni riconosciute e non, a condizione che, anche in queste ultime ipotesi, l'ente svolgesse già attività d'impresa, se pure in via meramente ausiliaria.⁵⁴

⁵³ Per un ragguglio sul dibattito si rinvia a Sarale, op. cit., p262 e ss. e, 274, testo e nota 51.

⁵⁴ La possibilità dell'esercizio di attività d'impresa e, in particolare, di impresa commerciale da parte delle fondazioni e delle associazioni è stato fortemente discusso, soprattutto in passato. Le conclusioni

PARAGRAFO II

D) LA TRASFORMAZIONE DELLE SOCIETA' COOPERATIVE ED IL PRINCIPIO DI OMOGENEITA' CAUSALE.

Tra le questioni più dibattute in tema di trasformazione merita una disamina separata quella dell'ammissibilità della trasformazione delle società cooperative poiché le conclusioni a cui si pervenne sul tema influenzarono in maniera decisa la stessa delimitazione dell'ambito di operatività dell'istituto.

Fin dall'entrata in vigore del codice del 1942 si è dibattuto in dottrina se la classificazione delle cooperative come tipo di società, causalmente caratterizzato dallo scopo mutualistico, consentisse di attuare trasformazioni che non solo incidessero sul modulo organizzativo, ma implicanti, altresì, un mutamento della causa del contratto.

Il quesito, generato dalla mancata espressa previsione dell'istituto della trasformazione delle società cooperative da parte del codice del 1942, aveva ad oggetto sia la possibilità di qualificare come trasformazione in senso tecnico il mutamento del regime di responsabilità dei soci, sia l'ammissibilità della trasformazione delle società cooperative in società ordinarie (o lucrative) e viceversa. Per quanto riguarda la prima delle problematiche appena richiamate si deve osservare che l'opinione prevalente era nel senso di considerare il mutamento del regime della

elaborate dalla Sarale tengono conto di un mutato indirizzo dottrinale ed anche giurisprudenziale che si sviluppò negli ultimi decenni. Si veda al riguardo: Campobasso, op. cit., p.28-32.

responsabilità personale dei soci nell'ambito del modello cooperativo come una semplice modifica dell'atto costitutivo.⁵⁵

Problema sicuramente più complesso fu, invece, quello dell'ammissibilità della trasformazione delle società cooperative in società ordinarie e viceversa. Il vivace dibattito dottrinale trovava la sua giustificazione nell'autonomia normativa riservata al fenomeno cooperativo, nella peculiarità, sotto il profilo della causa, delle società con scopo mutualistico, nonché dalla particolare collocazione (in un apposito titolo, separato da quello concernente le società ordinarie) della disciplina delle imprese cooperative.

Sotto il profilo pratico il problema veniva prevalentemente sollevato per le trasformazioni delle società cooperative in società lucrative, trattandosi di un'ipotesi che attraeva i maggiori interessi degli operatori del diritto. Le prime risposte date al problema dalla giurisprudenza furono contraddittorie e si delinearono tre diversi orientamenti di pensiero.

Una prima tesi⁵⁶ era favorevole alla libera trasformabilità, anche a maggioranza, delle società lucrative in cooperative, e viceversa, sulla scorta delle norme in tema di modificazione dell'atto costitutivo. Questa tesi trovava il suo fondamento nella riconducibilità sostanziale del contratto di cooperativa a quello di società ex art. 2247 c.c., e fu accolta anche da autorevole dottrina che evidenziava come l'autonomia delle parti non potesse trovare alcun limite proprio per la natura della trasformazione. Quest'ultima, consistendo in un cambiamento del tipo, attiene alla struttura della

⁵⁵ A. Bassi, *Le società cooperative*, Torino, 1995, 276 ss.; Ferrara jr.-Corsi, op. cit., 939.

⁵⁶ Trib. Catanzaro, decr. 4-10-1948, in Riv. Dir. Comm., 1949, II, 425; App. Venezia, decr. 17 marzo 1949, in Foro it., 1949, I, 1258; App. Milano, decr. 17 marzo 1950, in Riv. Not., 1950, 296; App. Napoli, decr. 29 gennaio 1957, in Dir. fall., 1957; Cass., 12 ottobre 1973, n. 2569, in Foro it., I, 2133.

società la quale può essere sempre modificata anche in difetto di una norma espressa che la preveda.⁵⁷

Una seconda tesi ammetteva la trasformazione in entrambe le direzioni, ma solo in presenza del consenso unanime dei soci. Questo orientamento riconosceva ed esaltava la specificità della causa mutualistica e sosteneva la necessità del consenso unanime alla trasformazione perché riteneva che la trasformazione determinasse un mutamento dello scopo sociale e, conseguentemente, del diritto individuale del socio.⁵⁸

La tesi più rigorosa, risultata poi prevalente, escludeva, invece, ogni ipotesi di trasformazione di società cooperative in società ordinarie e viceversa⁵⁹. Le argomentazioni addotte a sostegno della inammissibilità dell'operazione non erano peraltro univoche poiché facevano perno su elementi profondamente diversi tra loro.

Nonostante vi fosse chi individuava la ragione dell'inammissibilità dell'operazione vuoi sull'allocazione delle norme in tema di trasformazione nel nostro diritto positivo, vuoi su ragioni di ordine pubblico correlate alla necessità di evitare impieghi distorti della forma cooperativa finalizzati allo sfruttamento delle agevolazioni creditizie e fiscali, l'opinione più diffusa individuava il limite nella diversità tra causa lucrativa e quella mutualistica.

⁵⁷ Di Francia, *Ancora sul problema della trasformazione della società cooperativa in società ordinaria*, in *Div. Dir. comm.*, 1967, I, 323 ss.; Ghidini, *Cooperativa e società*, in *Temi*, 1952, 128; Ferri, *Trasformabilità delle società cooperative*, in *Riv. Dir. comm.*, 1951, I, 105.

⁵⁸ In dottrina: Ascarelli, *Società, associazione, consorzio, cooperativa e trasformazione*, in *Riv. Dir. comm.*, 1949, II, 425; Martorano, *Trasformazione di cooperative ad unanimità*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1954, 861. In giurisprudenza: Trib., Napoli, decr. 25 agosto 1953 in *Foro it.*, 1954, I, 1658; App. Milano, 16 novembre 1954, in *Foro it.*, 1955, I, 240; App. Milano decr. 22 ottobre 1955, in *Foro it.*, 1956, I, 777.

⁵⁹ In giurisprudenza per tutte vedi: Cass. 17 aprile 1959, n. 1144, in *Foro it.*, 1959, I, 741; App. Milano, decr. 21 febbraio 1963, in *Riv. Dir. comm.*, 1963, II, 411. In dottrina Bolaffi, *Trasformazione di società cooperativa in società ordinaria?*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1948, 444 ss; Bigiavi, *Sulla trasformazione delle cooperative*, in *Giur. It.*, 1949, I, 3, 513; Oppo, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. Dir. civ.*, 1959, I, 388 ss..

Nella delineata situazione di incertezza interpretativa l'art. 14 della legge 17 febbraio 1971, n. 127⁶⁰ sembrò sancire il superamento delle discussioni introducendo l'esplicito divieto per le società cooperative di trasformarsi in società ordinarie, neppure con deliberazione unanime dei soci.

La *ratio* del divieto è stata individuata da parte autorevole della dottrina⁶¹ nella riaffermazione da parte del nostro legislatore dell'incompatibilità tra causa mutualistica e causa lucrativa, con conseguente incomunicabilità tra i due tipi societari. Secondo questo orientamento il divieto di trasformazione di cui alla legge 127/71 doveva essere considerato la riaffermazione positiva del limite dell'omogeneità causale individuato, in via interpretativa, come presupposto per la trasformabilità.

Altra parte della dottrina sottolineava, invece, il carattere ostativo alla trasformazione rappresentato dalla necessità di tutela dei creditori sociali, che non troverebbero nella disciplina della cooperativa adeguate garanzie.⁶²

Secondo un'altra impostazione il divieto andava letto come volontà di impedire che la particolare disciplina di favore prevista per le cooperative venisse indirizzata, una volta avviata l'attività, verso imprese lucrative, ritenendo, quindi, che le stesse ragioni di opportunità e di tutela della cooperazione non costituissero ostacolo per il passaggio inverso.

Tra coloro che riconoscevano la legittimità della trasformazione da società lucrativa in cooperativa non vi era univocità di opinioni sulla necessità o meno che la delibera

⁶⁰ Analogo divieto è stato ribadito a proposito delle piccole società cooperative, previste dall' art. 21 della legge 7-8-1997, n. 266, alle quali è consentita soltanto la trasformazione in cooperativa ordinaria.

⁶¹ Campobasso, op. cit., 566; Galgano, *Le società di capitali e le cooperative*, in *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 1994, 480; Paciello, op. cit., 40, secondo il quale la vicenda non sarebbe neppure ascrivibile alla trasformazione, ma realizzerebbe una novazione del rapporto; Scardulla, op. cit., 307; Tantini, op. cit., 213; Serra, op. cit., 314.

fosse adottata all'unanimità. Mentre alcuni autori ⁶³ richiedevano il consenso di tutti i soci, altri ritenevano adeguata la regola maggioritaria, sia pure con il correttivo del diritto di recesso.⁶⁴

In giurisprudenza il contrasto sembrava essersi assestato esclusivamente sulla necessità o meno del consenso unanime, ritenendosi prevalentemente che il divieto operasse esclusivamente nel passaggio da società cooperativa in società ordinaria.⁶⁵

Nonostante fosse questo l'orientamento prevalente della dottrina e della giurisprudenza tradizionali, vanno evidenziate due circostanze che hanno dischiuso orizzonti nuovi nella disamina del problema.

La prima consiste nella introduzione nel nostro ordinamento della norma dell'art.18 della legge 19 marzo 1983, n. 72 che ha riconosciuto la possibilità delle società cooperative di costituire e comunque di partecipare al capitale, di società per azioni o a responsabilità limitata.

Tale previsione normativa incrinò fortemente il dogma della diversità causale fra le due categorie societarie in questione, riconoscendo, implicitamente, la comune genesi della causa lucrativa e di quella mutualistica, derivante dal fatto che entrambe le categorie societarie possono ben essere attratte nella nozione data dall'art. 2247 c.c.⁶⁶

L'atteggiamento del legislatore palesava, altresì, la presa d'atto dell'esistenza di ragioni di pubblico interesse, altrettanto meritevoli di tutela, che spingevano fortemente verso l'adozione di modelli societari più agili, idonei a consentire l'affermazione

⁶² Cagnasso, op. cit., 83; Di Sabato, *Manuale delle società*, V ed., Torino, 1995,804.

⁶³ Cabras, op. cit., 147, il quale argomenta dalla regola introdotta dall'art. 31 tu. Bancario che ammette la trasformazione adottata a maggioranza delle banche popolari in società per azioni e che costituirebbe eccezione al principio generale. Nello stesso senso Marasà, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, p 92; Patirca, op. cit.,p. 63.

⁶⁴ Sarale,op. cit., 240;Gasperoni,op. cit., 1028;Simonetto,op. cit., 81.

⁶⁵ Ammise la trasformazione di una società semplice in cooperativa, ritenendo che la causa lucrativa non sia incompatibile con lo scopo di lucro, Trib. Udine, 14,1, 1988,in Dir. Fall 1989,II,932.

delle cooperative sul mercato indipendentemente dal noto statuto agevolativo agli effetti creditizi e fiscali.⁶⁷

Ulteriore circostanza consisteva nell'assenza di un espresso divieto alla trasformazione delle società ordinarie in società cooperative. Anche se parte della dottrina, seguendo la teoria che afferma l'esistenza di una rigida distinzione causale fra le imprese mutualistiche e quelle cd. lucrative, negava la legittimità di siffatta operazione,⁶⁸ un diverso orientamento dottrinale e giurisprudenziale era orientato per asserirne la liceità ritenendo inesistenti le ragioni di ordine pubblico di cui prima si è dato cenno.⁶⁹

⁶⁶ Su questo concetto, Ferri, *La cooperativa come società*, in Riv. Soc., 1957,259;Messineo, *Società e scopo di lucro*, in Studi di diritto delle società, Milano, 1958,13.

⁶⁷ Sul punto si veda Paolucci, *La partecipazione di cooperative in società di capitali*, in Contratto e impresa, 1991,133.

⁶⁸ Cagnasso, op. cit., 59 ss. e 84; Scardulla, op. cit., 307; Bassi, op. cit., 793; Campobasso, op. cit., 543; Paciello, op. cit., 97; Galgano, op. cit., 431 e 435 ; Marasà *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, cit., 324 ss.; e Trib. Napoli, decr. 17 luglio 1989, in Società, 1990,356.

⁶⁹ In dottrina: Verrucoli- Di Paolo, *Trasformabilità di società lucrative in società cooperative*, in Riv. Not., 1979,1588 ss.; Ferri, *Le società*, cit., 895;Gasperoni, op. cit., 1025; Simonetto, op. cit., 62 ss. e 78; Cabras, op. cit., 77 ss.; Ieva, *Appunti sulla trasformazione di società lucrative in società cooperativa*, in Riv. Not., 1992,719 ss.; Cavanna, *Trasformazione e fusione di società cooperative*, in Nuova giur. civ. comm., 1994,II,265 ss.. In giurisprudenza: App. Trieste, decr. 6 novembre 1978, in Giur. Comm.,1981,II, 690; Trib. Bari, decr.21 luglio 1981, in Vita not., 1981,1080; Trib. Roma, decr. 4 luglio 1984, in Vita not.,1984 con nota di Saggio, *La trasformazione di società lucrative in società cooperativa. Il superamento della c.d. barriera del tipo*; Cass., 4 gennaio 1995, n. 118, in Riv. Dir. comm.,

PARAGRAFO II

E) LIMITI IMPLICITI ALLA TRASFORMAZIONE.

Il dibattito relativo all'individuazione dell'ambito di operatività dell'istituto fu, altresì, influenzato, sia pure solo per alcune delle nuove ipotesi di trasformazione, dall'esistenza di limiti ulteriori, anche se impliciti, alla stessa trasformazione societaria.

Si tratta di un problema che fu poco discusso *ante riforma* poiché interessava solo la trasformazione eterogenea da società di capitali e la discussa ipotesi di trasformazione da società consortile in società ordinaria e viceversa ma che potrebbe acquistare maggiore rilievo alla luce del nuovo sistema normativo delineato dalla Riforma delle società.

L'esame dei limiti impliciti individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'esplicazione del potere di autonomia privata in tema di trasformazione societaria costituisce un elemento non trascurabile nell'economia del presente lavoro e presuppone un esame sistematico degli istituti di volta in volta presi in considerazione, tenendo, altresì, conto delle peculiarità di ciascuno di questi.

Oltre che da ragioni derivanti dalla natura giuridica degli enti coinvolti nella vicenda, infatti, la trasformazione poteva trovare ostacoli derivanti dalle particolari situazioni in cui versava la società per l'esistenza di limiti impliciti o di fatto derivanti sia dall'assoggettamento a discipline specificamente previste per uno o più tipi particolari, sia per l'incompatibilità di queste discipline con gli effetti della trasformazione.

1995,II,415; Cass., 14 luglio 1997, n. 6349, in *Società*, 1998, 162, con nota adesiva di Fabrizio, *Trasformazione (fusione) di società lucrativa in società cooperativa*.

Innanzitutto limiti potevano discendere dalla natura delle attività che, per particolari disposizioni legislative, possono essere esercitate soltanto da società aventi una determinata forma giuridica.⁷⁰ Si riteneva che anche questo fosse un limite all'operazione poiché la società non poteva adottare un tipo diverso, salvo la preventiva o contestuale soppressione delle clausole incompatibili.

Analoga soluzione si prospettava qualora il divieto o il limite al mutamento del tipo sociale fossero stati previsti nello statuto. In questo caso, l'operazione si rendeva praticabile in seguito alla modificazione della clausola statutaria.

Si deve rilevare l'esistenza di una sostanziale differenza tra quest'ultima ipotesi rispetto all'impedimento derivante dalla particolare attività svolta dalla società: in tal caso era sufficiente che la società da trasformare acquisisse contestualmente la nuova forma ed il nuovo oggetto sociale mentre nel caso di divieto statutario l'operazione potrà essere deliberata solo dopo la soppressione della clausola statutaria.

Un limite implicito alla trasformazione era considerato lo stato di liquidazione: si dubitava, infatti, fortemente che una società posta in liquidazione in seguito al verificarsi di una causa di scioglimento potesse legittimamente deliberare la trasformazione in un altro tipo di società, sia per continuare l'attività sotto una nuova veste giuridica, sia per completare il procedimento di liquidazione assoggettandosi alle regole proprie dell'altro tipo. Tale limite, evidentemente, avrebbe escluso a monte la possibilità di procedere anche ad una trasformazione eterogenea.

Nel primo caso si riteneva che vi fosse inconciliabilità tra una situazione finalizzata all'estinzione dell'ente con la decisione di trasformazione che, come prima detto, veniva considerata dall'orientamento prevalente una vicenda che comporta la

⁷⁰ Ciò avviene, ad esempio, per l'attività commerciale (riservata, in base all'art. 2249 c.c., alle società c.d. commerciali, con esclusione della società semplice), bancaria, assicurativa, sportiva con impiego di

continuità del soggetto e dell'attività. Preso atto di questa incompatibilità concettuale la questione fu posta, per la dottrina societaria, dalla dottrina essenzialmente sotto il profilo della necessità o meno di far precedere la delibera di trasformazione dalla revoca dello stato di liquidazione (all'unanimità o a maggioranza a seconda delle soluzioni accolte sul punto).⁷¹

Per la seconda ipotesi, denominata nella prassi come trasformazione "liquidativa", la dottrina era nel senso dell'ammissibilità, anche se adottata a maggioranza, sulla base della considerazione che l'operazione ha spesso la finalità di rendere più agevole e meno onerosa la procedura di liquidazione.⁷²

La posizione della giurisprudenza sul tema della compatibilità della trasformazione con lo stato di liquidazione non fu affatto costante. Accanto a decisioni che ritenevano inammissibile la trasformazione una volta iniziato lo stato di liquidazione, si registrano orientamenti che guardavano con favore alla vicenda, considerata, a volte, alla stregua di una vera e propria alternativa allo scioglimento della società.

Un altro limite implicito alla trasformazione societaria, probabilmente applicabile anche a quella eterogenea, veniva individuato da un orientamento minoritario nell'esistenza della procedura ex art. 2409 c.c..

Il problema, in realtà, non riguardava tanto l'ammissibilità dell'operazione quanto gli effetti della trasformazione sulla procedura in corso, per alcuni improcedibile, dal momento che il controllo giudiziario è previsto esclusivamente per le società di capitali. Parte autorevole della dottrina, al contrario, sosteneva che il cambiamento del tipo non impedisse la prosecuzione del procedimento.⁷³

atleti professionisti, di gestione fiduciaria di beni e così via.

⁷¹ In tal senso, De Angelis, op. cit., 152; Cabras, op. cit., 106; Cagnasso, op. cit., 96.

⁷² De Angelis, op. cit., 163; Cabras, op. cit., 109.

⁷³ Rif. in Cabras, op. cit., 206; De Angelis, op. cit., 173.

Anche la condizione di unipersonalità è stata considerata dalla giurisprudenza ⁷⁴ostativa della modificazione del modello legale, in quanto realizzata in violazione della necessaria pluralità dei soci richiesta in sede di costituzione.

La dottrina prevalente, chiarito che la trasformazione non potesse essere considerata alla stregua di una costituzione, era di contrario avviso, ritenendo che non vi fossero ostacoli alla decisione del socio unico di trasformare la società.

L'operazione presentava un indubbio vantaggio nel caso di trasformazione di società personale in società a responsabilità limitata poiché consentiva di mantenere l'unipersonalità senza incorrere nella causa di scioglimento. Si riteneva ammissibile anche l'ipotesi contraria della trasformazione in società personale rilevando, tuttavia, la necessità di ricostituire la pluralità della compagine sociale entro il termine di sei mesi dalla deliberazione, pena, appunto, lo scioglimento della società stessa, ex artt.2272, n. 4 e 2323 c.c..⁷⁵

Uno degli ostacoli più ricorrenti alla trasformazione societaria *ante* riforma riguardava le società azionarie che avessero deliberato un prestito obbligazionario o che avessero acquistato azioni proprie ed al riguardo si deve rilevare che il limite veniva individuato esclusivamente per le società azionarie in quanto esse sole erano legittimate a questo tipo di operazione. Qualora per la società per azioni o in accomandita per azioni si prospettasse l'opportunità di trasformarsi in società personale, o anche semplicemente in società a responsabilità limitata, l'assunzione di un tipo sociale diverso, o anche di uno scopo diverso (per chi considerava come trasformazione anche l'adozione dello scopo consortile da parte di una società

⁷⁵ Campobasso op. cit., 570, nota 1; ulteriori riferimenti in De Angelis, op.cit., 183; Cabras, op. cit., 161.

ordinaria), poneva il problema della sorte del rapporto intercorrente tra la società e gli obbligazionisti e dei titoli acquistati ai sensi dell'art. 2357 c.c.

Era opinione diffusa che la società che avesse un prestito obbligazionario in corso, o detenesse in portafoglio azioni proprie, non dovesse vedersi del tutto impedita la decisione di cambiamento del tipo, anche se non si riscontrava unanimità di consensi sulle modalità e sulle condizioni che legittimavano, in concreto, l'operazione.

Per quanto riguarda la prima delle ipotesi, coloro che ne negavano la legittimità, ponevano alla base del ragionamento il divieto per la s.r.l. di emettere obbligazioni previsto dall'ultimo comma dell'art. 2486 c.c.. La portata della norma veniva, infatti, considerata più ampia e tale da escludere non solo l'emissione di obbligazioni, ma anche la possibilità che una s.r.l. risultante dalla trasformazione di una società azionaria potesse essere parte del rapporto obbligazionario originariamente deliberato dalla società trasformanda. Nonostante vi fosse chi⁷⁶, interpretando alla lettera la norma, considerava il divieto circoscritto alla sola ipotesi dell'emissione e, conseguentemente, riconosceva la legittimità della trasformazione, prevaleva l'opinione che la delibera fosse legittima solo a condizione che la società provvedesse ad estinguere il prestito estinguendo le obbligazioni ancora in circolazione, o novando il debito cartolarizzato in un mutuo ordinario.⁷⁷ Soluzione questa applicabile nel caso di trasformazione da e in società consortile ma difficilmente ipotizzabile nel caso in cui il punto di arrivo della fattispecie fosse rappresentato da un ente del primo libro del codice civile.

⁷⁶ Riferimenti in: Cabras, op. cit., 113.

⁷⁷ A favore della tesi dell'estinzione anticipata, che doveva essere approvata dalla maggioranza degli obbligazionisti: Gasperoni, op. cit., 275; Serra, op. cit., 328; Cagnasso, op. cit., 98; Scardulla, op. cit., 281. Ammettevano la possibilità alternativa di trasformare il rapporto in un mutuo ordinario, purché la novazione fosse approvata da tutti i portatori di obbligazioni: Cabras, op. cit., 114 ed ivi riferimenti ulteriori; si veda anche Cagnasso, Irrera, op. cit., 325.

Coloro che consideravano l'estinzione del prestito una condizione necessaria per poter procedere alla trasformazione sostenevano che, qualora fossero state emesse obbligazioni convertibili la società dovesse far procedere l'estinzione stessa dalla concessione di un termine per la conversione anticipata, in analogia a quanto disposto in tema di fusione dall'art. 2503 bis, II comma.⁷⁸

Che il divieto di ricorrere al prestito obbligazionario per la società a responsabilità limitata non riguardasse soltanto il momento dell'emissione, ma tutta la fase del rapporto, fu sostenuto anche dalla giurisprudenza di merito e di legittimità che, in più occasioni, ha dichiarato la nullità della trasformazione deliberata senza la preventiva estinzione delle obbligazioni.⁷⁹

Come prima detto un ulteriore limite, sia pure implicito, alla trasformazione delle società azionarie era rappresentato dal possesso di azioni proprie. Si riteneva, infatti, anche il possesso entro il limite previsto dalla legge impedisse la trasformazione in società alle quali tale vicenda fosse istituzionalmente preclusa a meno che non si provvedesse precedentemente (e non contestualmente) all'alienazione ed all'annullamento delle stesse.⁸⁰

Problemi analoghi si presentavano agli operatori del diritto nel caso in cui tra i soci della società trasformanda vi fossero persone giuridiche. Il quesito, implicitamente risolto dalla Riforma del 2003, si poneva nell'ipotesi di trasformazione di società di capitali in società di persone e si inquadrava nella più ampia problematica della ammissibilità della partecipazione di una società di capitali in una società di persone.⁸¹

⁷⁸ .Serra, op. cit., 328; Cabras, op. cit., 114; sul punto ampiamente De Angelis, op. cit., 165.

⁷⁹ Cass. 1574 / 95 in mass. 95.

⁸⁰ Cabras, op. cit., 115.

⁸¹ De Angelis, op. cit., 131.

Fra le condizioni essenziali a cui la giurisprudenza subordinava l'omologazione della delibera di trasformazione vi era che la società personale emergente dalla trasformazione non avesse come soci delle persone giuridiche, o comunque soggetti diversi dalle persone fisiche. L'orientamento giurisprudenziale prevalente negava la legittimità della trasformazione di una società di capitali in società di persone qualora per effetto dell'operazione assuma la posizione di socio illimitatamente responsabile.⁸²

La ragione della limitazione, condivisa da gran parte della dottrina⁸³, consisteva nel ritenere che una partecipazione di questo tipo sarebbe distorsiva del meccanismo della limitazione della responsabilità e si presterebbe, quindi, a realizzare una frode alla legge.⁸⁴ Era, altresì, discussa la liceità della partecipazione (e conseguentemente della trasformazione) di una società di capitali o di persone ad una società in accomandita semplice in posizione di socio accomandante. In un primo periodo la giurisprudenza si era nettamente divisa sul punto, con decisioni molto spesso emanate proprio in relazione a fattispecie di trasformazioni regressive.⁸⁵ L'acceso dibattito, che si svolgeva con sostanziale equilibrio fra i due contrapposti orientamenti e che non mostrava di volgere a favore di alcuno di essi, venne interrotto da una nota sentenza

⁸² Fra le tante: Cass., 3 aprile 1959, n. 993, in *Dir. fall.*, 1959, II, 393; Cass., 29 aprile 1980, n. 2874, in *Riv. Not.*, 1980, 1281; Cass., 19 maggio 1980, n. 2363, in *Foro it.*, 1980, I, 1599; Cass., 10 novembre 1992, n. 12087, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce "Società", 3197, 356.

⁸³ In tal senso: Giannattasio, *Ancora sulla partecipazione di società di capitali ad una società personale*, in *Giust. Civ.*, 1970, I, 290; Pellegrino, *Società di fatto o di persone fra società di capitali e persone fisiche*, in *Dir. fall.*, 1974, I, 194; Oppo, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. Dir. civ.*, 1976, I, 1 ss..

⁸⁴ Più articolata la soluzione prospettata da Campobasso, *op. cit.*, 45 ss, il quale sostiene che, pur non essendovi alcuna norma che impedisca alle società di capitali di assumere partecipazioni in altre società, né di persone né di capitali, la partecipazione in questione sarebbe "inammissibile e nulla ogni qual volta denoti un disegno complessivo" volto ad eludere il principio in base al quale, nel nostro ordinamento, non è consentito "all'autonomia privata di cumulare i vantaggi delle società di capitali (responsabilità limitata) con i vantaggi delle società di persone (potere diretto di amministrazione)".

⁸⁵ In senso positivo: Trib. Trento, 27-2-1969, in *Foro pad.*, 1969, I, 1256, con nota di Volterra, *Sulla partecipazione di società di capitali a società di personali*; App. Milano, 1-7-1969, in *Giur. It.*, 1970, I, 2, 38; App. Milano, 15-7-1983, in *Riv. Not.*, 1983, 1218; Trib. Prato, 22-2-1989, in *Foro it.*, 1990, I, 315. L'ipotesi è stata, invece, considerata inammissibile da: Trib. Milano, 31-1-1969, in *Riv. Dir.*

della Corte di Cassazione a Sezioni Unite la quale ha sanzionato la nullità, per violazione a norme imperative, della società in accomandita semplice partecipata, anche solo come socio accomandante, da una società di capitali. La sentenza, che non ha riferito la nullità alla trasformazione di una società in nome collettivo in società in accomandita semplice, ha superato gli argomenti posti a base della impostazione tradizionale contraria alla ammissibilità della partecipazione in questione.⁸⁶

comm., 1969, II, 295, 1969; App. Torino, 8-3-1972, in Riv. Not., 1972, 596; Trib. Milano, 10-10-1988, in Società, 1989, 18, con nota di Paolucci, *Nullità della partecipazione di s.p.a. in s.a.s.*

PARAGRAFO III: LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA NELLA LEGISLAZIONE SPECIALE.

A) LA TRASFORMAZIONE DELLE ASSOCIAZIONI CALCISTICHE IN SOCIETA'.

Nonostante l'atteggiamento di disfavore del codice del 1942 verso la trasformazione avesse generato la diffusa opinione che la fattispecie fosse una operazione esclusivamente societaria, numerosi provvedimenti legislativi di carattere speciale e settoriale, in tempi relativamente recenti, hanno introdotto nel nostro ordinamento ulteriori, e per molti aspetti nuove, ipotesi di trasformazione.

Tali provvedimenti legislativi hanno riproposto il problema dell'ambito di operatività dell'istituto poiché si tratta di fattispecie che, coinvolgendo enti diversi dalle società, sono ascrivibili alla categoria della trasformazione eterogenea.

Si deve evidenziare, in via preliminare, che si tratta di ipotesi di carattere eccezionale, frutto di scelte di politica legislativa determinate più dal mutato quadro istituzionale che dalla presa d'atto da parte del Legislatore della necessità di ampliare i confini applicativi dell'istituto.

La questione, generata dalla espressa previsione, sia pure nella legislazione speciale, dell'adozione della forma societaria da parte di figure giuridiche di tipo diverso dalle società, si pose con riferimento alle trasformazioni delle associazioni sportive, alle banche pubbliche, agli enti pubblici economici ed aziende pubbliche statali, organizzazioni e compagnie portuali.

⁸⁶ Cass. Sez.Unite., 17-10-1988, n. 5636, in Foro It, 1988, I, 3248.

Al fine di comprendere la reale portata del complesso normativo introdotto dalla legislazione di settore e, conseguentemente, stabilire se da questa derivi o meno, sia pure implicitamente, un ampliamento della previsione degli artt. 2498-2500 c.c., sembra opportuno impostare l'indagine analizzando la prima di tali innovazioni legislative relativa alla ricostituzione delle associazioni sportive in società.

La legge 23-3-1981, n. 91, avente ad oggetto la disciplina dei rapporti tra le società sportive e gli atleti professionisti, ha, infatti, introdotto alcune norme che hanno influito profondamente sul quesito dell'ambito di operatività della trasformazione.

L'art. 10 ha disposto che i contratti di prestazione sportiva con atleti professionisti possano essere stipulati solo da società sportive costituite nella forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, con particolari clausole statutarie, tra le quali l'obbligo di reinvestire tutti gli utili nella società per il perseguimento esclusivo dell'attività sportiva. Per l'adeguamento degli statuti alla nuova disciplina è stato introdotto il termine di un anno e l'art. 15 della legge medesima ha riconosciuto delle agevolazioni fiscali per le trasformazioni, attuate entro il predetto termine, delle associazioni che avessero come oggetto esclusivo l'esercizio di attività sportive in società per azioni o in società a responsabilità limitata.

Nonostante l'utilizzazione del termine trasformazione per qualificare tale fattispecie legislativamente imposta sembrava aver risolto in senso positivo il quesito dell'ammissibilità di tale operazione anche al di là dello schema societario, furono sollevati forti dubbi sulla portata della norma e sui suoi riflessi sulla stessa nozione di trasformazione. Secondo un orientamento dottrinale e giurisprudenziale l'operazione di cui all'art.15 della legge 91/81 non doveva essere considerata espressione di

un implicito riconoscimento della legittimità della trasformazione eterogenea, quanto, piuttosto, una vicenda riconducibile nella previsione dell'art.2498 c.c.⁸⁷ o, in una diversa prospettiva, come un'ipotesi straordinaria di trasformazione⁸⁸.

Si riteneva, comunque, che la portata innovativa della norma non fosse tale da introdurre nell'ordinamento una indicazione di natura sistematica idonea a modificare la nozione della trasformazione elaborata dalla dottrina tradizionale posto il carattere meramente fiscale della disposizione.

Altra parte della dottrina⁸⁹ sosteneva, invece, che l'espressione "trasformazione" fosse stata utilizzata dal legislatore in senso atecnico, come dimostrato dal fatto che l'art. 17 riferiva lo stesso termine all'adeguamento degli statuti delle società sportive alle nuove norme. In questa prospettiva il legislatore si sarebbe limitato ad introdurre un trattamento fiscale corrispondente a quello della trasformazione per un'operazione diversa piuttosto che equipararla alla trasformazione delle società.

Il dubbio interpretativo non poteva certo essere considerato privo di fondamento poiché dalla lettura complessiva del provvedimento non trapelava alcuna volontà legislativa di innovare la nozione di trasformazione quanto, piuttosto, solo di riconoscere delle agevolazioni di natura fiscale per l'operazione.

Si riteneva, altresì, che il concetto di trasformazione di cui all'art. 15 della legge in esame dovesse essere inteso in senso pratico – economico, e, precisamente, come espressione della volontà di legittimare la costituzione della società senza richiedere la preventiva dissoluzione del patrimonio.

⁸⁷ Marasà, *Le società senza scopo di lucro*, op. cit., 266; Carusi, *Il negozio giuridico notarile*, Giuffrè, 1988, 1605. In Giur.: A. Firenze, 19-1-1982, in Riv. Notariato, 1982, 336; Trib. Siena, 16-3-1982, in Riv. dir. sport., 1983, 40.

⁸⁸ Cagnasso, *La trasformazione*, op. cit., 45 ss..

⁸⁹ Cabras, op. cit., p. 49.

Si deve tuttavia rilevare che l'innovazione fiscale potrebbe non essere stata fine a se stessa e, invece, essere espressione quantomeno della presa d'atto da parte del legislatore dell'orientamento della più recente giurisprudenza favorevole ad ammettere un ampliamento della nozione di trasformazione.

PARAGRAFO III

B) LA TRASFORMAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI CREDITIZI E DEGLI ENTI PUBBLICI ECONOMICI.

Nell'ambito del graduale e progressivo ampliamento delle ipotesi di trasformazione un ruolo importante fu svolto, altresì, dalle particolari figure previste nella riforma degli istituti di credito di diritto pubblico e degli enti pubblici economici.

Il legislatore, perseguendo l'intento di consentire a questi enti di avvalersi del più agile modello organizzativo delle società per azioni, ha previsto, in tre leggi distinte, la "trasformazione" dell'ente pubblico in tale tipo sociale, arricchendo, così, il quadro normativo relativo alle vicende trasformative.

Anche se l'economia del presente lavoro non consente la disamina approfondita dei tre provvedimenti (l.30-7-1990,n.218,l. 29-1-1992,n.35, e la l.8-8-1992,n.359),sembra opportuno dedicare una particolare attenzione almeno alle ipotesi di trasformazione previste da tale legislazione settoriale. Si tratta, infatti, di un argomento che assume rilevanza centrale ai fini della dissertazione poiché la scelta legislativa della trasformazione, sia pure nell'ambito del più ampio processo di privatizzazione come strumento per l'adozione della forma societaria da parte di strutture organizzative diverse, influenzò profondamente il dibattito sull'ambito di operatività dell'istituto e, più a monte, sulla natura giuridica dello stesso.

Il primo, in ordine temporale, degli interventi legislativi prima richiamati introdusse nel nostro ordinamento positivo il principio in base al quale l'attività delle banche pubbliche dovesse svolgersi nella forma della società per azioni.

La trasformazione dell'ente pubblico creditizio in s.p.a. venne considerata come una delle modalità per la realizzazione di questo obiettivo, accanto alla fusione con società bancaria per azioni o al conferimento dell'azienda bancaria in una società per azioni appositamente costituita.

Fin dall'emanazione del provvedimento si discusse sugli effetti riflessi che la disciplina speciale avrebbe potuto produrre sul dibattito relativo alla natura giuridica della trasformazione.

Nonostante la mancanza della qualificazione della natura giuridica della vicenda trasformativa dell'ente pubblico creditizio, nella considerazione del legislatore l'operazione presentava numerose analogie con quella societaria alla quale fu parificata sotto il profilo fiscale. In particolare, l'assunzione della forma societaria venne subordinata ad una deliberazione dell'organo competente in materia di modificazioni statutarie ed all'osservanza di particolari requisiti formali che ricalcano quelli previsti dal codice civile per la trasformazione societaria.

L'art.4 del d.lg.n.356, infatti, prevede che la deliberazione sia adottata per atto pubblico e contenga le indicazioni prescritte per l'atto costitutivo di società per azioni, nonché la determinazione del patrimonio netto iniziale della società, sulla base di una relazione giurata di stima.

La nuova figura di trasformazione prevista dalla legge 218/90 consentì di aprire delle breccie nel ragionamento seguito dalla dottrina tradizionale sulla natura giuridica della trasformazione. Si poteva, infatti, legittimamente pensare che l'atteggiamento di disfavore verso la trasformazione fosse ormai superato e che l'istituto potesse trovare applicazione anche al di là dei confini strettamente societari.

La disciplina speciale costituiva un valido sostegno alla tesi della configurabilità della trasformazione eterogenea anche perché non poteva certo più sostenersi che si trattava di ipotesi del tutto eccezionali posto che un altro importante tassello nel quadro normativo della trasformazione venne introdotto anche dalla l.29-1-1992, n. 35.

Si deve, tuttavia rilevare che l'art.1 di questa legge, nel prevedere che gli enti di gestione delle partecipazioni statali, gli altri enti pubblici economici e le aziende autonome statali possano essere trasformati in società per azioni, con modificazione degli organi competenti in materia di modificazione statutaria, si pone in una prospettiva ancora più innovativa rispetto al passato. L'operazione prevista in questo testo normativo presenta, infatti, delle peculiarità ulteriori da quella della legge 218/90 poiché alcuni degli enti presi in considerazione dal provvedimento presentano una struttura istituzionale e, conseguentemente, difettano di un substrato associativo da qualificare come compagine sociale della società trasformata.

La scelta del legislatore di qualificare come trasformazione una vicenda che coinvolge enti privi degli elementi strutturali necessari a consentire il passaggio alla forma societaria analogamente alla trasformazione codicistica si presta a diverse interpretazioni.

La trasformazione degli enti pubblici economici potrebbe essere considerata sia come un'ipotesi eccezionale assimilabile allo schema causale dell'art.2498cc., quanto una fattispecie riconducibile alla categoria, di elaborazione dottrinale, della trasformazione eterogenea, pur sottolineando che la presenza dell'ente pubblico colloca la fattispecie in un'ottica del tutto peculiare.

Anche se l'esame approfondito dello specifico dibattito dottrinale non rientra negli obiettivi perseguiti dal presente lavoro, sembra opportuno rilevare che alla luce delle

innovazioni introdotte dall'insieme degli interventi legislativi, sia pure di settore, l'ambito di operatività della trasformazione risultò sicuramente più ampio.

Nonostante non si pervenne al pacifico riconoscimento della legittimità di operazioni di trasformazione tra enti diversi dalle società, si poteva agevolmente constatare che l'elemento della identità causale tra l'ente trasformando e quello risultante dalla trasformazione non rappresentava più nella considerazione del legislatore un limite assoluto. Il mutato atteggiamento del legislatore verso l'operazione indusse anche la giurisprudenza a riconoscere la legittimità di alcune ipotesi di trasformazione eterogenea e costituì, altresì, uno degli argomenti addotti dalla dottrina a sostegno della necessità di una riforma organica dell'istituto.

PARAGRAFO IV : LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA E LA RIFORMA DELL' ISTITUTO CONSORTILE.

La sempre più diffusa utilizzazione dei tipi societari commerciali per il raggiungimento di scopi non lucrativi, di cui è espressione l'art.2615 *ter* cc. in tema di società consortili, oltre a numerosa legislazione settoriale, ripresentarono all'attenzione degli operatori del diritto il problema dell'ammissibilità del cambiamento della causa dell'ente e della riconducibilità della vicenda all'area della trasformazione.

Proprio la riforma dell'istituto consortile permise di aprire delle breccie nella consolidata opinione che la trasformazione fosse esclusivamente riservata agli enti societari, sfruttando il ragionamento espresso dalla Cassazione con riferimento alla adozione da parte delle associazioni calcistiche della forma della società per azioni o a responsabilità limitata.

Come detto nelle pagine precedenti si era affermato che la trasformazione potesse essere ammessa anche al di fuori degli schemi societari a condizione che rimanessero inalterate le finalità dell'ente⁹⁰. Del resto, l'art.15 della legge 23-3-1981, n.91 imponeva alle associazioni operanti con calciatori professionisti la trasformazione in società di capitali, mutuando dalla trasformazione stessa il regime fiscale, sia pure in via transitoria.⁹¹

La dottrina prevalente trasse dal nuovo quadro normativo delineato dalla legislazione speciale il principio in base al quale l'omogeneità di causa rappresentava il

⁹⁰ Si tratta del caso della Associazione calcio Sampdoria.

⁹¹ Sulla vicenda per tutti Cagnasso, op. cit., 61.

fondamento e il limite di applicabilità della disciplina dettata per la trasformazione societaria⁹².

L'oggetto del dibattito, sul quale le posizioni della dottrina e della giurisprudenza non erano coincidenti, riguardava sia la legittimità della trasformazione di un consorzio in società e viceversa che la legittimità del passaggio da società ordinaria a società consortile, da società cooperativa in società cooperativa consortile, da società cooperativa consortile in società ordinaria consortile e, soprattutto, l'individuazione della disciplina applicabile a tali ipotesi.

A differenza dell'analogo problema, da sempre dibattuto, della trasformazione delle società cooperative, i cambiamenti in questione, pur incidendo sullo scopo ultimo della società, non determinano, in ogni caso, una alterazione del modello organizzativo.

Parte autorevole della dottrina, partendo dal presupposto che il principio di omogeneità causale costituiva il fondamento ed il limite di applicabilità della disciplina dettata per la trasformazione societaria, estendeva tale principio alla trasformazione dei consorzi riconoscendo la legittimità della loro trasformazione in società consortile e viceversa.⁹³

La fattispecie veniva ritenuta legittima, pur in mancanza di una espressa previsione normativa, in virtù della considerazione che lo stesso legislatore riconosceva la possibilità per il consorzio di costituirsi nella veste associativa tradizionale o di utilizzare lo schema delle società commerciali, ai sensi dell'art.2615 *ter c.c.*.

⁹² In tal senso: De Angelis, op. cit., 210; Marasà, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, 92; Id., *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, 327.

⁹³ Così, De Angelis, op. ult. cit.; Marasà, op. ult. cit..

Per la tesi ⁹⁴dell'inammissibilità della trasformazione di un consorzio in società, anche consortile, e viceversa, propendeva, invece, il filone dottrinale che inquadrava rigorosamente il fenomeno in esame nel più ampio *genus* delle modifiche del tipo sociale.

Diversa era l'opinione di un'altra corrente di pensiero che, argomentando sulla struttura organizzativa dei consorzi, giungeva a riconoscere la legittimità della vicenda trasformativa. In tal senso si sosteneva che i consorzi, le società consortili, le società cooperative, oltre ad altri enti associativi, erano accomunate dall'essere tutte delle strutture corporative predisposte dal legislatore per consentire agli imprenditori di dare vita a un'organizzazione comune per la disciplina e lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese e, pertanto, si giungeva a riconoscere la sostanziale identità della causa.⁹⁵

Merita, altresì di essere ricordata la posizione di chi⁹⁶, prescindendo sostanzialmente dal riferimento all'elemento causale, giungeva alle medesime considerazioni attraverso un diverso procedimento logico che si basava sul concetto di continuità dell'impresa.

In questa prospettiva la trasformazione diviene lo strumento giuridico predisposto dal legislatore per adattare la forma di gestione dell'impresa alle esigenze concrete: purché sia assicurata la continuità dell'impresa la vicenda negoziale risulta legittima pur in mancanza di una espressa previsione legislativa.

⁹⁴ Simonetto, *op. cit.*, 32; Serra, *op. cit.*, 307 e 315; Campobasso, *op. cit.*, 508 ss. e 543; Cabras, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, 60, nota 1.

⁹⁵ Così, Spolidoro, *Trasformazione di consorzio in società consortile*, in *Giur. Comm.*, 1985, II, 542; Franceschelli, *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, artt. 2602-2620, Bologna-Roma, 1970, 86; Marasà, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, *op. cit.*, 101; Paolucci, *Consorzi e società consortili nel diritto commerciale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. comm., III, Torino, 1988, 447; Mosco, *I consorzi tra imprenditori*, Milano, 1988, 244 ss. e 343 e ss.; Cagnasso, *Trasformazione di consorzi in società consortili*, in *Impresa*, 1991, 1218.

⁹⁶ M. Sarale, *op. cit.*, 187 ss.

In senso più problematico era attestata una tesi intermedia, secondo la quale il quesito non poteva essere risolto con una risposta generale ed univoca. Si riteneva, infatti, che fosse necessario valutare in concreto gli effetti della trasformazione sulla causa del rapporto associativo, ponendo particolare rilievo sul problema della permeabilità, sia pure limitata o residuale, dei consorzi alla causa lucrativa.⁹⁷

La posizione della non copiosa giurisprudenza era, invece, divergente poiché, nelle poche occasioni in cui fu affrontato specificamente il tema della trasformazione dei consorzi, manifestò alcune aperture alla configurabilità dell'operazione nel nostro ordinamento. Si giunse, infatti, ad ammettere, sia pure non pacificamente, la trasformazione di un consorzio in società consortile sulla base della identità causale, cioè della comune causa mutualistica, in virtù della quale un consorzio potrebbe assumere, fin dall'origine, la forma della società.⁹⁸

Oltre a riconoscere anche la legittimità della trasformazione di una società consortile in un consorzio⁹⁹, alcuni pronunciati giurisprudenziali ammisero la trasformazione delle società consortili ordinarie in società consortili cooperative, e viceversa, considerando in termini equivalenti la mutualità consortile e quella cooperativa.¹⁰⁰

L'interpretazione operata da questo orientamento giurisprudenziale muoveva

⁹⁷ Il problema, messo in rilievo per i consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi, riguardava, com'è noto, la possibilità di una sia pur limitata produzione e distribuzione di utili tra i consorziati. In tal senso Volpe Putzolu, I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi, in Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. econ. diretto da Galgano, IV, Padova, 1981, 334 ss.; Marasà, op. cit., 212 ss..

⁹⁸ Trib. Udine, decr. 10 dicembre 1983, in Giur. Comm., 1984, II, 417; Trib. Udine, decreto 8 marzo 1986, in Società, 1986, I 128; App. Brescia, decr. 27 marzo 1986, in Riv. Not., 1986, 713; Trib. Napoli, decr. 30 marzo 1990, in Società, 1990, I 108.

⁹⁹ Trib. Trieste, decr. 16 febbraio 1988, in Giur. Comm., 1990, II, 545.

¹⁰⁰ Trib. Udine, decr. 8 aprile 1978, e Trib. Tolmezzo, decr. 28 agosto 1978, entrambi in Giur. Comm., 1980, II, 270.

dall'accettazione del postulato della neutralità degli schemi societari in vista del perseguimento dell'oggetto sociale ¹⁰¹ e perveniva ad ammettere una sostanziale equivalenza tra società cooperative e società consortili in ragione della loro asserita omogeneità sotto l'aspetto causale. In questa prospettiva venne rivisitata la stessa portata del divieto alla trasformazione delle società cooperative in società ordinarie di cui all'art.14 della legge 17 febbraio 1971, n. 127. Si pervenne, infatti, a ritenere che la norma non precludesse alle cooperative di trasformarsi in società ordinarie caratterizzate dalla connotazione consortile, ma che si riferisse esclusivamente al caso di trasformazione in società ordinarie strettamente lucrative. Le conclusioni cui perveniva tale orientamento erano giustificate dalla necessità di assicurare un'interpretazione della norma prima citata compatibile con l'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto della società consortile avvenuta successivamente alla sua emanazione.

La tesi della giurisprudenza contribuì, senza dubbio, ad ampliare l'ambito di operatività della trasformazione al di là delle ipotesi positivamente previste e disciplinate, ma fu sottoposta a dura critica da un attento studioso del tema che, approfondendo il complesso delle problematiche sottese alle ipotesi di trasformazione che coinvolgono i consorzi, pervenne a soluzioni diametralmente opposte ¹⁰² sia per la qualificazione della mutualità consortile e cooperativa che, più a monte, per la rivisitazione delle interpretazioni eccessivamente evolutive circa la neutralità delle figure associative.

Con riferimento alla prima delle problematiche si negò, infatti, che la mutualità delle cooperative potesse essere identificata con la mutualità dei consorzi poiché, nonostante

¹⁰¹ Sul punto, Santini, Tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali, in Riv. Dir. civ., 1973, I, 151 ss..

l'innegabile affinità rappresentata dal principio di mutualità, l'elemento qualificante le due fattispecie è rappresentato dalla diversa finalità della stessa.

Lo scopo mutualistico dei soci cooperatori, infatti, è profondamente diverso da quello dei consorziati in quanto i primi, lavoratori o consumatori, si propongono di realizzare un incremento del salario o un risparmio delle proprie economie individuali o familiari, mentre i secondi, in quanto imprenditori, mirano a conseguire un aumento di profitto, sia riducendo i costi di produzione, sia aumentando il prezzo di vendita dei prodotti.

Per quanto riguarda, invece, la tematica del progressivo affievolimento del profilo causale dei vari enti associativi si negava che questi ultimi potessero adempiere indifferentemente alla medesima funzione economico - sociale per evitare una generale confusione tra tutti i vari gruppi a base corporativa, sicuramente in contrasto con la certezza del diritto.

¹⁰² De Angelis, op. cit., 222 e ss..

PARAGRAFO V: LA POSIZIONE DEL LEGISLATORE COMUNITARIO E DEI PRINCIPALI ORDINAMENTI GIURIDICI STRANIERI.

La trasformazione eterogenea, così come quella societaria, non trova a livello di legislazione comunitaria, riscontro in una regolamentazione unitaria.

Risulta, pertanto, arduo il tentativo di individuare un modello di riferimento per la giustificazione delle scelte del legislatore della Riforma del 2003 e, ancor più, per la soluzione dei numerosi quesiti non risolti.

La mancanza di una disciplina unitaria obbliga ad indirizzare l'indagine verso isolati provvedimenti dai quali desumere la tendenza, non sempre espressa, sul tema della trasformazione.

Qualche elemento può essere ricercato nella disciplina della Società Europea alla quale, sicuramente, il Legislatore del 2003 ha fatto riferimento per la regolamentazione dell'istituto.

Com'è noto, dopo una lunga vicenda caratterizzata da storiche difficoltà, in data 8 ottobre 2001 fu approvato dal Consiglio Europeo il Regolamento sullo Statuto di Società Europea (n. 2157/01).¹⁰³

Pur esulando dallo specifico tema del nostro lavoro l'esame dettagliato della disciplina della S.E., è indispensabile tratteggiare, sia pure per grandi linee i tratti salienti dell'istituto.

Riservando una maggiore attenzione solo ad una delle possibili modalità di costituzione, è indispensabile evidenziare che la S.E. è stata concepita come una società

¹⁰³ Il Regolamento, unitamente alla Direttiva, sul coinvolgimento dei lavoratori, che ne costituisce completamente indissociabile, come desumibile dal considerando n. 19 dello stesso, è pubblicato in G.U.C.E., L. 294 del 10 novembre 2001.

necessariamente azionaria, caratterizzata dalla limitazione della responsabilità del socio al capitale sottoscritto e dotata di personalità giuridica.

Si tratta di una società a vocazione transnazionale, dal momento che trae origine dall'intento del raggruppamento di due o più imprese costituite secondo la legge di almeno due stati membri o deriva dalla trasformazione di una preesistente società azionaria già dotata di una struttura transnazionale.¹⁰⁴

Passando ad esaminare specificamente la disciplina della trasformazione dettata dal Regolamento della S.E., sembra opportuno evidenziare, preliminarmente, che a livello comunitario è possibile individuare una disciplina che ha come punto di partenza e di arrivo una società.

Nella disciplina contenuta nell'art. 37, analogamente a quanto previsto per l'ipotesi di costituzione per fusione, si prevede un vero e proprio procedimento di trasformazione, diversamente dalla disciplina introdotta dalla novella del 2003.

Ai sensi del paragrafo 4 dell'art. 37 del Regolamento S.E., l'organo di direzione o di amministrazione della società in questione redige un progetto di trasformazione. E', altresì, necessaria la redazione, sempre ad opera dell'organo stesso, di una relazione che chiarisca e giustifichi gli aspetti giuridici ed economici della trasformazione, indicando quali siano le conseguenze derivanti dall'operazione per gli azionisti e per i lavoratori. Particolare rilevanza viene riconosciuta dal legislatore comunitario alla pubblicità del progetto di trasformazione. Questo deve essere reso pubblico, secondo le modalità previste dalla legge di ciascuno Stato membro, almeno un mese prima dalla data della riunione dell'assemblea generale convocata per pronunciarsi sulla trasformazione.

¹⁰⁴Le ulteriori modalità di costituzione previste dal Regolamento sono rappresentate dalla fusione, propria o per incorporazione, di almeno due società azionarie; come holding la cui costituzione sia promossa da almeno due società per azioni o a responsabilità limitata e, inoltre, come affiliata di almeno due società

Prima di tale assemblea uno o più esperti, designati o riconosciuti secondo le disposizioni nazionali da un'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro da cui dipende la società che si trasforma in S.E., devono attestare che la società dispone di attivi netti corrispondenti, almeno, al capitale per le riserve che non devono essere distribuite ai sensi di legge o di statuto.

Il progetto viene, infine, approvato dall'assemblea generale della società trasformanda unitamente allo statuto. Successivamente sarà necessario procedere, secondo le modalità dello Stato membro, alla pubblicità della decisione di trasformazione. Solo dal momento dell'iscrizione il procedimento potrà dirsi concluso, posto che solo da questo momento, ai sensi del paragrafo 9, i diritti e gli obblighi della società trasformanda sono trasferiti alla S.E..

Al riguardo sembra opportuno evidenziare che dalla disciplina del paragrafo 9, unitamente al disposto dell'art. 2 del Regolamento, risulta chiaramente che la scelta del Legislatore comunitario è stata nel senso di escludere che la trasformazione possa essere ricondotta ad una vicenda estintiva - costitutiva.

Ferme restando le prescrizioni pubblicitarie di cui all'art. 12 del Regolamento, la trasformazione di una società per azioni in S.E. non dà luogo, infatti, né allo scioglimento né alla costituzione di una nuova personalità giuridica.

La circostanza che il primo paragrafo dell'art. 37 faccia espresso riferimento alla costituzione della S.E. mediante trasformazione, non può, alla luce della altrettanto espressa enunciazione del paragrafo 2, che essere considerata un'improprietà terminologica. In questa prospettiva, probabilmente, più che di costituzione si sarebbe

corrispondenti a quelle previste dall'art. 48 del Trattato o di altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato, costituite secondo il diritto di uno stato membro.

potuto parlare di vicenda da cui ha origine la S.E., eliminando, così, a monte, ogni possibile dubbio interpretativo.

Per quanto peculiare e riferibile solo alla trasformazione da società azionaria, la disciplina in esame è, senza dubbio, caratterizzata da una scelta legislativa volta a garantire la conservazione dei rapporti giuridici in capo alla società risultante dalla trasformazione.

L'opzione del legislatore comunitario ha, senza dubbio, influenzato il legislatore del 2003 nel momento in cui ha enunciato in tema di trasformazione il principio della continuità dei rapporti giuridici, tendenzialmente ritenuto applicabile sia alle ipotesi di trasformazione omogenea che eterogenea.

Ulteriore elemento desumibile dal Regolamento è, sicuramente, la tendenza del legislatore comunitario alla "procedimentalizzazione" della trasformazione, tendenza questa solo in minima parte recepita nella Riforma delle società di capitali e delle cooperative.¹⁰⁵

SEGUE: GLI ORDINAMENTI GIURIDICI STRANIERI.

Passando, infine, ad esaminare la posizione di alcuni ordinamenti giuridici stranieri, si deve evidenziare come non sia possibile riscontrare in nessuna legislazione una disciplina della trasformazione eterogenea corrispondente a quella contenuta negli articoli 2500 *septies* e 2500 *octies* del codice civile.

¹⁰⁵ Sembra opportuno evidenziare che la Commissione delle Comunità Europee, nella raccomandazione del 7 dicembre 1994, in *Le società*, 1995, 243, all'art. 4 lettera a) aveva invitato gli stati membri ad adottare le misure necessarie per facilitare la successione nelle piccole e medie imprese ed in particolare a disporre strumenti idonei a realizzare tale successione, prevedendo un diritto di trasformazione delle imprese, in virtù del quale queste possano passare, nel rispetto dei diritti dei terzi e dei soci, da una

E' esclusa a monte la configurabilità di un'operazione di trasformazione negli ordinamenti di *common law*¹⁰⁶.

In questi ordinamenti non esiste, infatti, una nozione unitaria di società che unifichi le figure di *partnership* e *company* e, conseguentemente, è esclusa la possibilità di configurare un passaggio da una all'altra forma giuridica con un'operazione simmetrica alla nostra trasformazione omogenea.¹⁰⁷

Anche gli ordinamenti giuridici di *civil law* più vicini al nostro riconducono, tendenzialmente, la trasformazione nell'ambito delle modifiche tipologiche consistenti nell'adozione di una nuova forma sociale cui non si ricollega una fase di liquidazione ed estinzione dell'ente.

Si tratta di una tendenza che, tuttavia, nei diversi ordinamenti giuridici risente delle concezioni seguite sia per le modifiche dell'atto costitutivo, sia per le distinzioni dei tipi societari.

Negli ordinamenti giuridici come quello svizzero, in cui non sono consentite modifiche all'assetto organizzativo della società, la trasformazione del tipo sociale può essere attuata solo con la ricostituzione della società e la cessazione di quella preesistente.

Negli ordinamenti giuridici che per tradizione sono caratterizzati dal raggruppamento dei tipi di società per categorie omogenee, selezionate sulla base di elementi strutturali o della loro causa, la trasformazione viene configurata come operazione utilizzabile esclusivamente nell'ambito di ciascun raggruppamento.

forma giuridica ad un'altra, senza dissoluzione dell'originaria impresa e costituzione di un nuovo soggetto di diritto.

¹⁰⁶ Solo in alcuni ordinamenti la legislazione di settore ha previsto la trasformazione come strumento per la demutualizzazione delle mutue assicuratrici.

¹⁰⁷ Per un'analisi approfondita del tema si rinvia a: Angelici, *Trasformazione del tipo di società*, in *I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, a cura di Rotondi, Cedam, 1976, p. 1530 e ss..

E' questa la posizione dell'ordinamento giuridico francese e spagnolo, che conoscono una regolamentazione compiuta della sola trasformazione societaria configurata come operazione che non determina un mutamento della personalità giuridica dell'ente coinvolto nella trasformazione.

Particolare risulta, alla luce delle profonde innovazioni introdotte nel 1994, la posizione dell'ordinamento tedesco.

La nuova legge tedesca sulle trasformazioni delle imprese, termine con il quale sono indicate sia le fusioni e le scissioni, sia gli scorpori, sia le trasformazioni in senso stretto, ha notevolmente ampliato la possibilità mutamenti della forma giuridica delle società.

Questa operazione, coincidente con la nostra trasformazione, consente quasi tutte le variazioni astrattamente ipotizzabili. In particolare possono attraverso questa operazione mutare la loro forma legale le società di persone, esclusa la società semplice, le società di capitali e le cooperative registrate (fattispecie per molti versi simile ma non perfettamente coincidente con la categoria delle nostre associazioni non riconosciute) e gli enti di diritto pubblico.

La trasformazione può avere come ente di arrivo le società di persone, di qualunque tipo, in società di capitali e in società cooperative registrate. E', invece, escluso il mutamento di forma di una società di persone in altra società di persone potendo queste trasformarsi solo in società di capitali o in cooperative.¹⁰⁸

Una delle questioni di maggiore rilevanza nell'analisi comparativa dell'istituto è, senza dubbio, costituita dalla natura del sistema introdotto dalla recente legislazione tedesca.

¹⁰⁸Si veda Schmidt, *La nuova legge tedesca sulla trasformazione delle imprese*, in *Dir. comm. int.*, 1995, 889 e ss..

Il quesito investe non tanto l'analisi delle singole ipotesi riconducibili, in senso lato, alla vicenda trasformativa quanto la natura aperta o chiusa del sistema tedesco.

La diversità delle fattispecie e degli effetti ad esse riconducibili induce a sostenere che si tratta di un sistema tendenzialmente aperto.

Pur in presenza di ipotesi tipiche si può sostenere che, in mancanza di un espresso divieto, l'autonomia privata possa trovare esplicitazione al di là dell'astratta previsione positiva purchè l'operazione, nel perseguire la finalità di garantire la continuità dell'organismo aziendale, non pregiudichi gli interessi coinvolti nell'operazione.

Il limite non sembra essere costituito dalla soggettività dell'ente di partenza o di arrivo e, neppure, dalla causa ma dagli effetti che la fattispecie produce sul patrimonio.

PARAGRAFO VI: LE OPERAZIONI DI TRASFORMAZIONE NELLA LEGGE DELEGA PER LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO.

Le incertezze interpretative che dall'emanazione del codice del 1942 caratterizzarono l'ambito di operatività della trasformazione permasero fino agli ultimi decenni, nonostante il progressivo ampliamento delle fattispecie operato dalla legislazione speciale.

Da più parti si auspicava un intervento organico del legislatore al fine di risolvere il problema delle trasformazioni e delle fusioni eterogenee, sancendone espressamente la legittimità e, nel contempo, stabilendone condizioni e limiti.

Le istanze riformatrici dell'istituto furono recepite in pieno solo con la legge 3 ottobre 2001, n. 366, recante la delega al Governo per la riforma del diritto societario.

La presa di posizione del legislatore si inquadra in un contesto in cui la considerazione della trasformazione è mutata profondamente, non solo nella pratica, ma anche nella legislazione, che, com'è noto, negli ultimi anni ha sempre più frequentemente fatto ricorso a tale istituto per favorire la modernizzazione del sistema produttivo.¹⁰⁹

L'evoluzione normativa era iniziata precedentemente posto che l'istituto era stato già investito, sia pure indirettamente, da un'altra importante innovazione con la legge 24 novembre 2000, n. 340, che, tra l'altro, ha soppresso l'omologazione degli atti costitutivi e modificativi delle società di capitali, prescritta, in precedenza, per la trasformazione da società di persone in società di capitali dall'art.2498 c.c. e per la trasformazione tra società di capitali dall'art.2436 c.c..

¹⁰⁹ Sembra opportuno ricordare che, da ultimo, è stata prevista la trasformazione degli enti fieristici "anche in società per azioni" dall'art. 10 della legge 11 gennaio 2001, n.7.

Nella riforma delle società di capitali non quotate non poteva mancare l'attenzione specifica alla trasformazione, operazione con cui le società adeguano la loro forma alle mutate esigenze del mercato e dei soci.

La legge delega per la riforma del diritto societario n. 366 del 3 ottobre 2001 ha ampliato il novero degli indirizzi indicati dal disegno di legge scaturito dal progetto Mirone in tema di trasformazione, fusione e scissione che all'art.7 si limitava a prevedere una precisazione della disciplina di tali operazioni e la semplificazione del relativo procedimento, nel rispetto, per le società di capitali, delle direttive comunitarie.

La trasformazione nella legge delega non ha avuto una considerazione del tutto autonoma come risulta dalla circostanza che nell'ottica del legislatore delegante la nuova regolamentazione dell'istituto deve essere inquadrata nel più ampio contesto dell'intervento riformatore in tema di operazioni straordinarie.

Il legislatore delegante ha aggiunto a quello che anche nel nuovo contesto è rimasto l'art.7 due ulteriori criteri che si aggiungono a quelli fissati dal progetto Mirone.

Mentre quest'ultimo disegno di legge governativo si limitava, infatti, a prevedere esclusivamente che la riforma delle operazioni di trasformazione, fusione e scissione dovesse essere ispirata ad una maggiore precisione e semplificazione del relativo procedimento e che venisse risolto il problema delle trasformazioni eterogenee, riconoscendone la legittimità e stabilendone, altresì, le condizioni ed i limiti, il legislatore delegante ha fissato all'art.7 della delega alcuni specifici criteri direttivi per la regolamentazione dell'istituto.

Si è al riguardo previsto che la riforma dovesse essere ispirata ad una maggiore semplificazione del relativo procedimento, a favorire la trasformazione delle società di persone in società di capitali e disciplinare possibilità, condizioni e limiti della

trasformazione eterogenea. Un ulteriore indirizzo contenuto nell'articolo 7 è, invece, riferito esclusivamente alle operazioni di fusione e riguarda il riconoscimento della legittimità di una fusione tra una società controllante ed una controllata, la prima delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra.

Dalla lettura della norma si desume che si tratta di mere linee di tendenza piuttosto che veri indirizzi specifici e tale genericità potrebbe far pensare ad una discrasia sotto il profilo dell'osservanza dei principi fissati dall'art. 76 della Costituzione in relazione ai requisiti della legge delega.¹¹⁰

La *ratio* di questi indirizzi ulteriori introdotti dalla delega non è palesata dalla scarna relazione accompagnatoria al disegno di legge delega oggetto del nostro esame e, pertanto, la portata e l'ambito di operatività delle nuove previsioni possono essere comprese solo alla luce delle affermazioni contenute nella relazione a suo tempo predisposta per illustrare il progetto Mirone. Si deve tuttavia evidenziare che le indicazioni desumibili da tale relazione possono costituire un ausilio all'interpretazione degli indirizzi contenuti nel precedente disegno di legge poi decaduto alla fine della legislatura, lasciando, invece, irrisolti i quesiti generati dalle nuove indicazioni contenute nella legge delega.

Facendo riferimento agli aspetti generali delle operazioni di trasformazione, fusione e scissione, la relazione al progetto Mirone prevedeva una serie di considerazioni che, per grandi linee, possono essere riassunte come segue.

Si prevedeva la possibilità di decidere operazioni di fusione e di scissione prescindendo dalla deliberazione

¹¹⁰ In tal senso: De Angelis, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario*, Riv. Società, 2002, p.43.

dell'assemblea sempre che si tratti di società interamente posseduta dalla società incorporante o da quella scissa; si auspicava che la semplificazione della disciplina in tema di valutazione dei conferimenti e dello svolgimento delle adunanze assembleari potesse avere una ricaduta positiva anche sui procedimenti di trasformazione, fusione e scissione, determinando uno snellimento della procedura; si apriva il campo alle ipotesi di vicende trasformatrici riguardanti anche enti diversi dalle società, quali le fondazioni, le associazioni, si auspicava un intervento chiarificatore del legislatore sul quesito della continuità dei rapporti giuridici ed economici nei confronti dei terzi delle società interessate da una tale operazione.

Com'è facile desumere dalle considerazioni appena fatte, uno degli obiettivi rimasto costante sia nel progetto Mirone che nella legge delega è rappresentato dalla tendenza all'alleviamento degli adempimenti pubblicitari e societari. Al riguardo si deve osservare che la finalità dello snellimento delle procedure in tema di trasformazione ed anche fusione e scissione sono state recepite, e successivamente attuate, dall'art.4 secondo comma n. 4 lett. C della legge delega per quanto concerne il procedimento di omologazione.

Passando ad esaminare nello specifico gli aspetti della delega che, più direttamente, investono l'argomento del presente lavoro, sembra opportuno evidenziare che l'intento principale del legislatore, come pure del disegno di legge governativo dell'anno precedente, con riguardo alle operazioni di trasformazione è stato non solo quello di snellire le procedure, quanto di accordare piena legittimazione alle cd. trasformazioni eterogenee, intendendosi per tali le trasformazioni che comportino, oltre alla modificazione del tipo, anche il mutamento dello scopo sociale.

Si può sostenere che il legislatore delegante abbia sostanzialmente recepito i suggerimenti, *de iure condendo*, della gran parte della dottrina e di un orientamento giurisprudenziale che, pur in mancanza di una specifica previsione codicistica sul punto, ha, da sempre, considerato lecita l'operazione auspicandone la espressa regolamentazione.

La genericità della formulazione della norma se da un lato appare coerente con le linee guida della riforma, quali la valorizzazione del carattere imprenditoriale delle società e la semplificazione della loro disciplina, consentendo un ampio margine di manovra al legislatore delegato, ha legittimato l'introduzione nel nostro ordinamento di nuove figure di trasformazione che vanno sicuramente al di là di ogni più liberale auspicio riformatore. Questo espresso riconoscimento della legittimità della trasformazione eterogenea costituisce una direttiva costante sia nel progetto Mirone che nella legge delega e rappresenta, senza dubbio, l'intento principale del legislatore nell'ambito delle rilevanti novità in tema di operazioni straordinarie.

L'impatto del nuovo istituto nel sistema non è stato sicuramente prefigurato dal legislatore tra i più irruenti posto che, com'è noto, nella prassi, sia pure non univocamente, molte delle fattispecie codificate dalla riforma venivano già considerate legittime.

Non poneva, infatti, grossi problemi di configurabilità astratta l'ipotesi di trasformazione di società ordinarie in società cooperative poichè, eccezion fatta per una corrente di pensiero minoritaria che contestava la liceità dell'operazione sulla base dell'incompatibilità fra scopo lucrativo e scopo mutualistico, la dottrina largamente prevalente e la giurisprudenza ne ammettevano pacificamente la liceità. Si deve, però, evidenziare che con riguardo alle società cooperative le differenze fra la legge delega

ed il progresso disegno di legge governativo risultano più marcate in linea, forse, con il *favor* verso la trasformazione.

La tendenza al superamento del divieto posto dall'art.14 della legge 17 febbraio 1971, n. 127 in tema di trasformazione di società cooperative in società ordinarie risulta essere in linea con l'opinione di autorevoli studiosi della materia¹¹¹ che lo avevano, da tempo, considerato obsoleto, specie dopo il riconoscimento dell'assunzione da parte delle cooperative di partecipazioni in società ordinarie, per il tramite delle quali esse potevano tendere al perseguimento del proprio oggetto sociale. Fin dall'emanazione del provvedimento in esame fu vivacemente criticata, invece, l'intenzione del legislatore, emersa già dalla relazione al disegno di legge governativo del 26 maggio 2000, di configurare la trasformazione come un fenomeno non più necessariamente endosocietario per renderne partecipi istituti privi, a volte, di una struttura a base corporativa. Per queste fattispecie sembrava inadeguata la stessa terminologia legislativa e da più parti si sosteneva l'opportunità di qualificare tali vicende trasformative con l'aggettivazione "anomale" o "atipiche" in considerazione del fatto che avrebbero dato vita ad un cambiamento della causa del rapporto associativo e non ad un semplice mutamento dello scopo dell'ente.

La nostra analisi non può prescindere, altresì, dalla ulteriore considerazione che il legislatore delegante, analogamente alla commissione Mirone, non si è spinto fino al punto di prefigurare la trasformazione in società delle imprese individuali e viceversa che, com'è noto, era stata sostenuta da un orientamento dottrinale, sia pure minoritario¹¹².

¹¹¹ Per tutti si veda: L. de Angelis, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione*, op. ult. cit., p.48.

¹¹² A. Mazzoni, *Costituzione unipersonale di s.r.l. mediante "incorporazione" dell'impresa individuale del fondatore*, relazione al convegno di studi organizzato dal Consiglio nazionale del Notariato svoltosi

La ragione del silenzio del legislatore potrebbe essere interpretata come intenzione di ribadire, almeno su tale specifica ipotesi, la concezione tradizionale secondo la quale l'imprenditore individuale che intenda agire sotto lo schermo societario possa ciò fare esclusivamente conferendo in una società l'azienda di pertinenza dell'impresa di cui è titolare.

Il legislatore avrebbe ben potuto ricomprendere tale fattispecie nel novero delle ipotesi trasformative ma, sicuramente, si sarebbe creato un sistema non conforme con i principi generali del nostro ordinamento. Al di là della qualificazione normativa, comunque sempre astrattamente possibile, in quanto spetta al legislatore operare una scelta in tal senso, bisognerebbe poi indagare se, ed entro quali limiti, una simile operazione integri, in concreto, una trasformazione.

A tal fine bisognerebbe trovare una risposta certa ed univoca sulla natura giuridica dell'istituto indagando se l'operazione in questione sia ontologicamente e funzionalmente preordinata ad una mera modificazione della struttura organizzativa del medesimo soggetto (senza provocarne l'estinzione ed alcun trasferimento di ricchezza) o, piuttosto, sia finalizzata alla costituzione di un nuovo soggetto giuridico. Il problema si pone, come visto nei paragrafi precedenti, per tutte le ipotesi di trasformazione, ma acquista un particolare rilievo e fa sorgere ben maggiori perplessità con riferimento ad un'analogia operazione che interessi l'impresa individuale.

La causa per la quale l'atteggiamento del legislatore delegante appare coerente, com'è stato autorevolmente osservato¹¹³, deve essere individuata in ragioni legate alla realtà della fattispecie. Sarebbe, infatti, a dir poco, improprio parlare di trasformazione in

a Roma il 19 novembre 1993, inedita ma riferita da C. Ibba, *La società a responsabilità limitata con unico socio*, Torino, 1995, 42 ss..

senso tecnico poiché non è configurabile il confluire in un ente sociale di un imprenditore, a meno che si voglia considerare l'elemento costante della vicenda la semplice continuità del patrimonio. Considerazioni analoghe possono essere fatte con riferimento all'ipotesi inversa nella quale l'assunzione *ex novo* della qualità di imprenditore in dipendenza della prosecuzione a titolo individuale di un'attività già svolta da una società non legittima la configurazione di alcuna vicenda di compenetrazione dell'ente sociale " nelle sembianze umane dell'imprenditore".

La legge delega non opera uno specifico riferimento al problema della tutela delle minoranze nell'ambito delle operazioni di trasformazione, pur essendo questo uno degli aspetti più rilevanti dell'istituto. Una direttiva in tal senso avrebbe, forse, meglio indirizzato il legislatore nella scelta di meccanismi idonei a tutelare i soci di minoranza visto che, com'è noto, si è da sempre discusso sull'adeguatezza del diritto di recesso come unico strumento di tutela nell'ambito delle operazioni di trasformazione.

La disciplina contenuta nella formulazione originaria del codice del 1942, che riconosceva al socio dissenziente dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento del tipo della società il diritto di recesso, se, da un lato, poteva apparire coerente con una qualificazione della trasformazione in termini di modifica dell'atto costitutivo, risultava, in concreto, inadatta a tutelare, soprattutto dal punto di vista patrimoniale, la posizione del receduto.

Probabilmente il silenzio del legislatore delegante su tale specifico aspetto della trasformazione può trovare giustificazione nell'intenzione di procedere alla riforma organica della disciplina del recesso che, inevitabilmente, avrebbe dovuto produrre

¹¹³ L. de Angelis, op. ult. cit, p. 49.

effetti riflessi anche sull'istituto.¹¹⁴ Tuttavia rimane valido il rilievo prima formulato poiché il diritto di recesso, sia pure riformato, potrebbe non essere comunque uno strumento di tutela idoneo a ristorare in maniera equa i soci dissenzienti dalla deliberazione di trasformazione posto che dalla stessa può astrattamente derivare una compromissione sia di diritti economici che partecipativi.¹¹⁵ Queste perplessità, in parte risolte dalla riforma, pur in mancanza di una specifica direttiva in tal senso, furono evidenziate da autorevole dottrina¹¹⁶ che auspicava l'introduzione nel nostro ordinamento di una disciplina che richiedesse il consenso di tutti i soci, o almeno di quelli che potrebbero subire un pregiudizio (non necessariamente patrimoniale) dalla trasformazione.

Un altro aspetto sul quale si deve segnalare il silenzio del legislatore delegante, peraltro confermato anche dalla legge di riforma, riguarda il passaggio da parte di una società per azioni dal regime di società aperta a quello di società chiusa.

Non è dato, infatti, riscontrare alcun riferimento sia nel senso di configurare la vicenda come una trasformazione in senso proprio, sia nel senso di predisporre delle direttive per la formulazione di una specifica disciplina che accordi un'adeguata tutela alle minoranze.

L'ultimo dei numerosi dubbi interpretativi sollevati dalla legge delega riguarda la concreta portata del concetto di semplificazione e *favor* verso la trasformazione di società personali in società di capitali. Si tratta di una direttiva, la cui giustificazione

¹¹⁴ Anche se l'economia del presente lavoro non consente una disamina approfondita di questa ulteriore problematica, è necessario osservare che sia nel progetto Mirone che nella legge delega si è auspicata la riforma dell'istituto del recesso alla quale il legislatore delegato ha dato piena attuazione. Mentre nel progetto Mirone si evidenziava solo la necessità di procedere alla riformulazione della disciplina della liquidazione della quota spettante al socio recedente da una società di capitali, il legislatore delegante ha evidenziato l'opportunità di rivisitare radicalmente la normativa.

¹¹⁵ In tal senso: A. Paciello, op. cit., 50, ss.; S. Patriarca, *Trasformazione regressiva e principio di maggioranza*, Padova, 1998, 211 ss..

¹¹⁶ S. Patriarca, op. ult. cit., 67 e ss. e 141 ss..

non è in alcun modo palesata dalla relazione, che accentua quella contenuta alla lettera a) dell'art.7 sulla semplificazione del procedimento delle operazioni straordinarie di trasformazione, fusione e scissione. Il problema riguarda non tanto la ricerca della *ratio* che induce a suggerire al legislatore delegato l'introduzione di una disciplina di favore, quanto l'individuazione dei meccanismi che in concreto possano favorire il ricorso alla trasformazione. Nell'attesa di conoscere l'interpretazione del legislatore delegato alla direttiva in questione, le ipotesi che venivano più diffusamente prospettate si riferivano all'introduzione di norme a carattere fiscale poiché sembrava che fosse inconcepibile intervenire nel contesto normativo del codice civile in quanto una semplificazione del procedimento della trasformazione evolutiva avrebbe inevitabilmente comportato un ridimensionamento del ruolo della valutazione del patrimonio sociale della società trasformanda, con sicuro pregiudizio per l'integrità ed effettività del capitale.

CAPITOLO SECONDO.

I PROFILI RICOSTRUTTIVI DELLA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO.

PARAGRAFO I

A) LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA DA SOCIETA' DI CAPITALI ED IN SOCIETA' DI CAPITALI.

La tendenza dottrinale e giurisprudenziale ad accomunare sotto il termine trasformazione eterogenea una pluralità di fattispecie profondamente diverse tra loro, quanto a struttura e natura giuridica, è stata recepita pienamente dal Legislatore della Riforma, come dimostrato dalla lettera degli articoli 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c.¹¹⁷.

Nel riconoscere espressamente la legittimità sia della trasformazione eterogenea da società di capitali che in società di capitali, il legislatore ha previsto e disciplinato diverse e specifiche ipotesi di trasformazione, non più esclusivamente interne al sistema societario, ma comportanti il passaggio da società di capitali a “strutture” non aventi scopo di lucro e viceversa.

Nell'ottica della riforma la trasformazione non è più un fenomeno prettamente societario, ma ontologicamente finalizzato alla valorizzazione del principio di conservazione dell'impresa e di modificabilità nel tempo del codice organizzativo originariamente prescelto dai privati.

In questa prospettiva si inquadra il superamento legislativo delle varie barriere che la dottrina e la giurisprudenza avevano posto all'ambito di operatività dell'istituto¹¹⁸.

¹¹⁷ Si confronti la formulazione degli articoli 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c..

La trasformazione diventa un'operazione ammissibile a prescindere dall'omogeneità causale tra l'ente trasformando e quello risultante dalla trasformazione; non è, inoltre, positivamente considerata ostacolo la circostanza che l'ente risultante dall'operazione sia caratterizzato da un diverso grado di tutela per i terzi rispetto a quello garantito dall'ente di partenza.

La generalizzazione dell'istituto non è, comunque, assoluta posto che l'ambito per l'esplicazione dell'autonomia privata è normativamente limitato alle ipotesi previste dagli artt. 2500 *septies* e *octies* c.c. e dalla discussa fattispecie regolata in tema di società cooperative.

Rinviando al prosieguo del lavoro l'esame del quesito del carattere chiuso o aperto del nuovo sistema normativo, preme rilevare che la pluralità delle fattispecie cui ciascuna ipotesi di trasformazione dà luogo, le peculiarità che connotano la posizione degli associati e dei terzi rispetto ad ognuno degli schemi organizzativi, hanno profondamente influenzato le scelte del riformatore nella regolamentazione del nuovo istituto¹¹⁹.

Secondo quanto evidenziato dai primi commentatori, il quadro normativo, particolarmente composito, risulterebbe dalla combinazione di norme generali sulla trasformazione eterogenea (dettate dagli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c.), norme generali sulla trasformazione e norme particolari della fattispecie di riferimento¹²⁰.

Con riguardo al regime giuridico applicabile a ciascuna ipotesi di trasformazione eterogenea si potrebbe, in questa prospettiva, individuare una tendenza legislativa alla

¹¹⁸ O. Cagnasso, *Introduzione alla disciplina della trasformazione, fusione e scissione*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, artt. 2484-2548, p. 2224.

¹¹⁹ in tal senso M. Maltoni, *La trasformazione delle società*, di M. Maltoni e F. Tassinari, *Notariato e nuovo diritto societario*, collana diretta da G. Laurini, Milano, 2005, p. 194.

¹²⁰ M. Maltoni, *op. cit.*, p. 195.

settorializzazione della disciplina, pur nella persistenza di una matrice unitaria individuabile nelle norme generali di cui agli artt. 2498, 2499, 2500 e 2500 *bis* c.c..

Si tratta, tuttavia, di una conclusione che, come si vedrà nel prosieguo del presente lavoro, potrebbe essere revocata in dubbio poiché, almeno per alcune ipotesi di trasformazione eterogenea, l'applicazione delle norme c.d. generali potrebbe essere esclusa o limitata dalla qualificazione in chiave novativa del fenomeno in esame.

Lo stesso nucleo della normativa generale sulla trasformazione ritengo che non sia racchiuso esclusivamente nella lettera degli artt. 2498- 2500 *bis* c.c., poiché potrebbe essere necessario applicare, al fine di risolvere alcuni problemi lasciati aperti dal legislatore su aspetti specifici della fattispecie, norme proprie della trasformazione societaria che, probabilmente, rappresentano dei principi generali applicabili anche quando la vicenda è esosocietaria.

Principio generale applicabile ad ogni vicenda trasformativa può essere considerato quello desumibile dall'art. 2500 *sexies* 2° comma c.c., da cui risulta chiaramente l'intenzione del Legislatore alla procedimentalizzazione della trasformazione.

L'applicazione di questa norma alla trasformazione eterogenea da società di capitali discende in virtù del rinvio operato dall'art. 2500 *septies* c.c. ma, pur nel silenzio del legislatore sul punto, si estenderebbe anche alle altre forme di trasformazione eterogenea in società di capitali di cui all' art. 2500 *octies*, sia pure nei limiti della compatibilità con le regole proprie di ciascun ente di partenza.

Passando ad esaminare nello specifico la disciplina della trasformazione eterogenea da società di capitali, si deve evidenziare che per le variazioni del codice organizzativo delle società di capitali previste dall'art. 2500 *septies* c.c., il legislatore non si

preoccupa di individuare la natura giuridica della fattispecie ma solo a delineare l'ambito di operatività della stessa, sia pure con delle incongruenze.

La vicenda trasformativa è caratterizzata dalla circostanza che l'ente trasformando è necessariamente una società di capitali.

Quanto alla modifica determinata dalla operazione in esame, essa non risulta costante in ciascuna delle ipotesi legislativamente considerate dall'art. 2500 *septies* 1° comma c.c..

Tale circostanza discende dalle profonde differenze strutturali e causali di ciascun ente di arrivo della vicenda trasformativa. Infatti, e per queste ragioni, nell'ambito della trasformazione eterogenea da società di capitali è possibile individuare ipotesi caratterizzate dal cambiamento del tipo unitamente al cambiamento dello scopo, altre nelle quali si assiste al cambiamento dello scopo senza variazione del tipo, e, infine, ipotesi che danno luogo ad un cambiamento dell'"ente".

Esemplificativamente si può ricondurre nell'ipotesi di cambiamento dello scopo sia la trasformazione da società a responsabilità limitata in società per azioni consortile, sia la trasformazione da società per azioni in società cooperative.

Quanto alle fattispecie che danno vita ad un cambiamento dello scopo senza variazione del tipo si potrebbe fare riferimento alla trasformazione di società per azioni in società per azioni consortile¹²¹.

Sicuramente più "varia" la categoria della trasformazione eterogenea caratterizzata dal cambiamento dell'ente. In essa possono essere, ricondotte, ad esempio, la trasformazione di società di capitali in consorzi, associazioni non riconosciute e fondazioni.

¹²¹ La previsione di tale ipotesi tra quelle di trasformazione eterogenea trova un fondamento sistematico nella circostanza che, pur esistendo già un'organizzazione societaria, si assiste ad un mutamento dello scopo da lucrativo a consortile. In realtà, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, la fattispecie in esame potrebbe essere inquadrata, come pure era stato autorevolmente sostenuto ante riforma, tra le modifiche del contratto sociale ed espunta dal contesto della trasformazione, anche se eterogenea.

Difficilmente qualificabile è, sicuramente, la vicenda trasformativa prevista dall'art. 2500 *septies* c.c. che vede come punto di arrivo la comunione di azienda.

L'espressa previsione legislativa di tale fattispecie, se, da un lato, può trovare la sua giustificazione in una esplicita scelta di politica legislativa tesa ad ampliare notevolmente l'ambito di operatività della trasformazione, risulta incoerente con la configurazione "classica" dell'istituto alla quale sembra, peraltro, che il legislatore abbia aderito in pieno alla luce del disposto dell'art. 2498 c.c.¹²².

In questa prospettiva non sembra, tuttavia, (come si approfondirà nei paragrafi dedicati specificamente al tema) che il concetto di "continuità" nella sua conformazione tradizionale possa costituire il comune denominatore di tutte le fattispecie di trasformazione, proprio in ragione delle fortissime peculiarità che la vicenda presenta nel caso in cui il punto di arrivo (così come quello di partenza), sia rappresentato da una comunione d'azienda.

Diversamente, quest'ultima ipotesi dovrebbe essere considerata "*extra vagantes*" e, pertanto, sottratta, nonostante la previsione normativa, alle regole generali della trasformazione.

Per evitare di superare il dato letterale degli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* l'indagine deve necessariamente essere indirizzata verso una diversa prospettiva che consenta di individuare anche nella trasformazione da e in comunione d'azienda elementi che possano essere ricondotti al concetto di continuità.

L'applicazione delle norme generali sulla trasformazione potrebbe, altresì, discendere, dalla qualificazione di tale fattispecie come trasformazione in senso improprio¹²³.

¹²² La norma, rubricata "continuità dei rapporti giuridici", prevede che con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione.

¹²³ In tal senso M. Pinardi, *La trasformazione*, Milano, 2005, p. 232.

La previsione della comunione d'azienda tra le ipotesi di trasformazione eterogenea potrebbe trovare una sua razionale giustificazione in una operazione di estensione della disciplina della trasformazione solo in ossequio al principio di economicità degli atti giuridici.

Peculiare quanto ai connotati dell'ente di arrivo e, prima ancora, al procedimento perfezionativo della fattispecie, si presenta, altresì, la trasformazione eterogenea di società di capitali in fondazione.

L'iter formativo della fattispecie si configura, infatti, composito, risultando dalla combinazione di segmenti di disciplina propri dell'ente societario con segmenti di disciplina propri del procedimento di costituzione delle fondazioni.

Al riguardo si deve evidenziare che l'art. 2500 *septies* c.c. ult. comma, non chiarisce quale sia la disciplina applicabile, limitandosi a definire gli effetti della delibera di trasformazione in fondazione¹²⁴.

PARAGRAFOI

B) LA TRASFORMAZIONE IN SOCIETÀ DI CAPITALI.

Il nuovo quadro normativo si completa con la previsione, all'art. 2500 *octies* c.c., delle ipotesi di trasformazione eterogenea in società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, di consorzi, di società consortili, associazioni riconosciute, fondazioni e comunioni d'azienda.

L'elencazione, caratterizzata da una mancanza di specularità con la vicenda trasformativa inversa, ha generato numerosi dubbi interpretativi che riguardano sia la ratio della mancata previsione delle associazioni non riconosciute che della diversa collocazione sistematica della trasformazione delle cooperative.

Al di là di queste due ipotesi, la disciplina della trasformazione eterogenea in società di capitali presenta le stesse caratteristiche della vicenda inversa per ciò che riguarda il profilo degli effetti.

Analogamente a quanto evidenziato per la trasformazione da società di capitali, si può sostenere che le diverse fattispecie non risultano caratterizzate da un effetto tipico costante. Questa considerazione discende dall'analisi della disciplina positiva, dalla quale si desume che l'operazione potrà determinare il cambiamento della struttura organizzativa, del solo scopo pur nella continuità del tipo, del cambiamento dello scopo e del tipo contrattuale e dalla cessazione di una situazione di contitolarità che lascia il posto ad un nuovo soggetto giuridico.

Anche l'istituto della trasformazione eterogenea in società di capitali è regolata, oltre che dalle prescrizioni specificamente dettate nella norma di riferimento, ed in quella

¹²⁴ L'ultimo comma dell'art. 2500 *septies* dispone che la deliberazione di trasformazione in fondazione produce gli effetti che il Capo II del Titolo II del Libro Primo ricollega all'atto di fondazione o alla

successiva per i profili relativi alla produzione degli effetti e della tutela dei creditori,
dalle disposizioni di carattere generale contenute negli artt. 2498- 2500 c.c..

volontà del fondatore.

PARAGRAFO II

IL DIRITTO DI RECESSO, L'ASSEGNAZIONE DI PARTECIPAZIONI NELL'ENTE TRASFORMATO.

Tra le problematiche sollevate dalla nuova disciplina sembra opportuno evidenziare quali siano risvolti prodotti sulla vicenda trasformativa in esame dalla mancata generale previsione del diritto di recesso.

Com'è noto la novella non ha riconosciuto espressamente all'art. 2500 *sexies* il diritto di recesso a favore del socio che non abbia concorso alla delibera di trasformazione né una specifica disposizione in tal senso è rinvenibile nell'art. 2500 *septies* c.c.

Al silenzio del legislatore nella sezione dedicata alla trasformazione corrisponde, tuttavia, il riconoscimento di tale diritto ai soci di s.p.a. all'art. 2437 c.c., mentre per la società a responsabilità limitata, inspiegabilmente, il legislatore continua a collegare il diritto alla modificazione del tipo.

Il dato normativo sembrerebbe configurare un diritto al disinvestimento solo a fronte di una operazione di trasformazione endosocietaria, dovendosi escludere l'ammissibilità nelle ipotesi in cui l'ente trasformando o risultante dalla trasformazione sia diverso dalla società.

L'esistenza del diritto di recesso del socio di una s.p.a. che delibera una trasformazione eterogenea potrebbe discendere dalla considerazione che la genericità della terminologia legislativa che, come evidenziato, sembra rievocare solo la trasformazione omogenea, si giustifica sulla base della considerazione che nella stessa rubrica dell'istituto si è fatto riferimento, indistintamente, alla trasformazione delle società,

volendo, presumibilmente, ricomprendere tutte le possibili fattispecie che hanno come punto di partenza una società, a prescindere dalla natura dell'ente di arrivo.

Nel caso in cui a procedere alla trasformazione eterogenea sia una società a responsabilità limitata il riconoscimento del diritto di recesso discende dal superamento della lettera dell'art. 2473 c.c. che, inspiegabilmente, continua a fare riferimento solo al cambiamento del tipo, evocando, così, esclusivamente la trasformazione endosocietaria. Il dato normativo non sembra, tuttavia, coerente con l'indubbia scelta legislativa di accomunare tutte le ipotesi trasformatrici ad un nucleo unitario di disciplina. Quest'ultimo, a sua volta, non può essere riduttivamente individuato nei principi desumibili dalle cd. norme generali della trasformazione, tra le quali, tra l'altro, non risulta essere riconosciuto espressamente il diritto di recesso.

Il riconoscimento, sia pure implicito, del diritto di recesso in tutte le ipotesi di trasformazione, compresa quella della s.r.l., discende dall'esame complessivo del sistema normativo che, di fronte a decisioni che assumono, per diversi aspetti, grande rilevanza nel corso della vita della società, garantisce, come contraltare del principio maggioritario, il diritto dei soci al disinvestimento.

In questa prospettiva si può evidenziare come la trasformazione in enti diversi dalla società rientri, sicuramente, tra le decisioni più rilevanti adottate durante lo svolgimento del rapporto sociale e, molto probabilmente, una delle più preoccupanti per il socio sotto l'aspetto del mutamento delle condizioni del rischio.

Dovrebbe essere tale circostanza a legittimare, in ogni tipo di società, l'esercizio del recesso, anche quando, come nella s.r.l., il dato letterale sembrerebbe ancorarlo al solo cambiamento del tipo originariamente prescelto per l'esercizio in forma collettiva dell'attività d'impresa.

Il collegamento tra diritto di recesso e cambiamento dello scopo è stato, peraltro, considerato dallo stesso legislatore della riforma all'art. 2497- *quater* c.c. e potrebbe essere considerato espressione di un principio generale applicabile a tutte le vicende trasformative, a prescindere dalla diversa incidenza dell'operazione sul profilo strutturale o causale dell'ente di partenza.

La norma, nel disciplinare le cause di recesso nelle società soggette a direzione e coordinamento, attribuisce ai soci di società controllate il diritto di recesso in particolari ipotesi riferite alla società o all'ente che esercitano la suddetta attività.

Tra tali cause di recesso la lettera a) della norma in esame prevede espressamente la delibera da parte della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento di una trasformazione che comporta il mutamento del suo scopo sociale.

La previsione normativa, non subordina, peraltro, l'esercizio del recesso ad alcun ulteriore accertamento concreto ed ha la finalità di garantire il socio dal mutamento delle condizioni del rischio dell'investimento insito in una operazione di trasformazione eterogenea.

Passando ad esaminare il problema dell'applicabilità della regola dell'assegnazione di partecipazioni nell'ente risultante dalla trasformazione eterogenea si deve evidenziare come il quesito si ponga sia per la trasformazione da società di capitali che nell'ipotesi inversa.

Nel caso di trasformazione eterogenea da società di capitali la disciplina specifica dell'istituto non regola espressamente tale aspetto della fattispecie.

L'applicazione della regola dell'assegnazione di una partecipazione proporzionale al valore della quota o delle azioni possedute ante trasformazione prevista dall'art. 2500 *sexies* c.c. non può essere aprioristicamente esclusa. Il rinvio operato dall'art. 2500

septies cc. alla disciplina della trasformazione societaria ne giustificerebbe l'estensione anche se nei limiti della compatibilità.

Il concetto di compatibilità assume, con riferimento a questo aspetto della fattispecie, una valenza peculiare che richiama non già un fenomeno di adattamento della disciplina a ciascuna ipotesi trasformativa quanto di limitazione dell'applicazione della regola in esame solo ai casi di trasformazione eterogenea che diano luogo ad un ente a struttura associativa.

Quest'ultima circostanza potrebbe, inoltre, non essere sufficiente ai fini dell'applicazione della norma poiché potrebbero esserci ostacoli discendenti da una espressa disposizione normativa come nel caso di trasformazione in società cooperativa. In questa ipotesi occorrerà rispettare i limiti massimi della quota o della partecipazione se espressa in azioni stabiliti dall'art. 2521 c.c..

L'art. 2500 *sexies* non troverà applicazione nel caso di trasformazione in fondazione posta la mancanza della natura associativa di tale ente. Analogamente non sembra possibile ipotizzare una assegnazione di quote di patrimonio a favore degli associati nel caso di trasformazione in associazione poiché non è configurabile un diritto individuale dei primi sul patrimonio della seconda, come si desume dalla circostanza che gli associati non vantano diritti alla liquidazione del fondo comune.

Nell'ipotesi di trasformazione eterogenea in società di capitali il legislatore regola, sia pure in maniera non perfettamente completa, l'aspetto in esame.

La ripartizione delle azioni o quote rappresentative del capitale della società risultante dalla trasformazione è disciplinata espressamente solo per le associazioni e per le fondazioni.

Nel caso in cui la trasformazione veda come ente di partenza un'associazione il capitale sarà diviso, salvo diverso accordo tra gli associati, in parti uguali.

Dubbi sorgono in ordine al momento ed alle modalità per il raggiungimento dell'accordo in deroga alla disciplina speciale. Ferma restando la legittimità di una previsione in tal senso nello statuto dell'associazione, si ritiene che gli associati possano manifestare tale volontà contestualmente a quella diretta a determinare la trasformazione.

Il dubbio maggiore riguarda il quorum per tale determinazione poiché si potrebbe ipotizzare che la maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato non siano idonei ad incidere su un diritto individuale per il quale sarebbe necessaria l'unanimità. La deroga al modello legale determinerebbe, in sostanza, un'assegnazione non proporzionale del capitale che sembra essere, tendenzialmente ricollegata dal legislatore all'unanimità.

La conferma della necessità dell'accordo di tutti gli associati sembra discendere dalla stessa lettera dell'art. 2500 octies che, all'ultima parte del terzo comma fa espresso riferimento al "diverso accordo tra gli stessi". Tale espressione, a parere di chi scrive, è sicuramente riferita non agli associati, il cui consenso è necessario e sufficiente per la trasformazione, ma a tutti quelli nei cui confronti il diverso accordo sulla ripartizione del capitale produrrebbe effetti.

Da un punto di vista formale, oltre che sostanziale, sarà, pertanto, necessario che il consenso sia prestato nell'atto di trasformazione con la conseguente necessità di costituire tutti gli associati, non perché vi sia una deroga ai quorum costitutivi e deliberativi necessari per la trasformazione, che potrebbe essere comunque

legittimamente adottata a maggioranza, ma per poter procedere validamente all'assegnazione del capitale della società risultante dall'operazione.

Puntualmente disciplinata è, altresì, la modalità dell'attribuzione delle azioni o quote nel caso di trasformazione in fondazione.

In questa ipotesi è stato previsto che le quote o azioni siano assegnate secondo le disposizioni dell'atto di fondazione o, in mancanza, dell'art. 31 c.c..

PARAGRAFO III

A) LA TRASFORMAZIONE DI SOCIETA' DI CAPITALI IN CONSORZI E SOCIETA' CONSORTILI E VICEVERSA.

La prima fattispecie presa in considerazione dal legislatore, nell'ordine risultante dalla formulazione del I comma dell'art. 2500 *septies* c.c., è rappresentata dalla trasformazione di società di capitali in consorzi, seguita da quella in società consortili.

Probabilmente la collocazione nel corpo normativo non è casuale considerata la forte influenza che la riforma dell'istituto consortile esercitò sul dibattito relativo all'ambito di operatività della trasformazione.

La espressa previsione normativa delle ipotesi in esame risolve, in senso positivo, l'acceso dibattito dottrinale di cui si è dato conto nella prima parte del lavoro.

Numerose, tuttavia, sembrano le questioni lasciate aperte.

Quanto ai soggetti coinvolti nelle vicende trasformative in esame, non sorgono problemi di qualificazione giuridica nel caso di trasformazione di società di capitali in società consortile.

Questa fattispecie potrà essere caratterizzata tanto da un mutamento del tipo unitamente allo scopo, quanto, esclusivamente, da un mutamento dello scopo.

Il legislatore non pone limiti in tal senso all'autonomia privata e, secondo l'opinione prevalente, la società consortile non può essere considerata un tipo autonomo, distinto quanto a struttura e disciplina dagli altri tipi sociali. Essa viene configurata come una particolare utilizzazione degli schemi societari tipici al fine di perseguire lo scopo consortile¹²⁵.

¹²⁵ La natura giuridica della società consortile è stata, ed è ancora oggi, oggetto di vive discussioni fin dall'introduzione, ad opera della novella del 1976, dell'art. 2615 *ter* c.c.. La norma, nel riconoscere che

Pertanto, qualora i soci di una s.p.a., di una s.a.p.a. o di una s.r.l., intendano continuare ad esercitare collettivamente attività d'impresa perseguendo non più uno scopo lucrativo ma consortile, potranno tanto scegliere un diverso tipo che meglio risponda alle mutate esigenze, quanto conservare la struttura organizzativa originariamente prescelta.

La natura della società consortile non obbliga, infatti, al necessario abbandono del tipo originariamente utilizzato, ferma restando l'applicazione degli aspetti della disciplina che discendono dalla finalità consortile.

La vicenda può, quindi assumere molteplici caratterizzazioni che non saranno sottoposte alla stessa disciplina.

le società previste nei capi III e seguenti del titolo V possano assumere come oggetto sociale gli scopi indicati nell'art. 2602 c.c., risolve in senso positivo il problema, molto sentito in dottrina, della utilizzazione diretta dei tipi societari per la realizzazione di scopi consortili. Il Legislatore, tuttavia, ha serbato il silenzio più assoluto sulla natura giuridica del nuovo istituto. Il problema interpretativo è reso particolarmente arduo dall'ambiguità della norma e, in particolare, dai concetti di oggetto e scopo da questa richiamati.

Parte della dottrina asserisce che la società consortile si qualifica come tale solo sotto il profilo dell'oggetto e non della causa, con la conseguenza della applicazione della disciplina del modello societario adottato, con l'unica eccezione della clausola relativa ai contributi dovuti dai soci. (Martorano, *Consorzi e forme societarie*, in Rivista delle società, 1982, p. 1151 s.s.). A questa conclusione perviene anche altra parte della dottrina che inquadra le società consortili nella categoria dei negozi indiretti. (T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 145 s.s.; D. Rubino, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, p. 88, nota 3; G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976, p. 273; G. Marasà, *Società consortile*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIX, Roma, 1993, p. 7; M. S. Spolidoro, *Le società consortili*, Milano, 1984, p. 149). Secondo un altro orientamento la struttura societaria sarebbe neutrale rispetto alla causa consortile. Lo scopo consortile, a seguito della riforma del 1976, sarebbe diventato causa del negozio societario e causa escludente la causa lucrativa. In questa prospettiva il tipo sociale prescelto costituirebbe solo l'involucro (o la veste) in cui si inserisce la sostanza consortile. (In tal senso G. Marasà, op. cit., p. 7; R. Franceschelli, op. cit., p. 201). Non è mancato chi ha sostenuto che la società consortile possa essere qualificata come una società mista, in parte lucrativa ed in parte consortile, in seno alla quale si renderebbe necessario, a seconda delle concrete esigenze, graduare le soluzioni che agevolano il perseguimento ora dell'una, ora dell'altra finalità. Ciò in quanto il perseguimento di scopi consortili, entro determinati limiti, reagisce sulla disciplina delle società e, in tale prospettiva, si pongono le premesse perché si possa realizzare una fattispecie mista, in cui la struttura organizzativa propria dei tipi societari si fonde con la causa propria di un'altra forma associativa qual'è il consorzio. (A. Borgioli, *Consorzi e società consortili*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A. Cicu e F. Messinco, vol. XLI, 3, Milano, 1985, p. 149 e 160; G. Marasà, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 254.

Nel caso di cambiamento di scopo senza modificazione della struttura organizzativa¹²⁶ o di cambiamento di scopo unitamente al tipo societario¹²⁷ troverà applicazione la disciplina della trasformazione eterogenea, secondo quanto esposto all'inizio del primo paragrafo.

Diversamente, qualora al cambiamento dello scopo si accompagni la scelta di un tipo di società a base personale, si dovrà ipotizzare l'applicazione anche la disciplina della trasformazione regressiva dettata dagli artt. 2500 *ter* – 2500 *quinquies* c.c..

Particolarmente problematica appare l'ipotesi di trasformazione in consorzio poiché il legislatore non ha specificato quali siano le forme consortili cui si riferiscono gli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c., ed a cui risulta applicabile in via diretta la disciplina della trasformazione eterogenea.

La genericità del termine consorzio potrebbe astrattamente legittimare la trasformazione in una pluralità di enti o organismi non definiti in maniera chiara e di cui, spesso, ha fatto uso il legislatore speciale in maniera non unitaria.

Lo stesso codice civile, com'è noto, accoglie una nozione di consorzio con significati non omogenei, qualificando allo stesso modo enti o organismi lontani tra loro e difficilmente riconducibili ad unità.¹²⁸

Per quanto concerne la legislazione speciale si può, esemplificativamente richiamare la figura dei consorzi disciplinati dall'art. 12 della legge 109/94 (cd. consorzi stabili).¹²⁹

Questa figura è caratterizzata da una particolare valenza del requisito soggettivo.

¹²⁶ Si può fare l'esempio di una s.p.a. lucrativa che si trasforma in s.p.a. consortile.

¹²⁷ Si pensi al caso in cui una s.p.a. lucrativa si trasforma in società cooperativa consortile.

¹²⁸ In proposito si veda M. Sarale, *ConSORZI e società consortili*, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, 3, Padova, 2004, p. 408; A. Borgioli, *ConSORZI e società consortili*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu – Messineo, Milano, 1985, p. 2. Secondo quest'ultimo autore il termine "consorzio" sarebbe polisensu, e suscettibile di indicare genericamente fattispecie nelle quali emergono situazioni caratterizzate da una comunanza di interessi alle quali si attribuisce un altrettanto comune destino.

Pur potendo, ai sensi dell'art. 10 della predetta legge, assumere la forma di società consortile ai sensi dell'art. 2615 *ter*, si differenzia dal consorzio codicistico per numerosi aspetti.

E', anzitutto, necessario che alla costituzione partecipino almeno tre consorziati. In secondo luogo è imposto come elemento caratteristico il requisito della durata minima di cinque anni e, infine, vi è obbligo di costituire una comune struttura d'impresa che, in concreto, avvicina i consorzi stabili al modello societario.

Il problema si potrebbe porre, e con ulteriori difficoltà, anche per i consorzi misti.

Quest'ultima figura, non disciplinata espressamente dal codice civile, ricorre quando, per vari motivi, sia tecnici che politici, partecipano al consorzio enti pubblici che, com'è noto, non hanno qualifica di imprenditori.

La legittimità di tali partecipazioni è stata ammessa da leggi speciali ma, al di fuori di un preciso riferimento normativo, sarebbero in contrasto con la funzione tipica del consorzio.

La delimitazione dei soggetti consortili di cui agli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c. alla figura di consorzio delineata dall'art. 2602 c.c. non sembra, tuttavia, insuperabili aprioristicamente.

Ben potrebbe il legislatore speciale riconoscere espressamente l'applicabilità delle norme sulla trasformazione anche ad altri schemi con natura genericamente consortile.¹³⁰

¹²⁹ E. Morandi, *Consorzi stabili*, in *La riforma dei lavori pubblici*, Commentario diretto da A. Angeletti, Torino, 2000, I, p. 224.

¹³⁰ In senso analogo M. Maltoni, *op. cit.*, 235. L'autore riconosce, tuttavia, l'applicazione delle norme sulla trasformazione eterogenea anche ad altri schemi con natura genericamente consortile, non in virtù di una previsione del legislatore speciale, ma anche "secondo la definizione offerta di volta in volta dalla prassi negoziale".

Più dubbiosa appare la legittimità dell'estensione diretta della disciplina della trasformazione eterogenea a fattispecie genericamente consortili secondo l'elaborazione offerta dalla prassi negoziale.

In tali ipotesi, come del resto nel caso di previsione da parte del legislatore speciale, l'estensione della disciplina della trasformazione eterogenea presuppone un processo, non sempre agevole, di qualificazione della natura giuridica dell'organismo considerato.

La mancanza di qualificazione determinerebbe incertezza interpretativa sulla disciplina applicabile e, prima ancora, sulla individuazione della fattispecie di trasformazione eterogenea cui inquadrare l'organismo creato dai privati.

Se, da un lato, la ipotetica qualificazione in termini di consorzio, o l'esplicito rinvio alla disciplina di tale istituto ad opera del legislatore speciale, oltre a costituire espressione di una scelta funzionale al perseguimento di esigenze peculiari, garantirebbe sufficiente certezza nella regolamentazione della fattispecie, non si può ritenere che altrettanto garantisca la semplice qualificazione operata dai privati.

Non sempre, infatti, il *nomen* corrisponde alla reale sostanza della fattispecie e, pertanto, non è peregrino ipotizzare che, pur in presenza di una qualificazione pattizia in termini di consorzio, si riproponga il pericolo dell'incertezza interpretativa.

E' nota, infatti, la tendenza dottrinale e giurisprudenziale ad operare un processo di riqualificazione degli organismi genericamente definiti come consorzi, riconoscendo in essi la natura propria delle associazioni non riconosciute.¹³¹

¹³¹In dottrina: F. Galgano, *Autodisciplina urbanistica*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 573; M. Sarale, *I consorzi privati nel sistema dei contratti associativi*, in *I consorzi e l'attività notarile: costituzione, capacità negoziale e scioglimento*, in *Quaderni di Vita Notarile*, 1984, p. 18 s.s.. In giurisprudenza si sono espressi in tal senso: Trib. Bologna, 10 aprile 2001, in *Contratti* 2001, p. 1005; Trib. Napoli, 14 maggio 1998, in *Notariato*, 1999, 350; Trib. Roma, 21 febbraio 1994, in *Notariato*, 1995, p. 291.

Pur consapevoli delle difficoltà interpretative sembra plausibile ritenere che il legislatore della Riforma abbia voluto riferirsi ai consorzi di cui all'art. 2602 c.c.¹³²

L'effetto della delibera di trasformazione eterogenea dovrà essere, quindi, necessariamente un'organizzazione comune istituita per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi dell'impresa esercitata dalla società trasformanda.

A questa conclusione si giunge sulla base della considerazione che la filosofia che ha ispirato il legislatore della Riforma in tema di trasformazione eterogenea, è stata quella di creare un istituto strettamente collegato all'impresa.

Oltre che per questa ragione la stessa collocazione sistematica della disciplina, contenuta nell'ambito del V Libro, e la previsione della trasformazione in consorzio strettamente collegata a quella in società consortile, spingono a considerare inquadrabili nella previsione del 2500 *septies* c.c.¹³³ solo la tipologia di consorzi di cui all'art. 2602 c.c..

La genericità della terminologia legislativa crea un ulteriore problema interpretativo posto che l'art. 2602 c.c. disciplina sia il consorzio con attività esterna che quello con funzione anticoncorrenziale (cd. consorzi interni).

Non sembrerebbe irrazionale pensare che la trasformazione eterogenea qui considerata possa dare luogo solo ad un consorzio con attività esterna (provenendosi dalla struttura della società di capitali); oltre tutto la dottrina riconosce già da tempo ai consorzi con attività esterna una certa soggettività.

Tuttavia, dal momento che la legge non distingue, deve concludersi che sia legittima anche la trasformazione in consorzio senza attività esterna, superando le inevitabili, e forse legittime, perplessità su tale fattispecie.

¹³² In tal senso M. Maltoni, op. cit., p. 235.

Della stessa opinione è anche parte della dottrina che esclude la possibilità di operare una discriminazione tra le due forme di consorzio.¹³⁴

In entrambi i casi la vicenda segna un cambiamento di struttura organizzativa unitamente ad un cambiamento di causa.

Probabilmente, nel prevedere la trasformazione eterogenea in consorzi (così come nell'ipotesi inversa), il legislatore, concependo l'istituto come strumento per consentire la continuità dell'esercizio dell'attività d'impresa senza dare vita ad una vicenda estintivo – novativa, intendeva, originariamente, legittimare la trasformazione da e in consorzio ad attività esterna.

In questa vicenda trasformativa si assiste, infatti, alla creazione di una organizzazione comune che assume rilievo reale ed alla quale la pressoché unanime dottrina ricollega l'esercizio di attività imprenditoriale.¹³⁵

Tuttavia, sia la genericità del termine consorzio, che rievoca la figura di cui all'art. 2602 c.c., a prescindere dalla circostanza che il contratto esaurisca la propria attività nei confronti dei consorziati, senza assurgere ad una propria autonoma soggettività,¹³⁶

sia la constatazione che non è di ostacolo alla trasformazione eterogenea la mancanza di un centro di imputazione, inducono a ritenere ammissibile anche la trasformazione di società di capitali in consorzi senza attività esterna.¹³⁷

Sembra, inoltre, opportuno rilevare che negare quest'ultima ipotesi di trasformazione a causa della mancanza di autonoma soggettività dei consorzi senza attività esterna,

¹³³ Analoghe considerazioni possono essere fatte per l'ipotesi trasformativa inversa regolata dall'art. 2500 *octies* c.c..

¹³⁴ M. Maltoni, op. cit., p. 235; L. Panzani, Commento all'art. 2500 *septies*, in AA.VV., Gruppi, Trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, Società estere, in La riforma del diritto societario, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 338; M. Sarale, Il nuovo diritto societario, op. cit., p. 2286 – 2287.

¹³⁵ M. Sarale, op. cit., p. 2286, testo e nota n. 50.

¹³⁶ In tal senso Marasà, *Le società. Società in generale*, in Trattato Judica – Zatti, Milano, 2000, p. 41; ID., *Consorzi e società consortili*, Torino, 1990, 22.

non sembra un'obiezione sufficientemente fondata alla luce della espressa previsione normativa della trasformazione in comunione d'azienda.

La comunione d'azienda, secondo la ricostruzione più avvalorata dell'istituto, non è riconducibile ad alcuna forma di soggettività e, neppure, di autonomia patrimoniale.

Nel prevedere tale ipotesi trasformativa il legislatore ha superato il principio dell'identità soggettiva tra l'ente trasformando e quello risultante dalla trasformazione, allargando, così, l'ambito di operatività dell'istituto al di là di ogni più liberale auspicio riformatore.

Né potrebbe costituire ostacolo al riconoscimento di tale ipotesi di trasformazione la circostanza che il consorzio c.d. interno non sarebbe riconducibile alla categoria dei contratti associativi¹³⁷. Questo perché la natura associativa non sembra sia stata considerata essenziale allo schema causale della trasformazione eterogenea, come dimostrato dalla espressa previsione della trasformazione da e in fondazione. Posto che il legislatore prevede ipotesi tipiche e le ammette in base alla natura giuridica, non sembra che la semplice circostanza che il consorzio sia interno stravolga la natura dello stesso e precluda la trasformazione.

Del resto la natura associativa del consorzio interno è riconosciuta, sia pure non pacificamente, da autorevole dottrina. Mentre nel caso di consorzio con attività esterna

¹³⁷ M. Sarale, op. cit., 2286; Panzani, op. cit., 338.

¹³⁸La natura giuridica del consorzio interno è molto discussa soprattutto in dottrina. Nonostante sia necessario in entrambe le ipotesi la creazione di una organizzazione comune, il codice civile distingue tra consorzi con attività esterna e con attività interna, assegnando solo ai primi la soggettività giuridica e l'autonomia patrimoniale. La linea di confine tra le due figure non è data dal *nomen* utilizzato dalle parti ma dalla costituzione di un ufficio destinato a svolgere attività con i terzi. Si tratta di un elemento la cui sussistenza non è condizionata alla astratta previsione nel contratto istitutivo, dovendo, in concreto, risultare dallo svolgimento di attività con i terzi, dalla stipula di contratti e dall'assunzione di obbligazioni. Diversamente, nei consorzi interni, l'istituzione dell'organizzazione, comunque necessaria per la qualificazione della fattispecie, è caratterizzata da una disciplina convenzionale di determinate fasi dell'attività dei consorziati limitata al rapporto tra gli stessi.

non si dubita della natura associativa della fattispecie, più incerta è la ricostruzione in chiave associativa dei consorzi interni.

Nonostante il problema sia ancora discusso, sembra condivisibile la tesi¹³⁹ di chi ne riconosce la natura associativa sulla base della constatazione che il contratto ha, comunque, un valore organizzativo in funzione della programmazione di un'attività. Quest'ultima, anche se non destinata a proiettarsi all'esterno potrebbe, comunque, essere considerata comune.

Ulteriore questione lasciata aperta riguarda le vicende modificative della struttura organizzativa dell'ente che avvengono nel rispetto della causa consortile.

Il silenzio del legislatore sul punto pone il problema di qualificare, prima, e, successivamente, di individuare la disciplina applicabile alla trasformazione di società consortile in consorzio.

Con riferimento alla qualificazione di tale vicenda trasformativa la mancata previsione nell'elencazione degli artt. 2500 *septies* ed *octies* c.c. potrebbe essere diversamente spiegata.

Si potrebbe ipotizzare che la fattispecie non sia qualificabile come trasformazione eterogenea in ragione del carattere tassativo delle ipotesi legislativamente previste.

Questa affermazione non escluderebbe, tuttavia, la possibilità di procedere ugualmente alla stipulazione del negozio poiché, in mancanza di un espresso divieto, l'autonomia privata si esplicherebbe nell'ambito di un sistema tendenzialmente aperto, almeno quando l'operazione non determina una modifica dello scopo.

¹³⁹ Cottino, *Diritto commerciale*, I, 2, p. 41; Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, rist. 2001, p. 341 e p. 377; Mosco, *I consorzi tra imprenditori*, op. cit. p. 85 e 106.

Tuttavia la fattispecie in esame determinerebbe un mutamento dell'ente, o del centro di imputazione dei rapporti giuridici che difficilmente può essere configurato superando la fase della liquidazione.

Probabilmente, come si vedrà nel paragrafo dedicato alle trasformazioni atipiche, la chiave per la soluzione di tutti i quesiti generati, o non risolti, dalla Riforma del 2003 passa attraverso l'elaborazione di un criterio diverso da quello tradizionalmente individuato per delineare l'ambito di operatività dell'istituto.

Più che in termini di modificazione del contratto o di continuità del soggetto, si dovrebbe ragionare in termini di interessi coinvolti, alla cui tutela sarebbero finalizzate le norme che compongono il quadro normativo delineato dalla novella del 2003.

PARAGRAFO III

SEGUE: LA TRASFORMAZIONE DELLE SOCIETA' CONSORTILI E DI CONSORZI IN SOCIETA' DI CAPITALI.

Le ipotesi di trasformazione in esame presentano problematiche diverse e non riconducibili ad unità.

Mentre la trasformazione da società consortile in società di capitali, caratterizzandosi per la modifica dello scopo cui può, ma non deve necessariamente accompagnarsi una modifica del tipo originariamente prescelto per il perseguimento della finalità consortile, la trasformazione di consorzio in società di capitali presenta margini di complessità certamente superiori.

La prima delle vicende in esame veniva ricondotta, sia pure non pacificamente, almeno nel caso in cui non si accompagnasse ad una modifica del tipo, alla sfera delle semplici modificazioni statutarie.

Il nuovo dato normativo impone l'applicazione delle norme generali sulla trasformazione di cui agli artt. 2498-2500 *bis* c.c., oltre alle norme generali sulla trasformazione eterogenea e quelle particolari della fattispecie.

Per quanto concerne le problematiche sollevate dalla trasformazione di consorzio si deve rilevare che la valida adozione della delibera presuppone la presentazione di una relazione di stima del patrimonio consortile, redatta da un esperto nominato dal Tribunale nel caso di trasformazione in s.p.a., mentre nel caso di trasformazione in s.r.l. nominato dallo stesso ente.

Quanto all'aspetto dell'assegnazione delle azioni o quote, conformemente alla previsione dell'art. 2500 *quater* primo comma, le quote di partecipazione al capitale sociale risultante dalla trasformazione corrisponderanno a quelle di partecipazione al fondo comune.

Particolare rilievo assume, altresì, il regime della responsabilità per le obbligazioni assunte per conto dei consorziati dagli organi consortili ai sensi dell'art. 2615 c.c..

Nonostante la mancanza di un espresso rinvio, si ritiene applicabile la disciplina dell'art. 2500 *quinqes* c.c., con la conseguenza che i consorziati resteranno responsabili, salva l'applicazione del secondo comma della norma stessa.

PARAGRAFO III

B) LA DISCIPLINA APPLICABILE.

Le ipotesi di trasformazione eterogenea in esame sono soggette, conformemente a tutte le altre previste dal codice civile, a tre livelli di disciplina.

La fattispecie, infatti, sarà regolata, *in primis*, dalle norme generali sulla trasformazione di cui agli artt. 2498 – 2500 *bis* c.c..

Troveranno, poi, applicazione le norme generali sulla trasformazione eterogenea e le norme particolari proprie della fattispecie di riferimento.

Per quanto concerne il primo livello di disciplina si applicherà, l'art. 2498 c.c. e, pertanto, la società consortile o il consorzio risultante dalla trasformazione conserveranno i diritti e gli obblighi e proseguiranno in tutti i rapporti processuali che facevano capo alla società che ha effettuato la trasformazione.

Le società di capitali potranno deliberare la trasformazione in consorzio o società consortile anche qualora siano sottoposte a procedura concorsuale.

L'art. 2499 c.c., ponendo fine ad un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, riconosce l'ammissibilità della trasformazione in pendenza della procedura,

Il riconoscimento legislativo della legittimità dell'operazione è, tuttavia, subordinato ad una valutazione di compatibilità con la finalità o con lo stato della procedura medesima.

Nelle ipotesi in esame il giudizio di compatibilità risulta particolarmente problematico poiché si tratterà di accertare se, in concreto, ed a seconda della forma consortile prescelta, le finalità proprie della procedura concorsuale cui è soggetta la società trasformando siano realizzabili.

Solo qualora questo giudizio di compatibilità avrà dato esito positivo assumerà rilievo lo stato della procedura medesima.

Nel caso di trasformazione di società di capitali in società consortili ed in consorzio opereranno, altresì, i limiti legali conseguenti a situazioni organizzative dell'ente da trasformare.

Nel novero di tali limiti rientrano tutte quelle ipotesi in cui l'operazione di trasformazione è impedita dalla situazione organizzativa in cui versa l'ente che s'intende trasformare, che rendono l'operazione illegittima in sé o che sono tipologicamente incompatibili con lo schema organizzativo che si intende adottare.

Il problema dei c.d. limiti impliciti era fortemente discusso prima della riforma e delle diverse ipotesi applicative si è dato conto nella prima parte del lavoro.

Il dibattito riguardava la trasformazione societaria rispetto alla quale i nuovi istituti introdotti dalla novella e l'accentuazione delle differenze tipologiche fra s.p.a. e s.r.l., hanno, senza dubbio, incrementato il numero dei limiti impliciti all'operazione derivanti da peculiari regole organizzative.

Si può sostenere che le limitazioni c.d. implicite alla trasformazione societaria possano essere estese anche all'ipotesi di trasformazione eterogenea da società di capitali.

Tali limitazioni, il cui numero deve, sicuramente, essere considerato accresciuto dalla riforma, escluderanno la possibilità di procedere alla trasformazione eterogenea poiché riguardano particolari situazioni che non sono realizzabili in enti diversi dalle società.

Questa conclusione non può essere estesa all'ipotesi in cui una società di capitali si trasformi in società consortile.

In questo caso la legittimità dell'operazione, a seconda della diversa situazione in cui versa la società trasformanda, dovrebbe essere vagliata in concreto con riferimento al tipo societario prescelto per il perseguimento della finalità consortile.

Rinviando la trattazione specifica delle diverse tipologie di limiti impliciti al prosieguo del lavoro, sembra opportuno evidenziare che le questioni classiche della trasformabilità della società che abbia emesso un prestito obbligazionario, che sia detentrica di azioni proprie, o che abbia emesso strumenti finanziari particolari, potrebbero essere superate adottando uno piuttosto che un altro tipo societario.

Analogamente la scelta del tipo mediante il quale perseguire la finalità consortile potrebbe risolvere i problemi derivanti dall'esistenza in una s.p.a. di patrimoni destinati o, per la s.r.l., di titoli di debito.

Limiti alla trasformazione in società consortile o consorzio potrebbero derivare dall'esistenza di una specifica clausola statutaria che consenta l'operazione solo verso determinati enti o, come possibile, la escluda completamente.

In questo caso la preclusione non può essere considerata assoluta posto che sarà sempre possibile procedere, ai sensi di legge, alla eliminazione della clausola statutaria o alla sua modifica.

La soppressione o la modifica, pur integrando una modifica dell'atto costitutivo e, pertanto, soggetta alla disciplina dell'art. 2436 c.c., potrebbe essere anche contestuale alla delibera di trasformazione?

Il quesito non è di facile soluzione e risente sia delle conclusioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul ruolo dell'iscrizione nel Registro delle Imprese delle delibere modificative, sia delle peculiarità che il procedimento perfezionativo della trasformazione presenta.

La formulazione dell'art. 2436 c.c.¹⁴⁰, nel disciplinare il deposito e l'iscrizione nel Registro delle Imprese delle modificazioni dello statuto, dispone, al comma V, che " la deliberazione non produce effetti se non dopo l'iscrizione".

Si può, tuttavia ritenere che, nonostante la espressa previsione di tale adempimento, possano essere adottate contestualmente più delibere, anche qualora sussista un rapporto di pregiudizialità tra l'una e l'altra.

Da un punto di vista sostanziale e formale, le diverse delibere manterranno la loro autonomia, poiché saranno adottate ciascuna con distinta manifestazione di volontà che, nella successione cronologica del verbale, rispecchierà il rapporto di pregiudizialità tra le stesse esistenti.

A questa conclusione si giunge assegnando, conformemente a quanto era stato sostenuto prima della Riforma,¹⁴¹ valore di *condicio iuris* sospensiva all'iscrizione nel Registro delle Imprese.

La delibera di trasformazione eterogenea potrebbe, così, essere ricompresa nella categoria delle c.d. delibere a cascata, la cui efficacia sarebbe subordinata non solo all'iscrizione nel Registro delle Imprese ed al decorso del termine di 60 giorni previsto

¹⁴⁰ La norma dettata in tema di s.p.a., risulta richiamata nelle s.r.l. dall'art. 2480 c.c..

¹⁴¹ Salafia, *Deliberazioni condizionate e contestuali dell'assemblea straordinaria*, Società, 2000, 1290; Tassinari, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti a efficacia sospesa o differita*, Riv. not., 1996, 142. Esula dal tema specifico del nostro lavoro la disamina della disciplina dettata dall'originaria formulazione del codice del 1942 e delle ragioni che hanno indotto il Legislatore della Riforma ad estendere a tutte le delibere modificative la regola che ne subordina l'efficacia all'iscrizione nel Registro delle Imprese. Sembra, tuttavia, opportuno evidenziare che prima della novella del 2003 la dottrina e la giurisprudenza erano divise in ordine all'efficacia delle modificazioni statutarie prima della loro iscrizione. Un orientamento giurisprudenziale, argomentando sulla natura preventiva del controllo, aveva concluso che l'iscrizione avesse efficacia sospensiva, (addirittura costitutiva) degli effetti della delibera. (Cass. 7 giugno 1982, n. 3441, Foro it.Rep., 1982, voce fallimento, n. 304; Pret. Trento, 21 agosto 1992, Foro it., Rep.1994, voce Società, n. 605; Trib. Napoli, 19 dicembre 1983, Società, 1984, 1349; App. Roma, 30 ottobre 1980, Dir. Fall., 1981, II, 149).

Era prevalsa, tuttavia, la tesi dell'immediata efficacia delle deliberazioni modificative dello statuto, temperata dalla precisazione che la mancata iscrizione nel Registro delle Imprese avesse effetto retroattivo. (In giurisprudenza: Cass., 21 aprile 1983, n. 2762, Società, 1983, 72; Trib. Napoli, 25 maggio 1980, Società, 1989, 1179. In dottrina: Salafia, "Omologazione giudiziaria: incidenza sull'efficacia dell'atto o mera pubblicità?", Società, 1996, 167; Morena, *L'omologazione degli statuti di società*,

dall'art. 2500 *novies* c.c. per la eventuale proposizione di opposizione da parte dei creditori, ma anche all'ulteriore condizione dell'iscrizione della delibera tesa a rimuovere il divieto statutario di trasformazione.

Milano, 1988,277; Tantini, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, Padova, 1973, 142).

PARAGRAFO III

C) LA DISCIPLINA SPECIALE.

L'analisi del nucleo normativo destinato a regolare specificamente la fattispecie risulta particolarmente delicato a causa della pluralità degli interessi che vengono in rilievo e per le caratteristiche proprie degli enti coinvolti nell'operazione.

E', innanzitutto, necessario che al momento della stipulazione dell'atto di trasformazione ricorrano le caratteristiche tipologiche essenziali dell'ente risultante dalla trasformazione e dei requisiti richiesti per la sua costituzione, secondo quanto dispone l'art. 2500 c.c..

Ad entrambe le ipotesi di trasformazione in esame si applica l'art. 2500 *novies*, con la conseguenza che entrambe le fattispecie acquistano efficacia solo con il decorso di sessanta giorni dall'iscrizione dell'atto di trasformazione, a condizione che non sia stata proposta opposizione da parte dei creditori sociali.

Lo strumento regolato dall'art. 2500 *novies* ha la funzione di risolvere il problema della tutela del ceto creditorio in tutte le operazioni che, comportando una modifica radicale delle regole organizzative e del regime di responsabilità per le obbligazioni sociali, potrebbero risentire un pregiudizio di natura patrimoniale.

Il legislatore della riforma ha recepito le considerazioni elaborate sul tema del rapporto tra trasformazione esterna alle società e tutela del ceto creditorio da autorevole dottrina¹⁴² che, evidenziando la necessità di distinguere le diverse fattispecie sulla base del grado di tutela offerto ai creditori, considerava ammissibili solo quelle

¹⁴² O. Cagnasso, *La trasformazione delle società*, op. cit., pp. 63 e s.s..

che avrebbero potuto garantire una tutela almeno corrispondente a quella offerta dall'ente originario.

L'ampliamento delle fattispecie trasformative trova bilanciamento nello strumento dell'opposizione a cui si attribuisce un ruolo che, probabilmente, in caso di trasformazione in società consortile risulta eccessivo.¹⁴³

Se, infatti, in seguito ad un'operazione di trasformazione in società consortile quest'ultima adottasse lo schema organizzativo di una società di capitali, condividerebbe con la società trasformata sia le regole in tema di formazione del capitale, sia quelle dettate in tema di rappresentazione dei dati contabili.¹⁴⁴

Non determinerebbe particolari problemi di tutela del ceto creditorio neppure l'adozione dello schema delle società di persone.

In tali ipotesi i creditori sociali risulterebbero ulteriormente tutelati dalla responsabilità illimitata dei soci, secondo le regole proprie della trasformazione regressiva.

Tra le condizioni di legittimità richieste per l'assunzione di una valida delibera di trasformazione, l'art. 2500 *septies*, 3° comma, non si limita a richiedere il voto favorevole dei due terzi degli aventi diritto, ma stabilisce, altresì, che occorre comunque il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata.

Questa ulteriore condizione sarà, senza dubbio, necessaria nel caso di trasformazione in società consortile in forma di società di persone, ferma restando la necessità di distinguere la diversa posizione assunta dai soci rispetto alla responsabilità per le obbligazioni sociali.

¹⁴³ M. Maltoni, op. cit., p. 237.

¹⁴⁴ Come esposto nella prima parte del lavoro, la dottrina anteriore alla novella del codice civile riteneva realizzabile il mutamento tramite la sola modifica dell'oggetto sociale.

Nel caso di trasformazione in consorzio il diritto di veto riconosciuto al singolo socio dall'art. 2500 *septies* spetterà qualora si determini, per effetto del cambiamento della struttura organizzativa, l'assunzione di responsabilità illimitata.

Il problema più rilevante posto dalla fattispecie riguarda proprio l'individuazione del concetto di responsabilità illimitata che potrebbe non essere unitario.

Sembra possibile sostenere che il concetto di responsabilità illimitata cui si riferiscono gli artt. 2500 *septies* e *octies* sia identificabile con quello delineato dall'art. 2267 c.c. e, pertanto, caratterizzato dalla estensione della responsabilità a tutte le obbligazioni sociali indistintamente assunte in nome e per conto dell'ente.

La responsabilità deve essere inevitabilmente connessa alla posizione del socio e presenta carattere generale ed indifferenziato, visto che si estende a tutte le obbligazioni sorte anteriormente alla trasformazione.

E' discusso se tali caratteristiche ricorrano nella posizione del consorziato.

Dal tenore letterale del II comma dell'art. 2615 c.c. sembrerebbe desumersi che il legislatore faccia riferimento alle ipotesi nelle quali l'obbligazione sia stata assunta per conto di uno solo o di più consorziati esattamente individuati.

Si tratta, inoltre, di ipotesi specifiche, rispetto alle quali la responsabilità si pone anche come eventuale.

Diversamente per obbligazioni assunte nell'interesse del consorzio quale ente risponde solo il fondo consortile.

Sulla base di queste considerazioni si può sostenere che il concetto di responsabilità richiamato dall'art. 2500 *septies* non coincida con quello delineato dal 2615 c.c..

Si può, quindi, ritenere, limitando l'analisi alle sole ipotesi di trasformazione in consorzio e società consortile, che il consenso del socio sarà necessario esclusivamente per la trasformazione in consorzio con attività interna.

In tale figura, secondo l'opinione prevalente, la responsabilità illimitata sussiste solo per coloro che hanno agito in nome e per conto del consorzio.

Il consenso sarà ugualmente necessario nel caso di trasformazione in società consortile di persone qualora si sia optato per la società in nome collettivo o in accomandita semplice, ferma restando, in tale ultima ipotesi, la distinzione tra le diverse categorie di soci.

Qualora, invece, il punto di arrivo della trasformazione sia un consorzio con attività esterna ai sensi dell'art. 2615 c.c. o una società consortile di capitali, il problema sarà escluso a monte poiché non è riscontrabile alcuna assunzione di responsabilità illimitata.

Un altro problema lasciato aperto dal legislatore della Riforma riguarda la necessità o meno di integrare la deliberazione assembleare con il consenso individuale qualora lo statuto della società consortile, qualora abbia adottato la forma di una società di capitali, o del consorzio risultante dalla trasformazione di una società lucrativa contempli l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro.¹⁴⁵

Il quesito si pone perché la previsione di tali contributi potrebbe, in concreto, determinare un'alterazione del regime di responsabilità proprio delle società di capitali.

¹⁴⁵I contributi in denaro sono previsti dall'art. 2603 n. 3 per i consorzi ed ammessi dall'art. 2615 *ter* 2° comma per le società consortili. La loro previsione è facoltativa in entrambe le ipotesi richiamate. Quanto alla natura giuridica del contributo in denaro secondo l'opinione prevalente non si tratterebbe di conferimenti ma di versamenti statutariamente imposti ai soci o per coprire i costi di gestione. (G. Volpe Pozzoli, op. cit., p. 435; G.D. Mosco, op. cit., p. 206; M. Sarale, op. cit., p. 559.

La funzione dei contributi è quella di adattare i modelli societari alle esigenze dell'impresa consortile. Si tratta di una funzione che giustifica casualmente la previsione del contributo ma che, al tempo stesso, costituisce un limite all'autonomia statutaria.

Come ha chiarito recentemente la Cassazione, la previsione del contributo non può rappresentare lo strumento attraverso il quale stravolgere i connotati fondamentali del tipo societario prescelto, quale la regola della responsabilità limitata che si ricollega alla nozione stessa del tipo.

In questa prospettiva sembra condivisibile la tesi di chi attribuisce all'obbligo di eseguire i contributi una rilevanza meramente interna e, conseguentemente, inidonea a derogare al principio in base al quale nelle società di capitali delle obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio.

Seguendo questa linea interpretativa non si produrrebbe nessuna alterazione del modello societario quanto al regime della responsabilità e, conseguentemente, non sussisterebbe il presupposto perché sorga in capo ai soci il diritto a prestare il consenso.

Quanto alle modalità per il calcolo delle maggioranze previste dal 3° comma dell'art. 2500 *septies* si discute se il *quorum* necessario per la trasformazione eterogenea debba essere calcolato unicamente sulla base della maggioranza dei soci aventi diritto al voto, senza tener conto della loro quota di partecipazione al capitale.

Una simile interpretazione del dato normativo consentirebbe di ipotizzare che la trasformazione eterogenea possa essere deliberata anche solo dalla minoranza.¹⁴⁶

¹⁴⁶ C.G. Corvese, *Commento all'art. 2500 septies*, in *La Riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003,3, p. 395.

Conclusione questa che non sembra condivisibile perché si assisterebbe ad una ingiustificata deroga al principio secondo il quale nelle società di capitali le maggioranze si calcolano sul capitale.

In secondo luogo dalla comparazione del 3° comma dell'art. 2500 *septies* con l'art. 2500 *sexies* c.c. si desume l'intenzione del legislatore di prevedere una maggioranza più ampia di quella richiesta per la trasformazione omogenea.

Nel caso di trasformazione omogenea la maggioranza coincide con quella necessaria per l'adozione delle modifiche statutarie, con la conseguenza che sarebbe a dir poco contraddittorio ammettere un diverso criterio di computo del quorum nell'ipotesi in cui la fattispecie coinvolga enti diversi dalle società.

PARAGRAFO III

D)GLI ELEMENTI TIPOLOGICI.

Al momento della stipula dell'atto di trasformazione sarà, altresì necessario accertare la ricorrenza degli elementi tipologici del consorzio e della società consortile.

Preliminarmente si dovrà verificare la sussistenza in capo ai soci della società trasformanda della qualifica di imprenditore.

Si tratta di un requisito soggettivo che trova il suo fondamento positivo nella definizione del contratto di consorzio contenuta nell'art. 2602 c.c..

Solo qualora i soci della società trasformanda siano tutti imprenditori nello stesso settore di attività sarà possibile deliberare la trasformazione e applicare, in via diretta, la relativa disciplina.

La ricorrenza del requisito soggettivo non è, tuttavia, sufficiente ai fini di cui sopra poiché il contratto di consorzio dà vita ad un'organizzazione qualificata anche da un punto di vista funzionale.

La creazione dell'organizzazione è finalizzata ad uno scopo positivamente individuato che consiste nella disciplina o nello svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese.

Poiché il requisito soggettivo e quello funzionale devono esistere cumulativamente, si deve escludere che la mancanza di uno dei due possa, comunque, legittimare l'operazione.

L'individuazione degli specifici presupposti soggettivi e funzionali della trasformazione in consorzio o società consortile non risulta, tuttavia, agevole.

Il Legislatore non ha fornito un criterio interpretativo unitario e, pertanto, si

ripropongono gli stessi quesiti che, a prescindere dal coinvolgimento nella fattispecie trasformativi, sono generati dalla disciplina del consorzio e della società consortile.

Il primo problema riguarda la qualifica di imprenditore da parte dei soci della società trasformanda.

Dalla lettera dell'art. 2602 c.c. sembrerebbe emergere che tutti i soci della società che intende trasformarsi in consorzio o società consortile posseggano la predetta qualità.

Non dovrebbero esserci ragioni per sostenere, contrariamente a quanto affermato dalla dottrina in tema di costituzione di consorzio, che il requisito soggettivo per la stipula del contratto sussista in qualsiasi operatore economico.

Solo chi esercita un'attività qualificabile come impresa ai sensi dell'art.2082 c.c. sarà legittimato a costituire un'organizzazione comune ai sensi dell'art. 2602 c.c..

Secondo autorevole dottrina,¹⁴⁷ una volta accertata la natura imprenditoriale dell'attività esercitata, non sarebbe possibile limitare ulteriormente il ricorso all'istituto.

¹⁴⁷M. SARALE, OP. CIT., P. 461.

Non sarebbe, infatti, possibile operare una distinzione a seconda della natura commerciale o agricola, pubblica o privata, piccola o grande, dell'impresa esercitata, stante la genericità dell'espressione utilizzata dall'art. 2602 c.c..

Il requisito soggettivo, presupposto di legittimità di una delibera di trasformazione in consorzio o società consortile, deve riguardare tutti i soci della società trasformanda che esercitano in proprio un'attività d'impresa.

Dovrebbe essere questo l'elemento che legittima la fattispecie poiché, com'è noto, nelle società di capitali, enti di partenza dell'ipotesi trasformativi in esame, la qualifica d'imprenditore spetta non già ai soci ma, esclusivamente, alla società, almeno nel normale svolgimento del rapporto sociale.

Una tale interpretazione della norma non sembra, tuttavia, condivisibile, poiché, in concreto, il requisito soggettivo potrebbe non essere posseduto da alcun socio.

Molto spesso, infatti, l'esercizio di attività d'impresa in forma collettiva, sotto lo schermo di una società di capitali, oltre che per i vantaggi derivanti dalle regole dell'organizzazione comune, rappresenta la scelta di chi non vuole assumere la qualità di imprenditore.

Non è solo la completa separazione patrimoniale derivante dall'acquisto della personalità giuridica delle società di capitali a spingere gli operatori economici ad optare per questo modulo organizzativo, quanto, a monte, la volontà di creare un soggetto di diritto cui siano imputabili sia gli effetti positivi che negativi dell'attività d'impresa, con particolare riguardo all'eventuale momento patologico del rapporto.

Il Legislatore non pare, tuttavia, che abbia voluto limitare l'ambito di operatività dell'istituto alla necessaria preesistenza del requisito soggettivo.

Sembra, invece, che la tendenza riscontrabile dalle diverse ipotesi di trasformazione eterogenea, sia quella di garantire la continuità dell'impresa originariamente esercitata attraverso un diverso modulo organizzativo.

Questo principio, traslato alla trasformazione da società di capitali in consorzio o società consortile, risente delle peculiarità di queste ultime fattispecie e, a monte, della concreta esigenza che attraverso le stesse si persegue.

L'interesse tutelato dal legislatore è, presumibilmente, quello di assicurare ai soci di una società di capitali di poter optare per la figura del consorzio quando la struttura e l'organizzazione della prima risultino inappropriate ed eccessive rispetto alle concrete esigenze dei soci, per il cui perseguimento sembra, in concreto, più adatta la figura del consorzio.

L'opzione verso tale forma di trasformazione, a parere di chi scrive, verrebbe, di fatto, ad essere esclusa, o quantomeno fortemente limitata, se si ritenesse necessaria la preesistenza del requisito soggettivo rispetto al momento della decisione.

Si tratterebbe di una eccessiva limitazione dell'autonomia privata che andrebbe contro il *favor* manifestato dal legislatore della riforma verso l'istituto della trasformazione.

Con la novella del 2003 non si è voluto limitare ma ampliare l'ambito di operatività dell'istituto, eliminando i limiti all'operazione.

In questa prospettiva la sussistenza dei requisiti soggettivi e funzionali dell'operazione potrebbe essere considerata anche solo potenziale. Sia nel caso in cui tutti i soci della società trasformanda non esercitino attività d'impresa, sia quando solo alcuni di questi siano già imprenditori si potrebbe, comunque procedere all'operazione, esteriorizzando l'intento di intraprendere un'attività imprenditoriale a cui sarà funzionale il consorzio.

Ai fini di un valido perfezionamento della fattispecie sarà necessario che risulti espressamente la volontà di porre in essere l'operazione per dare vita ad un consorzio o ad una società consortile che avrà la finalità di disciplinare o svolgere le fasi delle rispettive imprese dei soci.

Si potrebbe, tuttavia, superare il problema della mancanza del requisito soggettivo attraverso rivalutando il momento "progettuale" dell'operazione. La stipula di una trasformazione in consorzio o società consortile, più di ogni altra ipotesi, si caratterizza, inevitabilmente, dalla presenza di una fase preliminare nella quale vengono dettagliatamente affrontati gli aspetti giuridici ed economici dell'operazione.

In questa fase, al fine di predisporre i presupposti dell'operazione, potrebbero essere stipulate a favore dei soci non imprenditori convenzioni finalizzate all'acquisto da parte degli stessi del requisito soggettivo. L'oggetto delle convenzioni dovrebbe coincidere con rami dell'azienda sociale che potrebbero essere trasferiti in proprietà o dati in affitto a favore dei soci non imprenditori.

PARAGRAFO IV

LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA DA ED IN COMUNIONE D'AZIENDA.

La deliberazione di trasformazione di società di capitali in comunione di azienda e l'operazione inversa rappresentata dalla decisione dei comunisti di trasformare la comunione d'azienda in società di capitali, costituiscono, sicuramente, le ipotesi più singolari tra le numerose riconducibili al paradigma della trasformazione eterogenea.

Negli altri casi contemplati, rispettivamente, dagli artt. 2500 *septies* ed *octies* c.c., il risultato finale della vicenda trasformativa è rappresentato da un ente, o da una figura giuridica che ad un ente possa essere rapportata, sia pure in senso lato.

Non sembra che tale caratteristica sia rinvenibile in una comunione, per la quale la configurazione come autonomo soggetto di diritto è, da sempre, esclusa dalla interpretazione assolutamente prevalente.

La previsione normativa suscita, inevitabilmente, forti perplessità che investono non solo le peculiarità della fattispecie e i conseguenti punti di frizione con la disciplina dell'istituto, quanto, a monte, le ragioni che hanno guidato la singolare scelta legislativa.

Probabilmente nel riconoscere la trasformazione da ed in comunione di azienda si è voluto creare uno strumento che garantisca non la continuità dell'impresa ma la conservazione dell'unitarietà del complesso aziendale.

Con una previsione che non ha riscontro in nessun altro ordinamento giuridico straniero, si è andato al di là di ogni più liberale auspicio di ampliamento dell'ambito di operatività della trasformazione.

La scelta legislativa, pur innestandosi in filone normativo teso a valorizzare e ad incentivare il ricorso alla trasformazione, trascende e supera il concetto di *favor* per l'istituto. Non c'è dubbio, infatti, che nella considerazione del legislatore delegato le esigenze di carattere economico abbiano prevalso sul rispetto dei vincoli formali, nell'ipotesi in esame più che in ogni altra, imposti dall'ortodossia giuridica.

Nel caso di delibera di trasformazione di società di capitali in comunione d'azienda l'istituto è stato preordinato alla finalità di mantenere l'unitarietà del complesso aziendale societario, evitando che sia smembrato, in sede di assegnazione ai soci, in beni separati costituenti l'attivo netto patrimoniale.

La sostanza del fenomeno, a fronte di una positiva qualificazione in termini di trasformazione, rievoca una ipotesi di scioglimento della società con attribuzione ai soci in comune del complesso aziendale, eseguito senza passare attraverso la fase di liquidazione delle attività ai fini dell'estinzione delle passività aziendali¹⁴⁸, e senza determinare la conseguente perdita del carattere di unitarietà proprio dell'azienda.

La "trasformazione" in comunione di azienda si traduce, di fatto, nel trasferimento ai soci, per quote ideali indivise, dell'azienda sociale, senza preventiva fase di liquidazione.

¹⁴⁸ Queste ultime, peraltro, rappresentano attività e passività sociali.

Analogamente la trasformazione di comunione di azienda in società di capitali prevista dall'art. 2500 *octies* c.c., risulta, di fatto, difficilmente riconducibile allo schema causale della trasformazione.

Senza dubbio il termine trasformazione è stato utilizzato dalla novella del 2003 in un'accezione molto generica e lata.

Pur nella consapevolezza della esistenza del dato normativo, difficilmente superabile, a meno di voler considerare questa ipotesi fuori sistema, quasi una svista del legislatore frettoloso, non si può negare che la sostanza di tali fattispecie svilisce l'aspetto trasformativo rievocando, al contrario, quello estintivo-costitutivo.

Si è, infatti, a dir poco, lontani da una manifestazione di volontà che abbia la finalità di determinare una modifica di una struttura organizzativa, peraltro inesistente nel caso di trasformazione da comunione di azienda in società di capitali.

L'atto pubblico, necessario per il perfezionamento della fattispecie è, nella sostanza, assimilabile ad un vero e proprio atto costitutivo di una società stipulato dai partecipanti alla comunione di azienda, con conferimento da parte degli originari comunisti, che assumono la veste di soci, delle rispettive quote dell'azienda stessa.

Nel variegato sistema normativo delineato dalla riforma agli artt. 2500 *septies* ed *octies* c.c., quelle in esame si pongono, non solo per le ragioni di natura sostanziale sopra esposte, come il momento di maggiore rottura rispetto agli elementi caratterizzanti l'istituto della trasformazione.

Come si è evidenziato nel primo capitolo del presente lavoro, la trasformazione, almeno quella codicistica, veniva, *ante riforma*, tendenzialmente ricondotta ad un mutamento del tipo sociale senza necessità di procedere alla preventiva liquidazione ed alla successiva costituzione di un altro ente tra le stesse parti e con le stesse risorse."

L'indubbio vantaggio dell'operazione veniva individuato, e presumibilmente deve anche oggi essere ricercato, nell'essere la trasformazione uno strumento giuridico a garanzia della continuità dell'attività sociale che consente di mantenere inalterato il patrimonio aziendale e, conseguentemente, la capacità produttiva e concorrenziale dell'impresa.

Ben avrebbe potuto il riformatore del 2003 abbandonare questa finalità o perseguirla attraverso un meccanismo causale diverso.

La scelta legislativa non è stata, tuttavia, estrinsecata, almeno espressamente, in tal senso.

Come risulta dalla lettera dell'art. 2498 c.c., il c.d. principio di continuità rappresenta il fulcro della trasformazione in tutte le sue diverse applicazioni, rientrando tra le norme di carattere generale applicabili a prescindere di qualunque espresso rinvio.

Come si approfondirà nel terzo capitolo, all'implicita enucleazione del principio non corrisponde una presa di posizione sulla sua reale valenza nelle diverse ipotesi.

Il silenzio serbato dal legislatore sul punto genera il quesito del reale significato del concetto di continuità.

La conservazione dei diritti e degli obblighi e la prosecuzione in tutti i rapporti, sostanziali e processuali anteriori alla trasformazione dovrebbe, a tenore dell'art. 2498 c.c. e della sua collocazione sistematica, costituire una costante di ogni vicenda trasformativa.

La conservazione e la prosecuzione, rispettivamente in diritti, obblighi e rapporti giuridici, rappresentano l'effetto tipico di una decisione imputabile ad un ente originario che si produce in capo al diverso ente risultante dalla trasformazione.

Nelle ipotesi in esame l'effetto "continuità" assume una valenza del tutto peculiare.

Non se ne può, tuttavia, negare l'esistenza, poiché sembra difficile ipotizzare che si tratti di un elemento naturale ma non essenziale, cui avrebbe derogato lo stesso legislatore al fine di perseguire esigenze di carattere economico.

In questa prospettiva si potrebbe parlare più che di *favor* per la trasformazione di fattispecie che rappresentano l'emblema di un *favor* verso l'impresa intesa in senso potenziale.

Si tratta di vicende che, sicuramente, derogano al principio di continuità in senso soggettivo accolto, *ante* riforma dall'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente.¹⁴⁹

Secondo questa corrente di pensiero il principio di continuità impone un'identità contrattuale tra l'ente trasformando e quello risultante dalla trasformazione, pur comportando un mutamento della disciplina organizzativa dello stesso.

L'elemento qualificante la trasformazione, e che giustificava l'applicazione delle regole dell'istituto anche ad ipotesi non espressamente previste, veniva individuato nella circostanza che l'effetto dell'operazione non fosse l'estinzione dell'ente originario né la creazione di un nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici, ma la semplice modifica della originaria struttura organizzativa senza perdita dell'identità soggettiva originaria.¹⁵⁰

Anche il c.d. principio di omogeneità causale quale limite all'ambito di operatività della trasformazione costituiva un corollario del carattere soggettivo del principio di continuità.

¹⁴⁹ In dottrina si veda, per tutti, Simonetto, *Della trasformazione e fusione delle società*, op. cit., 11 e ss.; Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, op. cit., 188 e ss.; Gasperoni, *Trasformazione e fusione di società*, in ENC. Dir., XLIV, Giuffrè, 1992, 1018. In giurisprudenza cfr. Cass. 12 gennaio 1979 n. 254, in Dir. Fall., 1979, II, 214; Cass. 8 marzo 1977 n. 953, in Giur. Comm., 1976, II, 480.

La previsione della trasformazione da e in comunione di azienda supera, altresì, la teoria oggettiva del principio di continuità, poiché la staticità che caratterizza la figura in esame risulta, ontologicamente, incompatibile con l'esercizio dell'attività d'impresa alla cui conservazione sarebbe finalizzata la trasformazione,¹⁵¹ a meno che si voglia ritenere ammissibile la figura della comunione di impresa o configurare la comunione di azienda come strumentale all'esercizio di una società di fatto tra i comunisti.

In quest'ultima prospettiva la trasformazione potrebbe essere considerata come lo strumento attraverso cui passare da una società di fatto a una società di capitali, superando i costi e i tempi per la costituzione ex novo.

Per come configurata dalla dottrina anteriore alla riforma, la continuità in senso oggettivo, elemento qualificante e caratterizzante ogni ipotesi di trasformazione, assumeva il significato di conservazione e permanenza dell'attività d'impresa.

In questa prospettiva si delineava l'ambito di operatività dell'istituto, ricomprendendovi tutte quelle fattispecie che garantivano la conservazione del vincolo di destinazione di un determinato patrimonio per l'esercizio di una determinata attività d'impresa.

L'assenza di soggettività della comunione d'azienda impedisce di ricostruire il nuovo istituto della trasformazione come caratterizzato da un principio di continuità riferito alla permanenza di un centro di imputazione di situazioni giuridiche.

Non sembra possibile neppure individuare l'essenza del principio di continuità alla sola attività d'impresa, a causa dell'inconciliabilità tra comunione d'azienda e attività

¹⁵⁰ Cabras, *Le trasformazioni*, op. cit., 31; Marasà, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, in Riv. Dir. civ., 1994, II, 311 e ss.. In giurisprudenza: Cass., 13 agosto 2004 n. 15737, non annotata; Cass., 3 agosto 1988 n. 4815, *Le società*, 1998, 1138.

¹⁵¹ M. Sarale, op. cit., 259 e ss..

di impresa¹⁵², a meno che lo si voglia considerare, come pure in dottrina è stato considerato, una mera *fictio iuris*, scaturente dal principio di economia degli atti negoziali¹⁵³.

Per quanto concerne l'incompatibilità con la teoria soggettiva, essa discende dalla natura giuridica della comunione di azienda.

Secondo l'opinione assolutamente prevalente,¹⁵⁴ la comunione d'azienda è una situazione di contitolarità statica, con mero scopo di godimento, caratterizzata, quanto all'aspetto soggettivo, dal fatto che le facoltà inerenti alla contitolarità dei beni, come dei pesi e vantaggi ad essa connessi, sono imputabili *pro quota* direttamente ai contitolari.

Da un punto di vista funzionale l'azienda comune viene goduta, per i frutti che essa produce, come un qualsiasi altro bene comune ex art. 820 c.c., senza l'impiego nell'esercizio diretto di attività di impresa da parte dei contitolari della stessa.

L'esercizio di attività economica con l'azienda comune determinerebbe la soggezione alle regole proprie della società poiché, com'è noto, il nostro ordinamento non riconosce la figura della comunione d'impresa.

¹⁵² In tal senso, Pinardi, op. cit., p. 288; Ianniello, *S.r.l. e nuova disciplina delle trasformazioni*, in *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, a cura di Santoro, Giuffrè, 2003.

¹⁵³ Corvesc, *Commento sub artt. 2500 septies- 2500 novies*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Giappichelli, 2003, 394.

¹⁵⁴ Per un resoconto del dibattito si rinvia a Pinardi, op. cit., p. 285, nota 14.

La mancanza della soggettività giuridica crea una incongruenza, difficilmente superabile, sia con la ricostruzione della natura giuridica della trasformazione in chiave soggettiva che in chiave oggettiva.

Sotto quest'ultimo profilo si può evidenziare come l'operazione non sia certo riconducibile al concetto di omogeneità d'impresa, il cui esercizio è incompatibile con il mero scopo di godimento che caratterizza la comunione.

La novità legislativa determina la necessità di risolvere un quesito di carattere sistematico che riguarda l'individuazione del concetto di continuità.

Si tratta di un problema che assume rilevanza centrale non solo da un punto di vista teorico ma anche pratico.

Posto che la comunione non è soggetto di diritto, ci si deve interrogare su quale sia la natura del meccanismo attraverso il quale le situazioni giuridiche di cui all'art. 2498 c.c. si "conservano" in capo alla società di capitali risultante dalla trasformazione.

Analogo interrogativo si pone nell'ipotesi inversa prevista dall'art. 2500 *septies* c.c., dove le situazioni giuridiche facenti capo alla società trasformanda non vengono imputate ad un centro autonomo di rapporti giuridici ma a tutti i comunisti *pro quota*.¹⁵⁵

La soluzione del quesito non sembra discendere, come pure è stato sostenuto tra i primi commentatori¹⁵⁶, dalla qualificazione in termini di novazione, almeno in senso tecnico, delle ipotesi trasformatrici in esame.

Disciplinata tra i modi di estinzione dell'obbligazione, la novazione è un istituto attraverso il quale i soggetti di un rapporto obbligatorio sostituiscono all'obbligazione

¹⁵⁵ Cfr. Marasà, *Le trasformazioni eterogenee*, in Riv. Not., 2003, 596; De Angelis, *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2003, 385.

originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso, determinando l'estinzione della prima.

L'effetto costante della fattispecie, cui la dottrina preferibile e la giurisprudenza¹⁵⁷ riconoscono natura negoziale e, in particolare, contrattuale, è rappresentato dalla sostituzione della fonte rapporto obbligatorio preesistente con una nuova, con oggetto o titolo diverso.

Nella filosofia del legislatore la novazione sembra essere concepita come un fenomeno non utilizzabile con riferimento al rapporto giuridico autonomamente considerato, a prescindere dalla sua fonte, ma inscindibilmente legato alla fonte dell'obbligazione.

L'istituto risulta, pertanto, difficilmente utilizzabile con riferimento a situazioni riconducibili alla categoria dei diritti reali e, in particolare, al diritto di proprietà, sia individuale che collettiva, come la comunione di azienda.

In queste ipotesi, pur volendo ammettere l'astratta configurabilità di una novazione riferita al contratto originario, giustificata da un punto di vista sistematico dalla circostanza che il contratto è, comunque, fonte del rapporto obbligatorio, sarebbe giuridicamente impossibile la novazione della fonte della situazione di contitolarità nel caso in cui questa sia determinata da una successione a causa di morte per mancanza della legittimazione negoziale dei comunisti ad incidere sul fenomeno successorio.

Il termine novazione viene utilizzato dalla dottrina in una accezione lata ed atecnica, sia per ragioni di carattere storico, dovute alla tradizionale contrapposizione tra la tesi novativa e quella modificativa della trasformazione, sia per evocare l'effetto estintivo –

¹⁵⁶Pinardi, op. cit., loco cit.

¹⁵⁷Buccisano, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, p. 127 e s.s.; Magazzù, voce *Novazione*, (dir. civ.), in Enc. Dir.m XXVIII, Milano, 1978, p. 801 e s.s.; Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria generale del negozio*, p. 102 e s.s.; Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1965,

costitutivo prodotto dalla trasformazione di comunione d'azienda in società di capitali e dall'ipotesi inversa.

Analizzando rigorosamente l'effetto di queste vicende trasformative non si può individuare alcuna modifica di una obbligazione né quanto all'oggetto, né quanto al titolo, poiché esso consiste nel passaggio da una situazione di comproprietà ad una società dotata di personalità giuridica; analogamente nell'ipotesi speculare ed inversa la trasformazione determina il passaggio da un soggetto di diritto ad una situazione di comproprietà.

Esclusa la qualificazione della vicenda come novazione oggettiva, non sembra possibile neppure il richiamo alla discussa figura della novazione soggettiva attiva¹⁵⁸.

Anche se si volesse estendere l'ambito di operatività della novazione a tutti i rapporti giuridici, e si considerasse che l'effetto della trasformazione da e in comunione di azienda, determinando un mutamento del soggetto del rapporto originario, fosse astrattamente compatibile con lo schema causale della novazione, non verrebbero comunque confutate le obiezioni della dottrina, da noi ritenuta preferibile, che inquadra la c.d. novazione soggettiva tra i fenomeni successori.

L'effetto traslativo connesso ad ogni fenomeno successorio si porrebbe in contrasto con il principio di continuità che, sia pure in forma peculiare, deve essere considerato presente anche nelle ipotesi trasformative in esame.

Ragionando diversamente si dovrebbe sostenere che l'effetto della novella sia quello di aver creato una fattispecie "ibrida", per la quale la qualifica positiva in termini di

II, p. 246; Perlingieri, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, (artt. 1230-1259), in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 59 e ss.

¹⁵⁸ Il codice del 1942, diversamente dal codice del 1865, non ha disciplinato in maniera unitaria la novazione soggettiva, limitandosi a prevedere, all'art. 1235 c.c.,

trasformazione non escluderebbe, per la peculiarità degli effetti dalla stessa prodotti, di applicare aspetti della disciplina propria della successione nei rapporti giuridici.

In una prospettiva di carattere generale le peculiarità della trasformazione da e in comunione di azienda potrebbero, altresì, giustificare una riqualificazione della stessa natura dell'istituto della trasformazione.

È una trasformazione nella quale l'elemento della continuità è del tutto peculiare e la peculiarità discende dalla natura dell'ente interessato.

Tale affermazione non deve meravigliare perché, come si vedrà più approfonditamente nel terzo capitolo, il principio di continuità, quale elemento caratterizzante l'istituto della trasformazione, per come ridisegnato dalla novella del 2003, assume configurazioni diverse a seconda di ciascuna delle ipotesi regolate.

L'elemento di continuità nella fattispecie in esame è rappresentato, senza dubbio, nella potenzialità all'esercizio dell'attività d'impresa dell'azienda comune, la cui conservazione viene garantita attraverso l'istituto della trasformazione per ragioni di carattere economico più che giuridico.

Come evidenziato dai primi commentatori¹⁵⁹ la previsione della comunione di azienda tra gli enti di arrivo e di partenza della trasformazione si innesta in un processo di evoluzione dottrinale che, già da tempo risalente, aveva individuato nell'impresa il valore da tutelare.

Il legislatore ha recepito questa impostazione, per alcuni versi superandola, al fine di garantire al massimo le esigenze di carattere economico sottese ad una operazione di trasformazione.

¹⁵⁹ Maltoni e Tradii, *La trasformazione eterogenea da società di capitali in comunione di azienda e viceversa*, in *Notariato*, 2004, 151.

Le specifiche ipotesi trasformative in esame rappresentano l'emblema di una scelta di politica legislativa tesa a concepire un istituto che sia in grado di promuovere, sia pure indirettamente, l'attività d'impresa, tutelando l'azienda, che della prima costituisce lo stadio embrionale e potenziale.

Se, si negasse l'esistenza di ogni profilo di continuità nella trasformazione da e in comunione di azienda si finirebbe per negare la ricorrenza di una fattispecie trasformativa, considerando l'operazione posta in essere dai privati come una fattispecie estintivo – costitutiva qualificabile come liquidazione o conferimento.

La continuità fra le situazioni pregresse e situazioni successive ad una manifestazione di volontà costituisce la linea di confine tra la trasformazione e diverse fattispecie traslative.

In questa prospettiva sembra legittimo individuare la continuità dell'operazione nell'azienda, intesa come complesso di beni funzionalmente destinati all'esercizio di attività d'impresa.

Sarebbe questo l'elemento che consentirebbe di giustificare l'applicazione alle ipotesi in esame della disciplina della trasformazione, rigettando sia l'idea della fattispecie *extra vagantes* sia della esclusione di tale ipotesi trasformativa.¹⁶⁰

Il fondamento specifico della trasformazione da e in comunione di azienda può a parere di chi scrive essere individuato nell'esigenza di evitare la disgregazione del complesso aziendale.

Si tratta di una finalità perfettamente in linea con il fondamento generico della trasformazione risultante dalla nuova regolamentazione dell'istituto.

¹⁶⁰ In tal senso Pavone La Rosa, *Comunione di azienda e società di capitali: ammissibilità di una trasformazione?*, Giur. Comm., n.2, 2004, I, 147 e ss.

Come si vedrà più approfonditamente nel terzo capitolo, l'esigenza principale e costante perseguita con la trasformazione è rappresentata dalla preservazione dei patrimoni, sia pure attraverso meccanismi che siano in grado di tutelare sufficientemente gli interessi dei soggetti coinvolti nell'operazione.

Questa esigenza potrà tanto accompagnarsi alla continuità soggettiva o alla continuità dell'attività di impresa, quanto esistere autonomamente con riferimento ad entità patrimoniali che siano astrattamente idonee ad essere impiegate nell'esercizio di attività imprenditoriale.

PARAGRAFO IV

SEGUE: I COROLLARI APPLICATIVI

Riconosciuta la possibilità di qualificare la trasformazione di comunione di azienda in società di capitali, analogamente all'ipotesi inversa, in quanto fattispecie riconducibili allo schema causale della trasformazione, non si può, comunque negare che nelle stesse permanga un aspetto di discontinuità sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo.

La discontinuità di tali elementi della fattispecie, comunque caratterizzata da un elemento di continuità, individuato nell'azienda e nella sua potenzialità a divenire impresa, deve essere considerata compatibile con la trasformazione che in queste specifiche ipotesi svolgerebbe una funzione particolare.

La trasformazione nell'ottica del legislatore della riforma potrebbe svolgere nell'ipotesi in esame una funzione diversa, non meramente conservativa ma anche estintiva, ponendosi come strumento non più antitetico ma alternativo alla liquidazione.¹⁶¹

¹⁶¹ In tal senso: Maltoni, op. cit., p. 298 e ss.

In questa prospettiva diventa necessario stabilire quali siano i presupposti per poter qualificare come trasformazione una fattispecie che abbia come punto di arrivo o di partenza una comunione di azienda, non solo ai fini di una astratta qualificazione, ma per l'individuazione della disciplina applicabile.

Il presupposto per la trasformabilità deve essere individuato nel caso di trasformazione da comunione di azienda in società nell'assenza di esercizio di attività di impresa da parte dei comproprietari, stante l'inammissibilità della figura della comunione di impresa.

L'esercizio comune di attività imprenditoriale da parte dei comproprietari dell'azienda determinerebbe l'automatica soggezione dell'impresa comune alle regole delle società, a seconda della natura dell'attività esercitata.

Nell'ipotesi inversa di trasformazione da società di capitali in comunione di azienda il presupposto della fattispecie è da individuare nella cessazione dell'attività di impresa, che, tuttavia, non deve necessariamente precedere la deliberazione, essendo sufficiente, ai fini della legittimità e della qualificazione della stessa, che risulti in modo espresso la volontà dei soci di cessazione dell'attività.

Il riconoscimento della natura trasformativa determina l'inapplicabilità della disciplina della circolazione dell'azienda, poiché gli interessi dei creditori saranno assicurati dal meccanismo dell'opposizione e dalla responsabilità per le obbligazioni pregresse.

Nel caso di trasformazione da società di capitali in comunione di azienda, nonostante il legislatore non lo richieda, sembra possibile ipotizzare la necessità del consenso unanime perché strumentale all'attuazione del meccanismo della trascrizione del diritto sull'azienda in capo ai soci.

PARAGRAFO V

A) LA TRASFORMAZIONE DA E IN ASSOCIAZIONI E FONDAZIONI.

Nell'ampiezza della previsione normativa risultano incluse , tra gli enti di arrivo e di partenza dell'operazione sia le associazioni che le fondazioni.

L'espressa previsione legislativa della trasformazione degli enti del Libro I del Codice Civile, rappresenta, senza dubbio, non solo il superamento positivo del principio di omogeneità causale, quanto, a monte, la presa d'atto da parte del legislatore che la capacità all'esercizio di attività d'impresa degli enti stessi, da tempo riconosciuta anche a livello giurisprudenziale, necessita di meccanismi negoziali che ne consentano l'esercizio attraverso nuove forme organizzative, diverse da quelle originariamente prescelte.

Le figure prese in considerazione dagli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c. non sono coincidenti.

Se è possibile constatare una simmetria nella previsione normativa della trasformazione da e in fondazione, altrettanto non può dirsi con riferimento alle associazioni.

Le figure interessate nella vicenda trasformativa sono diverse poiché è prevista la trasformazione di società di capitali solo in associazioni non riconosciute mentre la vicenda inversa regolata dall'art. 2500 *octies* vede come ente di partenza solo le associazioni riconosciute.

Quale la ratio della scelta legislativa?

Forti le perplessità generate dalla nuova disposizione poiché risulta evidente che il legislatore, nell'affrontare e risolvere il tema dell'estensione dell'area di operatività della trasformazione ha optato per una soluzione a dir poco incoerente, almeno dal punto di vista dei soggetti coinvolti nell'operazione, con le posizioni assunte dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dal legislatore speciale ante riforma.

Il dibattito sull'ambito di operatività dell'istituto, infatti, era stato fortemente condizionato dalla legislazione speciale e da alcune decisioni della giurisprudenza che, sia pure gradualmente, avevano riconosciuto la trasformazione in società di capitali delle associazioni non riconosciute.

Momento centrale nel progressivo superamento del principio di omogeneità causale fu rappresentato proprio dal riconoscimento positivo della trasformazione delle associazioni sportive, le quali, com'è noto, rientrano nella categoria delle associazioni non riconosciute.¹⁶²

La soluzione del quesito generato dal silenzio del legislatore sul punto non risulta agevole.

Da un lato il dato letterale sembrerebbe escluderne l'ammissibilità, in una prospettiva interpretativa improntata alla tassatività delle fattispecie trasformative e, soprattutto, al confronto tra l'elencazione dell'art. 2500 septies e 2500 octies c.c..¹⁶³

la novazione soggettiva passiva, rinviando, in tale ipotesi alla disciplina della delegazione, espromissione ed accollo. Fin dall'entrata in vigore del nuovo codice si è dibattuto vivacemente da un lato sulla possibilità di configurare la novazione soggettiva come un istituto unitario e, dall'altro, sull'opportunità di ricondurre la fattispecie nell'ambito dei fenomeni di successione nel debito e nel credito. Per un resoconto del dibattito si rinvia a C. Nobili, *Le obbligazioni. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2001, p. 133-136.

¹⁶² Per ulteriori riferimenti si rinvia a Volpe Potzolu, *Le società sportive*, in Colombo e Portale (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, VIII, Torino, 1992, 301 s.s. Per la giurisprudenza rilevante fu, senza dubbio, la decisione sul caso Sampdoria, Cass., 7 marzo 1977 n. 925, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 610; in *Foro it.*, 1977, I, 1441.

¹⁶³ In tal senso Sarale, op. cit., p. 2292.

In senso opposto si potrebbe ipotizzare, come pure in dottrina non si è mancato di evidenziare, che il diverso trattamento per le associazioni riconosciute e quelle non riconosciute sia del tutto ingiustificato¹⁶⁴, e, forse, il frutto di un difetto di coordinamento tra le due norme.

La scelta dell'esclusione, pienamente condivisa, sostenuta da autorevole dottrina, si fonda sulla rilevanza centrale attribuita all'elemento patrimoniale dell'ente interessato, ed evidenzia come solo le associazioni riconosciute offrirebbero la garanzia di un'accertata consistenza patrimoniale¹⁶⁵.

In questa prospettiva il cambiamento della struttura organizzativa potrebbe, comunque, essere realizzato, sia pure attraverso un procedimento più articolato e costoso. Si dovrebbe, infatti, procedere, preliminarmente, a richiedere ed ottenere il riconoscimento e, successivamente deliberare la trasformazione.

La soluzione, per quanto autorevolmente sostenuta, non sembra, tuttavia, coerente con il principio di economia degli atti giuridici, pacificamente considerato immanente all'istituto della trasformazione.

Risulterebbe, inoltre, giuridicamente inattuabile se si aderisse alla tesi di chi considera l'associazione non riconosciuta come una figura diversa sotto il profilo della natura giuridica dall'associazione riconosciuta¹⁶⁶, con l'ulteriore conseguenza di subordinare

¹⁶⁴ Corvese, op. cit., sub art. 2500, p. 400; De Angelis, *La trasformazione nella riforma delle società*, in società, 2003, 383.

¹⁶⁵ Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, 2003, 491.

¹⁶⁶ La distinzione tra associazioni non riconosciute e associazioni riconosciute è ancora discussa in dottrina. Frequentemente si è sostenuto che tra le figure non esisterebbero differenze attinenti alla struttura del fenomeno associativo e che, pertanto, le prime, al fine di acquistare la personalità giuridica dovrebbero limitarsi a chiedere il riconoscimento. (Per tutti si rinvia a Galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 221 e s.s.; Rubino, *Le associazioni non riconosciute*, cit., p. 27). Altra parte della dottrina, preferibile, ha sostenuto che le due figure, pur appartenendo ad un medesimo *genus*, sono due tipi contrattuali diversi. Secondo questa impostazione non vi sarebbe un'unica generica causa associativa ma una specifica causa del contratto associativo caratterizzato anche quanto alla forma. L'associazione non riconosciuta viene qualificata come una fattispecie completa, diversamente da quella in attesa di riconoscimento che deve essere qualificata come una fattispecie incompleta.

l'operatività della norma alla non sempre agevole interpretazione della reale volontà degli associati.

Non convince neppure l'obiezione della garanzia della consistenza patrimoniale, sia perché la stessa norma contempla ipotesi di trasformazione relative a strutture organizzative nelle quali analoghe garanzie non sono istituzionalmente individuabili, sia perché la mancanza potrebbe essere sopperita con strumenti diversi.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, la l'obbligo di una perizia giurata di stima potrebbe rappresentare, come pure è stata considerata dalla giurisprudenza ante riforma con riferimento al consorzio,¹⁶⁷ strumento idoneo ad assolvere alla predetta funzione.

A prescindere dallo strumento giuridico astrattamente utilizzabile, non sembra possibile individuare la linea di confine tra le diverse ipotesi di trasformazione nella circostanza che l'ente di arrivo della fattispecie non si caratterizzi per l'istituzionale presenza di tale strumento giuridico.

Anche nella comunione di azienda la certezza del valore del complesso aziendale non è garantita in assoluto poiché, pur dovendo il valore risultare dalle scritture contabili, potrebbe del tutto essere insufficiente.

Probabilmente la ragione della mancata previsione, più come un divieto andrebbe vista come effetto dell'impossibilità di conciliare l'applicazione delle norme sulla trasformazione, fortemente caratterizzate dal ruolo svolto dal meccanismo

La differenza causale escluderebbe l'applicazione della conversione. (Auricchio, Associazioni, in Enc. Dir., vol III, Milano, 1958, p. 877; Capozzi, Le associazioni in attesa di riconoscimento, in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 1970, p. 467 e ss.)

¹⁶⁷ App. Roma, 21 luglio 1999, in Giur., It., 2000, 118.

pubblicitario, con la totale mancanza dello stesso, propria delle associazioni non riconosciute¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Sarale, op. cit., p.2292 nota 11; Marasà, *Le trasformazioni eterogenee*, op. cit., 595. L'autore evidenzia che, pur ammettendo la legittimità dell'operazione, sorgerebbe il problema della disciplina applicabile, difficilmente risolvibile con il ricorso all'analogia.

PARAGRAFO V

B) LA DISCIPLINA APPLICABILE ALLA TRASFORMAZIONE IN ASSOCIAZIONE NON RICONOSCIUTA.

Quanto alla disciplina applicabile alla trasformazione di società di capitali in associazione non riconosciuta, non sussistono dubbi per l'estensione alla fattispecie delle c.d. norme generali sulla trasformazione, contenute negli artt. 2498- 2500 novies c.c..

Si potrebbe discutere sull'applicabilità all'ipotesi in esame del disposto dell'art. 2500 *sexies* c.c., cui rinvia l'art. 2500 *septies*.

Sembra condivisibile la tesi di chi¹⁶⁹ esclude tale estensione, partendo dal presupposto che il consenso individuale del socio sia richiesto esclusivamente nelle ipotesi in cui la posizione da questi assunta nell'ente risultante dalla trasformazione sia istituzionalmente collegata alla responsabilità per tutte le obbligazioni imputabili all'ente stesso ed invocabili direttamente dai creditori.

Nel caso delle associazioni, gli elementi che giustificano il consenso non sussistono poiché l'associato non è responsabile illimitatamente in quanto tale. L'art. 38 c.c. configura la responsabilità dell'associato come meramente eventuale, ricollegandola all'effettivo compimento di un'attività di spendita del nome dell'associazione e limitandola alle sole obbligazioni sorte per effetto dell'attività stessa.

Particolare rilievo assume, altresì, l'applicazione dell'art. 2500 *sexies* nella parte in cui riconosce ai soci della società trasformanda una partecipazione proporzionale al valore della quota o delle azioni, per l'impatto che produce sul principio di continuità.

¹⁶⁹ Maltoni, op. cit., p. 312.

L'applicazione della regola al fenomeno associativo risulta fortemente influenzata da un giudizio di compatibilità con le caratteristiche impresse dai privati alla struttura organizzativa.

In questa ipotesi, più che in ogni altra, l'autonomia privata svolgerà un ruolo centrale nel modellare la struttura dell'associazione alle più varie finalità che con la stessa si possono perseguire, stante il riconoscimento, a livello dottrinale e giurisprudenziale, della compatibilità tra lo scopo ideale e lo svolgimento di attività economica.

Com'è noto nella categoria della associazione non riconosciuta vengono ricondotti sia fenomeni associativi molto diversi tra loro quanto alle finalità perseguite, sia enti che perseguono finalità esclusivamente ideali.

Per questi ultimi non sembra possibile sostenere l'applicazione della regola della continuità nella misura della partecipazione, neppure nei limiti della compatibilità, poiché si ritiene che la stessa vada riferita alla partecipazione al patrimonio associativo e non al momento organizzativo dell'ente.

Diversa la soluzione del quesito nelle molteplici e diverse configurazioni che il fenomeno associativo può assumere per il perseguimento di finalità di natura egoistica a favore degli associati.

La concreta rilevanza della regola della proporzionalità emergerà, infatti, solo quando i soci abbiano prospettato che l'oggetto dell'associazione sia astrattamente suscettibile di una fruizione differenziata dal punto di vista quantitativo.

La diversa opzione dovrà essere giustificata nella relazione degli amministratori che, in questa più che in ogni altra fattispecie, diventerà un momento centrale dell'operazione.

PARAGRAFO V

B) LA TRASFORMAZIONE DI ASSOCIAZIONE RICONOSCIUTA IN SOCIETÀ DI CAPITALI.

L'art. 2500 *octies* c.c. prevede espressamente che le associazioni riconosciute possano trasformarsi in società di capitali, escludendo, implicitamente dal novero degli enti di partenza della vicenda trasformativa le associazioni non riconosciute.

La limitazione legislativa sembra del tutto incoerente sia con la storia dell'istituto che con le ragioni che i primi commentatori hanno posto alla base della nuova disciplina.

Probabilmente anche in tale ipotesi la ragione del silenzio non potrebbe essere individuata nella volontà di limitare l'operatività dell'istituto a schemi negoziali dotati di un sistema pubblicitario sufficiente a consentire l'applicazione della disciplina dell'istituto. Come evidenziato nel paragrafo precedente, sono, infatti, previste ipotesi di trasformazione che coinvolgono la comunione di azienda che non conosce tali meccanismi.

Non sembra condivisibile la tesi di chi¹⁷⁰ individua la *ratio* dell'istituto nel *favor* del legislatore della riforma verso l'associazione riconosciuta poiché, diversamente, non si spiegherebbe la previsione della trasformazione da società di capitali in associazione non riconosciuta.

La portata della norma è senza dubbio difficilmente individuabile poiché, se da un lato essa rappresenta il riconoscimento della discussa ipotesi trasformativa, dall'altro potrebbe costituire una limitazione dell'ambito di operatività della trasformazione per come delineato dal legislatore speciale e dalla giurisprudenza.

¹⁷⁰ Maltoni, op. cit., 315.

Il problema si pone sia per la trasformazione delle associazioni non riconosciute in cooperative che per la trasformazione delle associazioni sportive in società di capitali.

Quanto alla trasformazione in cooperative la soluzione potrebbe non essere in linea con i più recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza. E' noto, infatti, che sia pure dopo un lungo periodo di incertezze interpretative, anche dalla giurisprudenza, aveva sostenuto l'ammissibilità della fattispecie.

Da un lato la mancata previsione della fattispecie indurrebbe ad escluderne l'ammissibilità poiché il silenzio del legislatore potrebbe essere considerato espressione di un divieto implicito che verrebbe indirettamente eluso con l'operazione in esame.

Dall'altro, la testuale previsione di un'ipotesi trasformativa non implica necessariamente l'esclusione delle altre, tanto più che le norme sulla trasformazione eterogenea hanno eliminato il limite della barriera causale che da sempre era stato considerato di ostacolo alla operazione.

Per quanto concerne l'effetto della nuova disciplina sulla ipotesi trasformativa regolata dalla legge 91/1981 e dall'art. 90 della legge 27 dicembre 2002 n. 289, come modificato dalla legge 21 maggio 2004 n. 128, sembra legittimo ritenere che, in mancanza di una espressa abrogazione, sia ancora possibile la trasformazione in società di capitali anche delle associazioni sportive non riconosciute.

Questa conclusione discende dalla natura speciale della disciplina in esame e dall'ulteriore circostanza che la genericità del termine associazione da essa utilizzato è stato da sempre considerato idonea a legittimare anche la trasformazione delle associazioni non riconosciute.

La trasformazione eterogenea di associazioni riconosciute in società di capitali si caratterizza, altresì, per il particolare rilievo assunto dai limiti alla operazione.

Lo stesso legislatore, nel dettare la disciplina specifica di tale vicenda trasformativa, sembra aver voluto, per molti versi, ridimensionare l'ambito di esplicazione dell'autonomia privata.

I limiti alla trasformazione di un'associazione riconosciuta possono derivare da un'espressa disposizione statutaria con la quale gli associati hanno, a priori rinunciato alla possibilità di optare per l'adozione di una diversa struttura organizzativa.

Il fondamento del limite risiede in una scelta degli associati, presumibilmente riconducibile all'intento di valorizzare il perseguimento dello scopo ideale. La fonte privata del divieto induce a ritenerlo eliminabile, sia pure con il consenso di tutti gli associati.¹⁷¹

Ulteriori limiti alla trasformazione delle associazioni possono essere imposti dalla legge in ragione del particolare scopo associativo.

La trasformazione è, inoltre, sottoposta a limiti legali di carattere generale previsti dall'art. 2500 *octies* e dall'art. 223 *octies* disp. Att. C.c.

Quanto al procedimento di trasformazione si deve evidenziare che anche questo aspetto della fattispecie è caratterizzato dalla presenza di diversi livelli di disciplina che, peraltro, può essere considerata una costante di tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea.

Il procedimento sarà regolato dalle norme generali sulla trasformazione, da quelle comuni a tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea e dalle norme dettate per la fattispecie di riferimento.

L'aspetto strettamente procedimentale della fattispecie è regolato dall'art. 2500 *octies* c.c. nonché dall'art. 2500 c.c.

¹⁷¹ Maltoni, op. cit., 319.

La deliberazione deve essere assunta con le maggioranze richieste dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato che, per il rinvio operato all'art. 21 ultimo comma c.c., è rappresentata dai tre quarti degli associati.¹⁷²

L'applicazione della disciplina generale determina l'estensione a questa fattispecie dell'art. 2500 c.c. I comma, con la conseguenza che la deliberazione dovrà essere verbalizzata da un notaio.

Particolare rilievo assume, altresì, il sistema di pubblicità cui è soggetta la deliberazione.

La pubblicità dovrà essere attuata su un doppio binario poiché, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2500 c.c., l'atto di trasformazione è soggetto alle forme di pubblicità previste per il tipo adottato, nonché a quelle richieste per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione.

Il verbale di trasformazione dell'associazione dovrà, nei termini di cui all'art. 2330 c.c., essere depositato nel registro delle imprese e, per attuare il doppio sistema di pubblicità, si dovrà procedere alla iscrizione della medesima delibera nel Registro delle Persone Giuridiche, secondo il disposto dell'art. 4 2° comma D.P.R. 16-02-2000, n. 361

PARAGRAFO V

C) LA TRASFORMAZIONE DI SOCIETÀ' DI CAPITALI IN FONDAZIONI.

Il riconoscimento legislativo della trasformazione di una società di capitali in fondazione, ancor più dell'ipotesi inversa, si pone come uno dei momenti di maggiore novità e apertura della novella, per il superamento degli indubbi problemi di carattere sistematico discendenti dalla natura degli enti interessati.

Se, infatti, la trasformazione delle fondazioni in società, e, in particolare, di capitali, era stata auspicata prima della riforma, la letteratura ufficiale si era occupata raramente della ipotesi in esame.

Le operazioni previste dagli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* cc. rappresentano, senza dubbio, più che il momento di arrivo della tesi dell'estensione dell'ambito di operatività della trasformazione a prescindere dalla modifica dello scopo originariamente perseguito dall'ente di partenza, la presa d'atto da parte del nostro legislatore della profonda evoluzione dell'istituto della fondazione.¹⁷³

Fin dall'entrata in vigore del codice civile del 1942, ed in maniera più accentuata nell'ultimo trentennio, è stata fortemente discussa la compatibilità con lo scopo ideale proprio della fondazione di attività di natura egoistica e, in particolare dell'esercizio di attività di impresa.

Nonostante l'art. 14 c.c. preveda espressamente solo la fondazione erogatrice, che destina le proprie rendite esclusivamente al perseguimento delle proprie finalità, la

¹⁷² Per il carattere inderogabile della norma si rinvia a Maltoni, op. cit., p. 322, testo e nota 20.

¹⁷³ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie.*, Napoli, 1995, p.p. 2-3.

dottrina prevalente da tempo riconosce che la fondazione, come l'associazione, possa esercitare attività d'impresa.¹⁷⁴

Si riconosce, infatti, che l'esercizio di attività d'impresa da parte della fondazione possa porsi tanto in rapporto indiretto con gli scopi dell'ente, quanto in rapporto immediato e diretto con gli scopi istituzionali, con conseguente applicazione del c.d. *statuto generale dell'imprenditore* a prescindere dalla coerenza delle attività esercitate con le finalità dell'ente.¹⁷⁵

L'istituto della trasformazione era, inoltre, già previsto, nell'originaria formulazione del codice del 1942 dall'art. 28 c.c.

La norma riconosceva, e riconosce, che l'autorità governativa possa disporre, a determinate condizioni, la trasformazione che è configurata, tuttavia, come una modifica dello scopo originario in un altro di natura comunque ideale.

Questa circostanza impediva di far discendere dall'art. 28 c.c. la legittimità della trasformazione di fondazione in società, stante il diverso scopo che causalmente caratterizza i due enti associativi.

L'operazione si considerava preclusa anche nel caso in cui la fondazione, oltre allo scopo ideale originario (scopo già conseguito, il cui conseguimento fosse divenuto impossibile o di scarsa utilità, o nel caso di insufficienza del patrimonio allo stesso destinato), avesse svolto, in via accessoria e strumentale, o, secondo alcuni, anche principale, un'attività di natura imprenditoriale¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Barba, *La normatività della fondazione*, in Riv. Dir. civ., 1995, II, p. 417 e ss.

¹⁷⁵ In senso contrario la giurisprudenza, Trib. Milano, 22 gennaio 1998, in N. Giur. Civ. Comm., 1999, p. 235 e ss.. Secondo il ragionamento del Tribunale l'esercizio dell'attività d'impresa da parte di una fondazione sarebbe legittimato solo dalla attinenza dell'attività agli scopi dell'ente, determinandosi, in caso contrario, una strumentalizzazione dello schema della fondazione (c.d. abuso della personalità giuridica).

¹⁷⁶ De Angelis, *La trasformazione delle società*, op. cit., p. 5 e ss.. La negazione della operazione discendeva dalla natura giuridica della trasformazione, considerata, *ante riforma*, come una modifica dell'atto costitutivo.

Il legislatore del 2003, nel prevedere le fondazioni come enti di arrivo e di partenza della trasformazione, senza dubbio, ha operato una scelta giustificata dall'intenzione di superare gli ostacoli di carattere sistematico individuati dalla dottrina tradizionale e recepiti a livello giurisprudenziale.

Il superamento degli ostacoli di carattere sistematico, derivanti dalla diversità causale, non è, tuttavia, l'unica finalità delle fattispecie in esame, la cui previsione è stata, sicuramente, influenzata dall'esigenza di favorire la realizzazione di interessi imprenditoriali, a prescindere dalla struttura organizzativa originariamente utilizzata per l'esercizio dell'attività d'impresa.

Nell'ottica del legislatore della riforma la trasformazione da e in fondazione diventa lo strumento giuridico preordinato al perseguimento, con una diversa struttura organizzativa, di uno scopo diverso da quello originario.

La discontinuità dell'elemento causale tra la fattispecie di arrivo e quella di partenza, implicito nel passaggio dalla forma societaria alla fondazione e viceversa, non esclude che, in concreto, la trasformazione determini la continuità dell'attività d'impresa.

L'impiego dell'istituto, infatti, potrebbe, presumibilmente, non essere limitato dai privati all'ipotesi astratta del mero cambiamento dello scopo che, peraltro, sembra difficilmente ipotizzabile almeno nell'ipotesi di trasformazione di società di capitali in fondazione.¹⁷⁷

Ammissa la legittimità dell'esercizio di attività d'impresa da parte della fondazione; l'operazione potrebbe, infatti, essere funzionale non alla cessazione dell'attività d'impresa, effetto che sembrerebbe automatico all'adozione di una struttura

¹⁷⁷ In tal senso M. Maltoni, *op. cit.*, p. 330.

organizzativa causalmente caratterizzata per il perseguimento dello scopo ideale, ma alla conservazione dell'attività, o di settori di attività, ed alla sua evoluzione.

Il riconoscimento di questo effetto conservativo non determina il superamento dei principi elaborati da dottrina e giurisprudenza in tema di distinzione tra scopo lucrativo e scopo ideale, con la conseguenza che il lucro dovrà essere eterodestinato.

La possibilità di modificare lo scopo ideale in quello lucrativo non significa, certo, superamento della distinzione concettuale esistente tra le diverse cause degli enti coinvolti nella trasformazione.

Sembra opportuno evidenziare, inoltre, che l'esercizio di attività di impresa da parte della fondazione che intende trasformarsi in società di capitali potrebbe generare problemi di riqualificazione della fattispecie.

Com'è noto, secondo un orientamento giurisprudenziale, l'attività d'impresa non dovrebbe essere imputata alla fondazione come soggetto di diritto, ma ad una associazione non riconosciuta formata dai soggetti che effettivamente hanno agito, sia pure per conto della fondazione. Se si seguisse questa impostazione, peraltro elaborata per risolvere gli indubbi problemi applicativi della disciplina del fallimento e, conseguentemente condizionata dalla preoccupazione di tutelare i creditori nel momento patologico del rapporto, la qualificazione come trasformazione di fondazione potrebbe non corrispondere alla sostanza della fattispecie.

L'operazione potrebbe non giustificare da un punto di vista causale la trasformazione di due enti di natura diversa e per i quali il legislatore prevede profili di disciplina diversi e per molti aspetti non assimilabili quanto alla finalità perseguita.

Non sembra, tuttavia che sia ipotizzabile una doppia vicenda trasformativa che coinvolga sia la fondazione che l'associazione non riconosciuta attraverso la quale l'attività d'impresa viene concretamente svolta.

Pur volendo ammettere l'esistenza dell'impresa fiancheggiatrice, che, peraltro potrebbe essere revocata in dubbio da un punto di vista sistematico, o esclusa dalle concrete modalità di esercizio dell'attività, la sostanza del fenomeno induce ad escludere una doppia vicenda trasformativa.

L'attività d'impresa è attività della fondazione, svolta per il perseguimento delle finalità istituzionali della stessa, e tra i due momenti esiste un collegamento che non è meramente occasionale ma giuridico e riconducibile alla causa dell'istituto.

Questa affermazione, che non incontra ostacoli alla luce delle più recenti teorie sulla reale valenza dello scopo della fondazione, induce ad escludere, altresì, una possibile opera di estensione delle norme particolari delle due fattispecie trasformative.

Il procedimento di trasformazione sarà regolato esclusivamente dalle regole della trasformazione eterogenea della fondazione, poiché l'attività d'impresa eventualmente svolta dall'ente trasformando rileverà solo come aspetto la cui continuità è garantita dall'operazione.

PARAGRAFO V

D) CENNI SUL PROCEDIMENTO DI TRASFORMAZIONE DA E IN FONDAZIONE.

Le forti peculiarità degli enti coinvolti nelle ipotesi in esame giustifica la particolare disciplina dettata per il procedimento di trasformazione.

Ferma stando l'applicazione delle c.d. norme generali sulla trasformazione e di quelle applicabili ad ogni ipotesi di trasformazione eterogenea, sia la trasformazione da fondazione in società di capitali che l'ipotesi inversa, saranno regolate da un'apposita disciplina.

Quest'ultima è caratterizzata dalla presenza nell'*iter* formativo della fattispecie di una fase sicuramente non riconducibile alla categoria negoziale.

Nel caso di trasformazione di società di capitali in fondazione¹⁷⁸ la delibera della società trasformanda non è sufficiente a creare la fondazione come autonomo soggetto di diritto.

Il legislatore, infatti, ricollega alla delibera solo " gli effetti che il capo II del titolo II del Libro Primo ricollega all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore".

Accanto alla fase negoziale, comunque indispensabile, si affianca una fase di natura amministrativa la cui presenza induce a considerare la fattispecie complessa e a formazione progressiva.

Una volta assunta la deliberazione, infatti, sarà necessario procedere, altresì, al riconoscimento ed all'iscrizione presso il registro delle persone giuridiche, in

conformità a quanto disposto dall'art. 1 del D.P.R. 361 / 2000, al fine dell'acquisto della personalità giuridica.

Numerosi i quesiti che discendono dalla particolarità del procedimento trasformativo e, in particolare, dalle interferenze che la disciplina del riconoscimento produce su quella della trasformazione.

Riconoscimento ed iscrizione nel registro delle persone giuridiche sono condizioni necessarie e sufficienti per il perfezionamento della fattispecie?

Si assiste nel caso di trasformazione di società in fondazione ad una deroga del disposto dell'art. 2500 ultimo comma e del 2500 *novies*?

Sembra preferibile sostenere che anche in tali ipotesi sia necessario al fine del perfezionamento della trasformazione che si dia attuazione alla pubblicità richiesta per la cancellazione della società nel Registro delle Imprese e che decorra, altresì, il termine per l'opposizione dei creditori.

Maggiori problematiche solleva il procedimento di trasformazione di fondazione in società di capitali.

I quesiti riguardano i soggetti legittimati alla presentazione della proposta, il suo contenuto e la forma.

¹⁷⁸ La deliberazione deve essere assunta con il voto favorevole dei soci che rappresentano i due terzi del capitale sociale, senza che vi sia mai la necessità di ottenere il consenso individuale di nessun socio

PARAGRAFO VI

LA TRASFORMAZIONE DELLE SOCIETA' COOPERATIVE E DELLE MUTUE ASSICURATRICI.

A) LA TRASFORMAZIONE DELLE SOCIETA' COOPERATIVE.

L'espressa previsione della trasformazione delle società cooperative si pone, nel nuovo quadro normativo delineato dalla riforma del 2003, come un momento di fondamentale importanza e, forse, quello più significativo, investendo i profili sistematici dell'istituto.

Come evidenziato nel primo capitolo del presente lavoro, la tesi prevalente, soprattutto in dottrina, era orientata *ante* riforma, a rinvenire l'ostacolo di tale ipotesi trasformativa nella diversità causale tra i due tipi societari coinvolti nella fattispecie.

Questa tesi trovava fondamento nel divieto, introdotto dall'art. 14 L. 127/71, di trasformazione delle società cooperative in società lucrative.

Il silenzio serbato dal legislatore speciale, conformemente al codice civile del 1942, sulla ipotesi inversa veniva superato dalla dottrina e alla giurisprudenza¹⁷⁹ più recente, orientata ad ammettere che le società ordinarie potessero trasformarsi in cooperative.

Le posizioni erano oscillanti quanto alle maggioranze necessarie per l'adozione della delibera ed il dibattito riguardava la necessità o meno dell'unanimità.

poiché lo schema organizzativo di arrivo non coinvolge la responsabilità di alcuno dei fondatori.

¹⁷⁹ Cass. 4 gennaio 1995, n. 118, in Riv. Dir. Comm., 1995, II, 415; Trib. Udine 14 gennaio 1988, in Dir. Fall., 1989, II, 932; Trib. Verona, 11 giugno 1985, in Banca e Borsa, 1987, II, 503; App. Triest, 6 novembre 1978, in Giur. Comm., 1981, II, 690.

La novella del 2003 sembra abbia recepito in pieno la tesi dell'orientamento più recente, ammettendo espressamente, da un lato la trasformazione delle società di capitali in società cooperative, dall'altro la trasformazione delle cooperative¹⁸⁰, sia pure diverse da quelle a mutualità prevalente¹⁸¹.

Il superamento delle esigenze che avevano da sempre giustificato il disfavore, espresso e non, del nostro ordinamento verso la trasformazione delle cooperative non è, tuttavia totale, come dimostrato dall'asimmetria delle fattispecie regolate.

L'art. 2500 *septies* c.c. riconosce la possibilità alle società per azioni, a responsabilità limitata e in accomandita per azioni, di trasformarsi in società cooperative, senza, peraltro, operare alcuna testuale distinzione quanto alla prevalenza o meno della mutualità.

Diversamente l'art. 2500 *octies* c.c. non prevede le società cooperative tra gli enti di partenza della trasformazione in società di capitali, anche se il silenzio è giustificato dalla regolamentazione dell'istituto, "*sedes materiae*", agli artt. 2545 *decies* e *undecies*.

La nuova disciplina della trasformazione delle società cooperative non è, infatti, contenuta esclusivamente nel corpo normativo recante la regolamentazione della

¹⁸⁰ La nuova disciplina della trasformazione delle cooperative costituisce, per alcuni versi, espressione di un eccesso di delega, posta l'evidente asimmetria esistente con il disposto dell'art. 5 comma II lettera f) della legge delega (L. n.366 del 2001). La predetta disposizione, nel fissare i limiti del legislatore delegato, limitava l'applicabilità dell'istituto alle sole cooperative a mutualità non prevalente, individuando come fattispecie disciplinabile solo la trasformazione da società cooperativa. Restava esclusa nella previsione della delega la trasformazione delle società di capitali in cooperative, nonché quella delle cooperative in consorzio, stante il riferimento esclusivo alle società lucrative quali enti risultanti dalla operazione. L'esigenza di economicità degli strumenti giuridici, perseguita dalla novella nelle trasformazioni eterogenee più che in ogni altro istituto, rappresenta, a parere di chi scrive, la giustificazione della nuova disciplina. L'ipotesi della trasformazione da società di capitali in cooperativa, si pone come ipotesi non del tutto speculare a quella inversa, poiché enti di partenza della fattispecie, almeno nella previsione positiva, possono essere solo le società di capitali.

¹⁸¹ Sembra opportuno ricordare che, soprattutto in dottrina, nell'imminenza della riforma si era evidenziata l'opportunità dell'eliminazione totale del divieto di trasformazione, anche alla luce delle nuove tendenze manifestatesi a livello giurisprudenziale. Diversamente il legislatore delegato ha ritenuto di rimuovere il predetto divieto solo in parte come risulta dalla lettera degli artt. 2500 *octies* e 2545 *decies* c.c.. In tal senso si veda: De Angelis, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2002, 46.

trasformazione delle società, risultando, altresì, dagli articoli 2545- *decies* e 2545- *undecies* del codice civile.

L'art. 2545 *decies* c.c., riconoscendo la possibilità che le società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente possano deliberare la trasformazione¹⁸², si pone, nel sistema delineato dalla novella, come norma per alcuni versi più ampia rispetto alle ipotesi trasformative di cui all'art. 2500 *octies* c.c., e, per altri più limitata.

La maggiore ampiezza dell'ambito di operatività della trasformazione delle cooperative si desume dalla circostanza che, diversamente dagli enti elencati nell'art. 2500 *octies* c.c., l'operazione può avere come punto di arrivo qualunque società lucrativa.

A differenza delle vicende trasformative riguardanti le società di capitali, il legislatore riconosce espressamente solo la trasformazione in consorzio, aprendo, così, la strada al dibattito sulla natura aperta o chiusa del nuovo sistema. La limitazione degli enti di arrivo ai consorzi si spiega, probabilmente, non tanto con la volontà di escludere dalla vicenda trasformativa di una cooperativa tutte le altre strutture organizzative che possono astrattamente essere coinvolte in una operazione di trasformazione eterogenea, quanto con la presa d'atto della maggiore interscambiabilità (o permeabilità o affinità) tra lo scopo consortile ed il tipo cooperativa che, fin dalla sua costituzione può assumere il primo come proprio scopo¹⁸³.

¹⁸² Come ulteriore limite all'operazione l'art. 2545 *undecies* c.c. prevede al terzo comma, introdotto dall'art. 32 del d.lgs. 28-12-2004, n.310, che l'assemblea non possa procedere alla delibera di trasformazione qualora la cooperativa non sia stata sottoposta a revisione da parte dell'autorità di vigilanza nell'anno precedente o, comunque, gli amministratori non ne abbiano fatto richiesta da almeno novanta giorni.

¹⁸³ Al di là delle ragioni che hanno giustificato l'esclusione della trasformazione delle cooperative in associazioni, fondazioni e comunioni di azienda, sulle quali ci soffermeremo nel terzo capitolo, sembra molto incoerente il mancato riferimento alla trasformazione in società consortile. L'ostacolo non può essere individuato nella diversità dello scopo, comunque consortile, né tantomeno nella natura della struttura organizzativa scelta per il perseguimento dello stesso, poiché si tratta, comunque, di uno dei tipi che possono rappresentare il punto di arrivo della trasformazione della cooperativa.

Riconoscono la legittimità della trasformazione in società consortile: G. Bonfante, Commento sub. Art. 2545-*decies*, in *Il nuovo diritto societario*, op. cit., p. 2653; M. Maltoni, op. cit., p. 259; G.A.M.

Oltre che dalle due norme appena richiamate, il complesso quadro normativo della fattispecie in esame è composto dagli artt. 223- *quaterdecies* e 223- *quinquedecies* disp. att. trans., la prima delle quali prevede la determinazione degli obblighi devolutivi in sede di trasformazione a carico delle cooperative preesistenti alla riforma che hanno adottato ed osservano le clausole previste dalla legge Basevi; la seconda disciplina, invece, gli obblighi devolutivi in sede di trasformazione a carico delle cooperative, preesistenti alla riforma che non hanno adottato le clausole della citata legge.

Dalla lettera delle nuove norme traspare la ferma volontà del legislatore di evitare che l'ampliamento dell'ambito di operatività della trasformazione possa determinare un meccanismo attraverso cui eludere facilmente i benefici fiscali previsti per l'accesso all'attività mutualistica.

La finalità antielusiva della scelta legislativa si desume sia dal limite legale posto alla trasformazione delle società cooperative a mutualità prevalente in società lucrative, sia per la previsione dell'obbligo a carico della cooperativa trasformanda di devolvere contestualmente le riserve indivisibili ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

Come è stato giustamente osservato¹⁸⁴, il legislatore della riforma ha adottato un sistema di compromesso tra opposte tendenze, poiché, innovando profondamente la vecchia disciplina, da un lato ha riconosciuto la trasformazione delle società cooperative a mutualità non prevalente, dall'altro ha ribadito il principio della

Trimarchi, *Le nuove società cooperative*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, Collana diretta da Giancarlo Laurini, 3, Milano, 2004, p.188.

¹⁸⁴ M. Pinardi, op. cit., p. 357; Genco, *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, in *Diritto delle società e dei mercati finanziari*, n. 2, 302.

obbligatoria devoluzione dei patrimoni indivisibili a favore dei fondi per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

La scelta legislativa rappresenta un significativo momento di mediazione, evidentemente ispirato alla funzione sociale che caratterizza le cooperative, tra la forte spinta alla generalizzazione dell'esplicazione dell'autonomia privata dei soci e la predisposizione di regole rigide tese a salvaguardare il regime di indivisibilità del patrimonio.

Si deve, tuttavia, rilevare che la permanenza del divieto di trasformazione per le cooperative a mutualità prevalente non è stato considerato insuperabile poiché la soppressione delle clausole di cui all'art. 2414 c.c. è consentita, sia pure a condizione che l'attivo patrimoniale venga imputato a riserva indisponibile in vista della sua successiva devoluzione ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione¹⁸⁵.

Nonostante la testuale qualifica in termini di vicenda trasformativa, l'ipotesi regolata dagli artt. 2545- *decies* e *undecies* c.c., presenta, analogamente alla trasformazione eterogenea in comunione di azienda, una sostanziale affinità con lo scioglimento e riassegnazione ai soci delle quote del netto indisponibile che confluiscono nella società lucrativa.¹⁸⁶

L'indubbia affinità che l'operazione presenta rispetto alla fase della liquidazione non consente, tuttavia, di superare il dato normativo e di inquadrare la fattispecie tra le vicende novative.

¹⁸⁵Probabilmente tale facoltà discende dall'implicito riconoscimento della comune matrice causale esistente tra le cooperative a mutualità prevalente e quelle diverse. L'eliminazione delle clausole necessarie per l'ossequio del requisito formale del carattere prevalente dell'attività svolta dalla cooperativa dipende dalla circostanza, desumibile dalla stessa relazione alla riforma, che anche le cooperative diverse appartengono al *genus* della cooperazione, poiché "l'alternativa non si ha tra

Nella considerazione del legislatore l'operazione, per quanto peculiare in ragione della presenza di un momento distributivo, è, comunque, riconducibile al paradigma della trasformazione che, in questa fattispecie svolge, altresì, una funzione parzialmente liquidativa, sia pure in senso lato.

Questa funzione specifica della trasformazione da società cooperativa in società lucrativa costituisce un *unicum* con la funzione generica e costante dell'istituto.

Che l'effetto della devoluzione del patrimonio, secondo i criteri dettati dall'art. 2545-*undecies* I comma cc., ai fondi mutualistici per la promozione e per lo sviluppo della cooperazione, sia riconducibile alla causa della trasformazione si desume dalla stessa terminologia legislativa. Il primo comma della norma prima citata nel prevedere, espressamente, che "la deliberazione di trasformazione devolve il valore effettivo del patrimonio..." fa riferimento ad un aspetto di un'unica fattispecie che, in considerazione della particolare natura dello scopo dell'ente di partenza, è stata strutturata come un'operazione complessa.

Escluso che le peculiarità della trasformazione delle cooperative siano tali da consentire di qualificare la natura giuridica della fattispecie come fenomeno estintivo - costitutivo, si pone il problema di stabilire se, ed entro quali limiti, applicare la disciplina generale delle trasformazioni eterogenee.

La collocazione sistematica dell'istituto, positivamente regolato al di fuori dell'art. 2500 *octies* c.c., potrebbe imprimere alla ipotesi trasformativa in esame un carattere di potenziale estraneità rispetto alla disciplina delle trasformazioni eterogenee.

Tale considerazione non sembra, tuttavia, condivisibile perché la trasformazione delle cooperative in un ente causalmente diverso appartiene comunque al *genus* della

cooperative riconosciute e non cooperative; ma tra due sottocategorie di imprese mutualistiche ascrivibili allo stesso genere".

trasformazione eterogenea. Analogamente alle altre ipotesi regolate nell'articolo prima citato, l'operazione si caratterizza per la presenza di una decisione imputabile al gruppo e tesa a determinare un riassetto dell'organizzazione, anche se, al mutamento del tipo corrisponde, altresì, il cambiamento dello scopo originariamente prescelto.

Quanto alla perdita del carattere della prevalenza, presupposto per la praticabilità dell'operazione, si deve evidenziare che secondo il disposto dell'art. 2545 *octies* può derivare o da una delibera modificativa delle clausole statutarie, o dalla "violazione" delle prescrizioni di cui all'art. 2514 c.c..

In entrambe le ipotesi, almeno secondo l'interpretazione preferibile del secondo comma dell'art. 2545 *octies*, gli amministratori devono redigere un apposito bilancio, previo parere del revisore esterno, ove esistente, al fine di determinare il valore effettivo dell'attivo patrimoniale da imputare alle riserve indisponibili. Il bilancio così redatto dovrà poi essere verificato senza rilievi, da una società di revisione.

Sembra opportuno evidenziare che il legislatore non ha chiarito se la rimozione delle predette clausole e la decisione di trasformazione possano essere assunte contestualmente, salvo il rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2545- *octies* c.c., o, diversamente, debba precedere la delibera.

Il problema che si pone nasce dalla necessità di coordinare la disciplina dettata per la perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente con quella della trasformazione.

Il quesito non è risolto in maniera univoca dalla letteratura specializzata e l'opzione sul punto risente, inevitabilmente, sia delle difficoltà di carattere sistematico connesse alla

¹⁸⁶ In tal senso, A.Paciello, *La trasformazione delle società cooperative*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 473.

efficacia della delibera che sopprime le clausole statutarie, sia alla compatibilità delle opposte soluzioni con gli adempimenti di natura contabile.

Secondo un orientamento l'eliminazione delle clausole e la trasformazione potrebbero essere contestuali, non costituendo ostacolo a tale soluzione la circostanza che le due delibere si pongano in rapporto di pregiudizialità. La fattispecie, quanto all'efficacia, viene, giustamente, ricondotta nella già richiamata categoria delle delibere a cascata.¹⁸⁷

Quanto alla compatibilità degli adempimenti di carattere contabile si ritiene condivisibile la tesi di chi ha sostenuto che non esistono ostacoli autentici alla configurabilità di una operazione simultanea.¹⁸⁸

A questa conclusione si giunge sulla base della considerazione che la predisposizione del bilancio *ad hoc*, o del bilancio di esercizio, già corredato dal prescritto parere del revisore e della verifica senza rilievi, deve precedere e non seguire la delibera di modifica delle clausole concernenti la mutualità prevalente.

La legittimità della delibera contestuale può essere ammessa anche a voler ritenere che il bilancio debba essere necessariamente successivo, poiché i dati contabili necessari alla trasformazione risulteranno dalla relazione giurata che deve essere allegata a cura dell'organo amministrativo alla proposta di trasformazione.

La relazione giurata, infatti, avrà un contenuto addirittura più ampio del bilancio poiché ha lo scopo di attestare il valore effettivo del patrimonio dell'impresa, diversamente

¹⁸⁷ Riconoscono la possibilità di una delibera contestuale: Ceccherini, in Ceccherini, Schirò, *Società cooperative e mutue assicuratrici*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, 203; Trimarchi, *Le nuove società cooperative*, op. cit., 190, nota 19; Maltoni, *La trasformazione di società cooperative*, cit., 85; Corvese, *La riforma delle società. Società cooperative*, a cura di Sandulli e Santoro, 4, cit., sub art. 2545-*decies*, 204; Marasà, *Le trasformazioni eterogenee*, cit., 590, nota 7; Pinardi, *La trasformazione*, cit., 358; Capo, Commento all'art. 2545-*decies*, in *Codice civile commentato*, a cura di Alpa e Mariconda, Milano, 2005, 2169.

¹⁸⁸ Così, testualmente, Trimarchi, op. cit., p. 190, nota 19; in senso analogo Bello, *Appunti in tema di trasformazione riformata*, in *Riv. Not.*, 2004, I, 967; Maltoni, *La trasformazione di società cooperative in società di capitali e viceversa*, in *Le società di capitali e cooperative a confronto*, Atti del Convegno di Taormina del 2-3 aprile 2004, *Quaderni del notar*

dal secondo che ha la funzione di determinare il valore effettivo dell'attivo patrimoniale da imputare alle riserve indivisibili.

La valutazione dell'attivo patrimoniale da imputare alle riserve indivisibili risulterà, senza dubbio, dalla relazione, poiché si tratta di un elemento necessario per attestare il valore effettivo del patrimonio.¹⁸⁹

iato 12, 2004.

¹⁸⁹ In senso opposto: A. Paciello, *La trasformazione delle società cooperative*, op. cit., p. 473-475.

PARAGRAFO VI

B) LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA E LE MUTUE ASSICURATRICI.

Anche se l'economia del presente lavoro non consente una disamina approfondita delle numerose problematiche connesse alla astratta possibilità di estendere la nuova disciplina della trasformazione alle forme mutualistiche previste dal legislatore speciale, sembra opportuno dedicare un cenno all'argomento, posta l'indubbia contiguità con il tema in esame e il particolare interesse per esso manifestato da numerosi ordinamenti giuridici stranieri.

Il legislatore della riforma non ha considerato le cooperative di assicurazione e le mutue assicuratrici quali enti di partenza o di arrivo della trasformazione eterogenea.

Il silenzio sul punto caratterizza sia la fattispecie c.d. generale della trasformazione eterogenea, regolata dagli artt. 2500 septies- 2500 novies c.c., che quella speciale regolata in tema di cooperative agli artt. 2545 decies e undecies c.c.

Inevitabile è il quesito della estensibilità della disciplina della trasformazione eterogenea anche alle cooperative di assicurazione e alle mutue assicuratrici che rappresentano le due forme di mutualità ammesse dal legislatore speciale.

Si tratta di un quesito la cui soluzione non rappresenta una mera esigenza di carattere teorico, poiché anche nel nostro ordinamento va affiorando l'esigenza della "demutualizzazione".

Con quest'ultima terminologia, coniata negli ordinamenti di common law, si indica il fenomeno della trasformazione delle mutue assicuratrici in società per azioni.

Sia pure con sfumature diverse, numerosi ordinamenti giuridici stranieri hanno espressamente regolato il processo di demutualizzazione, strutturandolo, tendenzialmente, come un'operazione di trasformazione.¹⁹⁰

Può l'istituto della demutualizzazione trovare ingresso, sia pure implicitamente, nonostante né il codice civile né la legislazione assicurativa regolamentino espressamente l'istituto?

Gli elementi per la soluzione del quesito discendono, a parere di chi scrive, dalla constatazione della mancanza di un espresso divieto alla operazione, sia dalla considerazione che le profonde innovazioni introdotte dalla riforma delle società di capitali in tema di trasformazione sono tali da consentire di ampliare ulteriormente l'ambito di operatività dell'istituto.

La soluzione del problema della legittimità dell'operazione non sembra, tuttavia, possa essere unitariamente individuata, dovendosi al riguardo distinguere la trasformazione delle mutue assicuratrici in s.p.a. da quella delle cooperative di assicurazione in s.p.a.

Per quest'ultima ipotesi, in mancanza di un espresso divieto, sembra legittimo sostenere la tesi positiva, a condizione che si tratti di cooperative a mutualità non prevalente.

Trattandosi, infatti, di vere e proprie cooperative, troverà applicazione la disciplina di cui agli artt. 2511 e ss. c.c., compresi gli artt. 2545 decies e undecies.

Per quanto concerne la trasformazione delle mutue assicuratrici in società per azioni, la realizzazione dell'esigenza alla demutualizzazione dipende dalla natura giuridica dell'ente in questione.

Come è noto, il rapporto tra mutue e cooperative ha costituito oggetto di un vivace dibattito, soprattutto dottrinale¹⁹¹, che non può considerarsi ancora superato.

¹⁹⁰ Per una disamina delle legislazioni straniere si rinvia a C.G. Corvese, *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, Milano, 2005, p. 190, nota 2 e 3.

Secondo un orientamento la mutua assicuratrice deve essere inquadrata nella categoria delle società cooperative pur presentando delle caratteristiche proprie.

La tesi prevalente è, invece, nel senso di non considerare le mutue assicuratrici come cooperative.

Pur essendo entrambe le figure riconducibili all'ampio genus delle società mutualistiche, le mutue assicuratrici non sono un sottotipo della società cooperativa, ma sono caratterizzate da un'autonoma causa e da una particolare funzione sociale.

La mancanza del divieto alla trasformazione e la natura giuridica dell'istituto consentono di riconoscere l'ammissibilità dell'ipotesi trasformativa in questione che sarà regolata, sia pure nei limiti della compatibilità, dagli artt. 2500 octies e novies c.c. Non troverà, invece, applicazione la disciplina speciale della trasformazione delle cooperative, sia per la diversa natura giuridica dell'ente, sia perché l'art 223-terdecies at trans., anche nella sua nuova formulazione, non indica le mutue assicuratrici.

Per quanto riguarda il procedimento della trasformazione delle cooperative di assicurazione diverse da quelle a mutualità prevalente, si deve evidenziare che la disciplina prevista per la trasformazione delle cooperative, ritenuta applicabile, deve, comunque, essere integrata con la specifica normativa assicurativa.

La legislazione settoriale, peraltro, si occupa della operazione solo indirettamente, sottoponendo al controllo dell'ISVAP tutte le modifiche statutarie.¹⁹²

Quanto al procedimento di trasformazione delle mutue assicuratrici in s.p.a. si applicheranno le norme dettate in tema di trasformazione eterogenea, unitamente alle norme generali della trasformazione.

¹⁹¹ Per un resoconto del dibattito si rinvia a: Corvese op. cit. p.193 nota 6

¹⁹² Si tratta degli artt. 37, comma 4, dlgs 17 marzo 1995, n 174, per le imprese di assicurazione sulla vita, e 40 comma 4 dlgs 17 marzo 1995 n 175, per quelle contro i danni.

Alle fasi suddette seguono quelle previste dalla legge speciale sulle assicurazioni dettate per finalità di ordine pubblico.

Sarà quindi necessario procedere alla comunicazione della variazione dello statuto all'ISVAP ed il rilascio da parte di quest'ultima della relativa approvazione.

Si può discutere sul momento nel quale l'approvazione debba intervenire.

La soluzione dipende dalla natura giuridica dell'approvazione poiché se si sostenesse, come pure è stato sostenuto, che si tratta di una vera e propria autorizzazione, dovrebbe intervenire almeno prima dell'iscrizione nel registro delle imprese.

Tra gli aspetti più problematici del procedimento sembra opportuno affrontare quello relativo alla determinazione della quota del socio assicurato.

Il problema acquista rilevanza centrale poiché il legislatore tace sul punto e il calcolo della quota sociale dell'assicurato nella mutua è funzionale al fine di stabilire i criteri per l'attribuzione delle azioni ai soci assicurati, nel caso in cui intendano far parte della società risultante dalla trasformazione.

Analogo problema si pone per l'ipotesi in cui il socio assicurato intenda recedere.

A differenza delle legislazioni assicurative degli ordinamenti che hanno esplicitamente previsto la trasformazione diretta delle mutue assicuratrici regolando le modalità di attribuzione del patrimonio fra gli assicurati, il nostro ordinamento non stabilisce quali siano gli effetti della trasformazione rispetto ai soci assicurati.

Il nesso causale che lega il rapporto assicurativo e il rapporto sociale viene, inevitabilmente, spezzato dalla trasformazione in società per azioni, ma l'operazione non può determinare un pregiudizio patrimoniale per i soci.

La peculiarità del rapporto che li lega alla società fa sorgere il dubbio della possibilità di attribuire ai soci assicurati azioni o quote della società risultante dalla trasformazione, o, nel caso di recesso, la quota di liquidazione.

Sembra condivisibile la tesi di chi¹⁹³ ha sostenuto che in base al combinato disposto degli articoli 2437ss c.c., 2500 quater e 2500 octies, questi diritti possono essere riconosciuti ai soci sovventori.

Bisogna però distinguere con esattezza i contributi versati dai soci assicurati, individuando quanto è stato versato a titolo di conferimento al patrimonio sociale e quanto a titolo di premio, al fine di stabilire la “quota” sociale dell’assicurato nella mutua.

Quest’ultima operazione non è in alcun modo regolata dal nostro legislatore e, pertanto, il momento centrale dal quale la si dovrà individuare è rappresentato dal progetto di trasformazione della mutua assicuratrice.

Il calcolo dell’entità della quota, strumentale all’attribuzione delle azioni ai soci assicurati, è rimesso, dunque, ad una valutazione della società trasformanda.

CAPITOLO TERZO

I PROFILI SISTEMATICI DELLA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA

INTRODUZIONE

Il presente capitolo è dedicato all'esame dei profili sistematici della trasformazione eterogenea. Le profonde innovazioni introdotte dalla riforma delle società, determinano effetti indiretti sull'intero sistema della trasformazione.

Partendo da questa considerazione si esamineranno sia le peculiarità che i principi generali della trasformazione presentando con riferimento alle fattispecie regolate agli artt. 2500 septies ed octies c.c., sia le numerose questioni lasciate aperte dal legislatore.

Preliminarmente, si dedicherà l'attenzione alla particolare valenza del principio di continuità in tema di trasformazione eterogenea.

Si evidenzieranno sia i problemi di carattere generale che il principio di continuità determina sull'individuazione della natura giuridica della trasformazione eterogenea, sia lo specifico contenuto che il concetto di continuità assume con riferimento a ciascuna delle ipotesi trasformative in parola, nel tentativo di individuare una matrice unitaria.

Quanto alle questioni lasciate aperte dal legislatore, si affronterà il problema della ammissibilità di ipotesi trasformative atipiche, tentando di individuare gli elementi a sostegno della soluzione positiva, nei principi ispiratori della riforma evidenziando, altresì, la ricorrenza delle esigenze di carattere pratico.

In questa prospettiva, dopo aver affrontato il problema generale della tipicità o atipicità delle trasformazioni eterogenee, si affronteranno specifiche questioni sul punto.

¹⁹³ F. Chiomenti, La determinazione della quota del socio di una mutua assicuratrice al fine dell'assegnazione delle azioni nel caso di trasformazione della mutua in società azionaria, in Riv.Dir.Comm., 1999, I, p. 55ss; Corvese, op. cit., p.207.

Si evidenzierà specificamente la problematica della trasformazione eterogenea delle società di persone. Successivamente, riconosciuta la natura tendenzialmente aperta del nuovo sistema, si esaminerà la possibilità di ammettere la trasformazione e la fusione interna. Particolare attenzione sarà dedicata anche al problema della fusione e scissione eterogenee, facendo, infine, un cenno alla problematica della trasformazione eterogenea delle società unipersonali. Uno specifico paragrafo è dedicato alla trasformazione da e in società di avvocati, sia per la peculiarità dell'istituto sia per l'attualità dello stesso.

Successivamente, si centerà l'attenzione su due problematiche della trasformazione eterogenea collegate alla disciplina del capitale sociale.

In un paragrafo si evidenzieranno le modalità dell'adozione da parte dell'ente trasformando di decisioni tese ad incrementare il capitale sociale, ove esistente, o il patrimonio, al fine di costituire i presupposti della trasformazione.

In particolare, si evidenzierà la possibilità di escludere il diritto di opzione nell'aumento di capitale di una società che intende trasformarsi in società consortile.

Nel successivo paragrafo si dissenterà in ordine alla possibilità di considerare la trasformazione eterogenea come possibile provvedimento adottabile dalla società, in alternativa alla ricostituzione del capitale in caso di perdite ex. art. 2447 c.c.

Nell'ultimo paragrafo si evidenzieranno gli effetti che la nuova disciplina della trasformazione eterogenea produce sui profili causali degli enti associativi.

PARAGRAFO I:

LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA E IL PRINCIPIO DI CONTINUITA'.

Il principale problema di carattere sistematico generato dalla nuova disciplina della trasformazione eterogenea riguarda la portata del principio di continuità dei rapporti giuridici dettato dall'art.2448 c.c. Che si tratti di un principio di carattere generale è, a parere di chi scrive, fuor di dubbio, poiché il legislatore fa generico riferimento all' "ente trasformato" e all' "ente che ha effettuato la trasformazione".¹⁹⁴

Il problema è quello di stabilire se la conservazione dei diritti e degli obblighi e la prosecuzione in tutti i rapporti di cui all'art.2498 c.c., possa determinare la necessità di riqualificare le fattispecie di trasformazione eterogenea rispetto a quella omogenea.

Le peculiarità degli enti che possono essere astrattamente coinvolti in un procedimento di trasformazione eterogenea, sono tali da escludere la possibilità che il principio di continuità possa essere inteso nella sua accezione tradizionale.

Come è stato evidenziato dalla dottrina¹⁹⁵ le novità legislative non consentono di attribuire al termine trasformazione un significato unitario. La trasformazione può essere intesa come modificazione organizzativa, come modificazione funzionale, come estinzione senza liquidazione (nel caso di trasformazione di società di capitali in comunione di azienda). Il termine trasformazione può, inoltre evocare una vicenda sostanzialmente simile alla costituzione di una società di capitali patrimonializzata con l'azienda comune (è questa l'ipotesi della trasformazione di società di capitali in comunione di azienda).

Se per la trasformazione omogenea è possibile condividere la tesi sostenuta dalla gran parte della dottrina secondo la quale la novella, nel regolare la continuità dei rapporti giuridici, ha voluto recepire il consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale

¹⁹⁴ In tal senso O.Cagnasso, *Introduzione alla disciplina della trasformazione*, in *Il nuovo diritto societario*, op.cit.,p. 2230; M. Maltoni, op.cit., p.5; C. Montagnani, *Commento all'art.2498 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M.Sandulli e V. Santoro, Vol.3, artt.2492-2510 c.c., Torino,2003, p.355.

¹⁹⁵ M. Maltoni, op. cit., p. 9.

che, nel silenzio del legislatore, individuava la natura giuridica della trasformazione in una modifica dell'atto costitutivo caratterizzata, per alcuni dalla persistenza dell'identità soggettiva dell'ente trasformando e per altri dalla conservazione dei patrimoni destinati all'esercizio dell'attività d'impresa, questa considerazione non può valere per la trasformazione eterogenea.

L'espressa previsione della trasformazione da e in comunione d'azienda tra le ipotesi di trasformazione eterogenea, esclude che il concetto di continuità possa essere inteso sia in senso soggettivo che in senso oggettivo.

Come evidenziato più approfonditamente nel secondo capitolo, nella trasformazione in parola, per la natura dell'ente coinvolto, non è possibile riscontrare l'effetto del passaggio di un patrimonio da un soggetto giuridico ad un altro né la conservazione dell'attività d'impresa.

Poiché non si ritiene che quest'ipotesi sia fuori dal sistema, è necessario individuare un elemento comune di continuità per tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea.

Né sembra possibile, come pure sarebbe astrattamente ipotizzabile alla luce del riferimento operato dal secondo comma dell'art.2500 c.c., alla "cessazione dell'ente che effettua la trasformazione" richiamare la tesi della natura estintivo-novativa della trasformazione in tutte le sue possibili configurazioni.

Si tratterebbe di una soluzione in contrasto con le finalità della riforma e con il principio di continuità, almeno per come comunemente collegato ad una vicenda modificativa del contratto sociale.

In realtà, come è stato osservato già in passato, non è la continuità dei rapporti giuridici a essere incompatibile con un fenomeno estintivo costitutivo, poiché si tratta di un

effetto ricollegato dal legislatore ad una fattispecie la cui natura giuridica potrebbe essere anche estintiva.

Ciò sembra essere confermato anche dalla recente disciplina in tema di fusione.

Riformulando il primo comma dell'art.2504 bis c.c., la novella, infatti, ha previsto che la società risultante dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società "partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione."

Tale espressione sostituisce il vecchio riferimento alle società "estinte", riproducendo, quasi pedissequamente, la formula dell'art.2498 c.c. in tema di trasformazione.

A prescindere dagli effetti che la nuova formulazione può determinare sulla natura giuridica della fusione, si può osservare come, da un punto di vista empirico, sia possibile conciliare l'effetto estintivo costitutivo con la contemporaneità di un unico e complesso effetto modificativo. In questa prospettiva, il riferimento alla cessazione dell'ente trasformando va riferito al diverso regime di imputazione dei rapporti giuridici nei confronti dei terzi, ferma restando la "continuità" in quelli interni.

Per quanto concerne poi l'idoneità del concetto di continuità a snaturare il legame tra le fattispecie di cui agli artt. 2500 septies ed octies c.c., e il paradigma generale della trasformazione, sembra che si possa sostenere che si tratti di un falso problema poiché la continuità va considerata come un effetto della trasformazione e non causa della stessa. La trasformazione, in ogni sua possibile configurazione, è una manifestazione di volontà, che a seguito di un procedimento non sempre identico, è teleologicamente finalizzata a consentire l'adozione di una nuova forma organizzativa o anche di un diverso scopo, che sia più idoneo a garantire il perseguimento delle esigenze degli enti coinvolti.

Nell'ottica del legislatore il perseguimento di tale finalità deve avvenire in un unico procedimento e con i minori costi, temporali ed economici possibili, al fine di garantire l'efficienza delle strutture organizzative, poiché si tratta di uno strumento negoziale tendenzialmente concepito a servizio dell'impresa in tutte le sue molteplici manifestazioni. La continuità è, in questa prospettiva, una regola a servizio della trasformazione e non causa della stessa. Esiste, quindi, una causa dell'istituto rinvenibile in ogni ipotesi di trasformazione.

Accanto a questa causa generica è poi rinvenibile una diversa causa specifica che contraddistingue le varie tipologie di trasformazione, che si giustifica in ragione delle diversità degli enti di partenza o di arrivo dell'operazione.

La causa specifica non esclude l'operatività della regola della continuità dei rapporti giuridici in capo all'ente risultante dalla trasformazione e, neppure, rende possibile una riqualificazione in chiave novativa della trasformazione eterogenea. Le peculiarità delle diverse fattispecie giustificano soltanto il quesito sull'individuazione degli elementi che vengono conservati.

Dall'esame delle diverse ipotesi di trasformazione eterogenea, risulta che la finalità della nuova disciplina è, tendenzialmente, quella di garantire, nell'ambito dell'operazione la conservazione dei patrimoni, a prescindere dalla concreta destinazione all'esercizio di attività di impresa. Solo in questa prospettiva si può spiegare la trasformazione delle fondazioni o delle comunioni di azienda. Con una regolamentazione per alcuni versi lontana dall'ortodossia giuridica, il riformatore ha voluto probabilmente rimodellare l'istituto della trasformazione, asservendolo a tutte le possibili esigenze dell'impresa, sia nel suo normale svolgimento, sia nel suo divenire tale.

PARAGRAFO II

TIPICITA' O ATIPICITA' DELLE TRASFORMAZIONI ETEROGENEE:

L'APPLICABILITA' DELL'ISTITUTO ALLE SOCIETA' DI PERSONE; LE
TRASFORMAZIONI "INTERNE".

PARAGRAFO II

A) Tipicità o atipicità delle trasformazioni eterogenee.

La disciplina della trasformazione eterogenea sembra essere caratterizzata da un elemento costante rappresentato dalla circostanza del coinvolgimento in ogni ipotesi di una società di capitali, nel ruolo, alternativo, di schema organizzativo di partenza o di arrivo.

Dalla lettera degli artt. 2500 septies e octies c.c. risultano, infatti, escluse le società di persone.

Analogo silenzio è serbato dal legislatore per alcune fattispecie la cui ammissibilità era riconosciuta ante riforma dalla giurisprudenza.

Com'è stato evidenziato dai primi commentatori, esistono forti dubbi sulla coerenza del nuovo sistema normativo con la ratio ispiratrice della riforma.

Il dato letterale delle norme che regolano la trasformazione eterogenea è davvero insuperabile o, è legittimo ipotizzare ipotesi di trasformazione atipica?

Alla luce della nuova disciplina l'individuazione dell'ambito di operatività della trasformazione non presuppone, certo, il rispetto del c.d. principio dell'omogeneità causale che, sia pure in accezioni diverse, veniva considerato il limite insuperabile all'operazione.

Si tratta, infatti, di una categoria concettualmente superata dalla stessa oggettivazione "eterogenea" che qualifica la trasformazione di strutture organizzative tra loro causalmente diverse.

Il problema non è tanto quello della natura tassativa dell'elencazione di cui agli artt. 2500 septies e octies c.c., quanto quello della tutela degli interessi coinvolti nelle fattispecie c.d. atipiche e della idoneità degli strumenti giuridici previsti in tema di trasformazione eterogenea a garantire tale tutela.

L'ammissibilità di una fattispecie atipica presuppone un'indagine concreta tesa ad accertare se l'operazione sia idonea a garantire un sufficiente grado di tutela agli interessi dei soci, dei creditori e dei terzi.

La tutela potrà, evidentemente, considerarsi sufficiente quando nell'operazione atipica sia possibile attuare i meccanismi giuridici previsti a tal fine dal legislatore nelle fattispecie tipiche.

L'esigenza di attuare trasformazioni atipiche potrebbe essere soddisfatta mediante un procedimento indiretto, realizzato tramite il passaggio intermedio attraverso lo schema organizzativo della società di capitali, con aggravii di costi e di tempo.

Perché mai, allora, non riconoscere l'applicazione analogica delle norme sulla trasformazione eterogenea ad ipotesi non previste, sia pure garantendo la tutela degli interessi coinvolti?¹⁹⁶

Il quesito non è certo di facile soluzione.

Dall'esame della nuova normativa risulta che il diritto del socio alla conservazione dello scopo originariamente prescelto e dei creditori alla conservazione

¹⁹⁶ In tal senso Maltoni, op. cit., p. 222, il quale evidenzia come il ricorso all'analogia non sia estraneo al fenomeno della trasformazione, come dimostrato dal fatto che lo stesso legislatore, sia pure nella disciplina di settore, ha rinviato all'applicazione delle norme di cui agli artt. 2498 c.c. ss., superando la pregiudiziale teorica sul tema.

dell'affidamento da essi riposto sulla struttura organizzativa e patrimoniale dell'ente debitore siano stati considerati dal legislatore come interessi meritevoli di tutela.

Ciò è dimostrato da un lato dal riconoscimento del diritto di recesso, dall'altro dallo strumento dell'opposizione di cui all'art. 2500 novies c.c.

La predisposizione di uno specifico strumento a tutela dei creditori degli enti trasformandi di fronte ad una decisione così incisiva sugli elementi patrimoniali della struttura organizzativa di partenza, rappresenta il recepimento della tesi autorevolmente sostenuta ante riforma¹⁹⁷, che individuava il limite dell'ambito di operatività della trasformazione non già nella natura degli enti coinvolti nella fattispecie ma nel pregiudizio per i creditori attuali della società trasformanda.

In questa prospettiva, come evidenziato nel primo capitolo del lavoro, non si prendeva aprioristicamente posizione sull'ammissibilità o meno di ipotesi di trasformazione diversa da quella societaria (e, per questo atipica), ma si evidenziava la necessità di procedere ad un'analisi delle diverse fattispecie, riconoscendo la legittimità di quelle che fossero idonee a garantire ai creditori una tutela almeno pari a quella originaria.

Questa sembra essere la soluzione preferibile alla luce della riforma che, senza dubbio, ha introdotto nel nostro ordinamento un sistema aperto e non chiuso, sia pure a determinate condizioni.

Per il profilo che attiene alla tutela dei creditori la condizione per la praticabilità dell'istituto è rappresentata dalla concreta possibilità che i creditori possano proporre opposizione ex art. 2500 novies.

¹⁹⁷ O. Cagnasso, op. cit., p. 64

Quest'ultimo strumento giuridico può essere considerato di natura generale, applicabile anche al di là delle ipotesi tassativamente previste, purchè, come nel caso di trasformazione atipica, ricorra la stessa ratio.

L'applicabilità analogica dell'istituto della opposizione dei creditori presuppone, tuttavia la ricorrenza del presupposto del meccanismo legale di attuazione del diritto.

PARAGRAFO II

B) L'applicabilità dell'istituto alle società di persone

Fin dall'entrata in vigore della nuova disciplina e, ancor prima, è stato da più parti criticata la scelta del legislatore delegato di escludere dagli enti di arrivo o di partenza della trasformazione eterogenea le società di persone.

La mancata previsione della trasformazione eterogenea da e in società di persone non trova giustificazione nella ratio del nuovo istituto.

Le esigenze giuridiche ed economiche cui rispondono gli artt. 2500 septies ed octies c.c. possono manifestarsi anche per una società di persone nella quale potrebbe, come nella società di capitali, essere necessario procedere ad una modifica delle regole organizzative che governano l'esercizio dell'attività in conseguenza dell'evoluzione di quest'ultima.

L'esclusione della trasformazione della società di persone non sembra in linea con gli obiettivi che, nella filosofia del legislatore del 2003, sono stati considerati meritevoli di tutela.

Si fa riferimento all'intento di strutturare l'istituto della trasformazione in funzione della crescita e competitività delle imprese, della semplificazione del

procedimento, dell'ampliamento dell'ambito dell'autonomia privata e, soprattutto, di adeguamento della disciplina dei modelli societari alle esigenze delle imprese.

In questa prospettiva il dato letterale degli artt. 2500 septies ed octies sembra sicuramente superabile, anche perché, molto probabilmente, esso risponde più che ad una scelta giustificata da ragioni di carattere sistematico, alla eccessiva preoccupazione del legislatore delegato di non incorrere in un eccesso di delega.

Come risulta anche dalla relazione di accompagnamento al dlgs. n. 6 del 2003, l'esclusione è collegata all'esigenza di dare esecuzione alla legge delega che, almeno apparentemente, faceva riferimento solo alle società di capitali.

Come è stato evidenziato¹⁹⁸ il pericolo dell'eccesso di delega è stato sopravvalutato poiché il primo comma dell'art. 2 della delega consentiva anche la riforma anche della normativa "connessa", nell'ambito della quale si possono far rientrare quegli istituti, quali la trasformazione, che sono applicabili "trasversalmente" a tutte le società.

Numerose sono le ragioni che sul piano esegetico giustificano la trasformazione eterogenea delle società di persone.

A sostegno dell'ipotesi trasformativa in esame gioca sicuramente il principio di economia degli atti giuridici.

Posto che il legislatore ha espressamente previsto e regolato la trasformazione di società di persone in società di capitali e l'ipotesi inversa, ben potrebbe una

¹⁹⁸ S. Fortunato, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 736 ss; D. Santosuosso, *Commento sub art. 2498*, in G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, volume III, p. 1903; A. Pisani Massamormile, op. cit., p. 216, nota 44.

società di persona realizzare comunque l'interesse di cui sopra, facendo ricorso ad un doppio procedimento.

Questa tesi non sembra condivisibile poiché si sostanzierebbe in un aggravio di costi che non sembra sia in linea con le finalità della riforma.

Il superamento dei presunti ostacoli, desumibili dal silenzio del legislatore, all'attuazione di fattispecie di trasformazione eterogenea diverse da quelle espressamente regolate, non può discendere dalla semplicistica affermazione che la società di persone potrebbe fare ricorso ad una trasformazione intermedia in società di capitali per procedere, successivamente alla trasformazione in uno degli enti di cui all'art.2500 septies.

Il doppio procedimento che, da un punto di vista temporale potrebbe essere pressochè contestuale, posta l'immediata efficacia della trasformazione a seguito degli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2500 c.c., è in evidente contrasto con le esigenze di economia degli atti negoziali, di efficienza e di semplificazione che rappresentano la finalità immanente della riforma.

In particolare, il principio di economia degli atti negoziali induce a ritenere legittima la trasformazione da e in società di persone in enti diversi dalle società poiché sarebbe quantomeno irragionevole obbligare all'adozione di un procedimento più complesso e costoso quando lo stesso risultato può essere conseguito attraverso un procedimento più semplice e meno costoso.

Del resto, come si desume espressamente dalla relazione di accompagnamento al dlgs. n.6 del 2003, la stessa introduzione della disciplina delle trasformazioni eterogenee, attuabile attraverso un "unico procedimento" e un "unico passaggio", è giustificata dalle "esigenze di economia degli atti negoziali".

PARAGRAFO III

C) Le trasformazioni e le fusioni interne

Tra le numerose questioni lasciate aperte dal legislatore della riforma assume un rilievo particolare quella relativa alla possibilità di configurare una trasformazione ed una fusione interna.

L'aggettivazione interna viene utilizzata per qualificare la trasformazione che ha come punto di partenza uno degli enti diversi dalle società, risultanti dall'elencazione degli artt. 2500 septies ed octies, peraltro ritenuta non tassativa.

Il risultato di tale fattispecie non dovrebbe essere una società ma uno degli enti rientranti nell'elencazione predetta.

A titolo esemplificativo, si può richiamare l'ipotesi di una trasformazione di un consorzio in un'associazione, di un'associazione in una fondazione e così discorrendo.

Analogamente in tema di fusione, l'aggettivazione interna sta ad indicare una fusione che coinvolga solo enti diversi dalle società.

Il legislatore non disciplina espressamente questa fattispecie che, tuttavia, può rappresentare un utile strumento di riorganizzazione della struttura originariamente prescelta dai privati e anche di conservazione dei patrimoni autonomi.

Poiché al silenzio del legislatore non corrisponde un espresso divieto, i principi ispiratori della riforma e l'utilità pratica del meccanismo negoziale consentono di sostenerne la legittimità.

Probabilmente, la mancata regolarizzazione di tali fattispecie può essere spiegata alla luce della considerazione che il legislatore delegato, come per le altre ipotesi non regolate, è stato eccessivamente preoccupato di non incorrere in un eccesso di delega.

Da un punto di vista empirico non possono essere addotte obiezioni alla tesi della ammissibilità dell'operazione che si fondino sul diverso profilo causale degli enti coinvolti.

L'introduzione del nuovo istituto della trasformazione eterogenea rappresenta indubbiamente espressione della volontà del legislatore di superare la barriera causale che, pur a voler ritenere ancora esistente, risulta certamente affievolita.

Né sembra ragionevole sostenere che l'esigenza che sottende alla trasformazione o alla fusione interna potrebbe comunque essere realizzata con un procedimento complesso poichè si tratta di una soluzione che contrasta con il principio di economia degli atti negoziali che, a parere di chi scrive, trascende le ipotesi elencate negli artt. 2500 septies ed octies e trova applicazione anche in fattispecie analoghe.

Nel caso di trasformazione interna di associazione in fondazione, sarebbe infatti necessario procedere preliminarmente alla trasformazione in società di capitali ed attendere il decorso dei termini di cui all'art. 2500 novies per l'efficacia dell'operazione.

Successivamente, la società risultante dalla trasformazione dovrebbe procedere alla trasformazione in fondazione, ferma restando anche in questa seconda vicenda trasformativa, la necessità di attendere il termine di cui all'art. 2550 novies c.c.

Tale situazione, riscontrabile in tutte le altre fattispecie astrattamente ipotizzabili di trasformazioni e fusioni interne, si pone in evidente contrasto con l'esigenza di semplificazione delle procedure che, come è noto, sono alla base della nuova regolamentazione di tali istituti.

La possibilità di riconoscere trasformazioni e fusioni interne, oltre che da ragioni di carattere sistematico discende dalla constatazione che queste rappresentano l'espressione dell'esigenza, sempre più frequentemente avvertita nella prassi, di poter mutare il modulo organizzativo originariamente prescelto e, eventualmente, anche lo scopo, senza dover procedere alla costosa e lunga fase della liquidazione dell'ente originario e della costituzione di uno nuovo.

Questa esigenza verrebbe sicuramente frustrata qualora si negasse la possibilità di estendere analogicamente le norme sulla trasformazione eterogenea.

Ulteriori indizi nel senso dell'ammissibilità dell'ipotesi in esame possono essere desunti dalla nuova disciplina dei consorzi fidi, introdotta dalla L. 24/11/2003 n.326 che ha convertito in legge il D.L. 30 settembre 2003, n. 269.

Pur trattandosi di una disciplina di carattere settoriale e speciale, si può dalla stessa desumere l'indubbia tendenza del nostro legislatore ad ampliare l'ambito di operatività delle norme della trasformazione eterogenea, superando il presunto carattere tassativo dell'elencazione di cui agli artt. 2500 *septies* e *octies* c.c.

La legge citata, regolamentando in maniera organica e unitaria i consorzi di garanzia collettiva, la cui presenza nella realtà economica italiana non può dirsi certo recente, disciplina in maniera del tutto peculiare, almeno rispetto al

codice civile, alcuni istituti societari come la riduzione del capitale per perdite e le operazioni straordinarie.

I consorzi fidi, cui la nuova disciplina riconosce espressamente la natura di intermediari finanziari, possono essere costituiti da organismi di natura eterogenea, poiché il comma I dell'art. 13 del D.L. 20-9-2003, come convertito in legge, stabilisce che si intendono per "confidi", i consorzi con attività esterna, le società cooperative, le società consortili per azioni, a responsabilità limitata o cooperative, che svolgono l'attività di garanzia collettiva dei fidi.¹⁹⁹

Limitando l'esame agli aspetti della nuova disciplina strumentali alla soluzione del quesito dell'ammissibilità della trasformazione e fusione interna, si deve evidenziare come la praticabilità dell'operazione sia stata espressamente prevista al comma 38 e 39 dell'art. 13 della legge prima citata.

Per la trasformazione si riconosce la possibilità che i confidi possano trasformarsi in uno degli enti associativi indicati nello stesso articolo o in banche che abbiano le caratteristiche previste dai commi 29, 30 e 3.

In deroga alla disciplina codicistica della trasformazione eterogenea si riconosce, altresì, la possibilità che la trasformazione sia legittimamente deliberata, anche nel caso in cui gli enti predetti fossero stati costituiti sotto forma di società cooperativa a mutualità prevalente o avessero ricevuto contributi pubblici o privati di terzi.

¹⁹⁹ Per attività di garanzia collettiva dei fidi si intende, ai sensi dello stesso primo comma, l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorire il finanziamento da parte di banche e di altri soggetti operanti nel settore finanziario.

Analogamente in tema di fusione la disciplina presenta elementi di grande rilievo alla tesi dell'ammissibilità della fusione interna.

Si riconosce, infatti, espressamente la legittimità di una fusione tra confidi comunque costituiti, e la possibilità che alla fusione dei confidi possano partecipare, oltre che le società, associazioni, anche non riconosciute, fondazioni e consorzi diversi dai confidi, all'unica condizione che il consorzio o la società incorporante o che risulta dalla fusione sia un confido o una banca di cui al comma 29 dello stesso articolo.

Alle predette operazioni si applica, sia pure con alcune peculiarità, le norme in tema di trasformazione e fusione.

Le peculiarità riguardano, da un lato l'esenzione dall'obbligo di relazione degli esperti qualora il progetto di fusione o lo statuto prevedano per tutti gli aderenti ai confidi, qualunque sia la sua forma giuridica, uguali diritti, dall'altro la possibilità che le deliberazioni assembleari necessarie per le trasformazioni e le fusioni possano essere assunte in deroga agli artt. 2500 *septies*, *octies* e 2545 *decies* c.c., che dovrà, comunque, avvenire nel rispetto delle maggioranze previste dallo statuto per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria.

La nuova disciplina rappresenta, senza dubbio, espressione della volontà del legislatore di ampliare l'ambito di operatività delle norme sulla trasformazione eterogenea, riconoscendo, a monte, il carattere aperto del nuovo istituto.

Oltre a confermare la legittimità di trasformazioni atipiche, la nuova disciplina dei consorzi fidi può essere considerata come un implicito riconoscimento della possibilità di procedere a trasformazioni o fusioni interne.

Lo stesso legislatore, nel prevedere tali fattispecie, sia pure in una disciplina di carattere speciale, ha confermato la meritevolezza dell'interesse sotteso all'operazione ed ha configurato la trasformazione e la fusione come istituti teleologicamente preordinati a realizzare un mutamento dell'originario assetto organizzativo dell'ente originario, a prescindere dalla causa dello stesso.

PARAGRAFO III

LA FUSIONE E LA SCISSIONE ETEROGENEA.

Il legislatore della riforma del 2003 non ha chiarito se la disciplina della trasformazione eterogenea sia applicabile anche alla fusione cui partecipano enti diversi dalle società ed alla scissione da cui nascono enti diversi dalle società.

Queste operazioni, c.d. di fusione e di trasformazione eterogenee, non trovano una espressa disciplina neppure tra le norme specificamente dedicate alla fusione ed alla scissione.

Il silenzio del legislatore genera il quesito dell'ammissibilità della combinazione dei procedimenti di fusione (o scissione) e di trasformazione eterogenea.

Le fattispecie di cui si discute vanno tenute distinte da quelle che ante riforma venivano definite come fusione e scissione eterogenea.

L'aggettivazione " eterogenea", soprattutto ante riforma, è stata utilizzata dagli interpreti in maniera non sempre univoca.

A volte dottrina e giurisprudenza hanno qualificato con tale espressione le operazioni di fusione che intercorrono tra società costituite in tipi diversi, pur condividendo lo stesso paradigma causale.

In numerose occasioni l'aggettivazione "eterogenea" è stata utilizzata per connotare le operazioni di fusione (e di scissione) tra enti causalmente diversi.

Anche se sono riscontrabili alcune decisioni, soprattutto della giurisprudenza di merito, che, negli ultimi decenni, riconoscevano la legittimità di una fusione alla quale partecipassero anche enti diversi dalle società, si deve evidenziare che l'opinione prevalente era tendenzialmente orientata nel senso dell'inammissibilità dell'operazione.

Le ragioni del diniego della fusione tra enti causalmente diversi derivava dalla circostanza che il problema veniva affrontato dal punto di vista della loro trasformabilità.

I limiti all'ambito di operatività della trasformazione, per come individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza ante riforma, influenzavano fortemente il lavoro degli interpreti.

In questa prospettiva, si giungeva a negare la possibilità che ad un procedimento di fusione potesse partecipare anche un ente diverso dalle società e, in maniera ancora più decisa, che l'effetto della fusione, a prescindere dalla partecipazione al procedimento di un ente non societario, potesse essere un ente diverso dalle società.

L'omogeneità causale, presupposto per la praticabilità di una trasformazione, diventava il limite anche per la praticabilità di fusioni e/o scissioni che determinassero una modifica dello scopo originario degli enti interessati.

Si deve inoltre evidenziare che le considerazioni appena fatte riguardano quella che potremmo definire, alla luce della nuova disciplina, come "fusione eterogenea in senso stretto", intendendosi con tale terminologia indicare quelle operazioni nelle quali, per la natura degli enti coinvolti, la fusione comporta anche una trasformazione eterogenea.

Ante riforma era altresì discussa la legittimità di operazioni di fusioni che coinvolgessero esclusivamente società, ma di tipo diverso.

Il legislatore del 1942 non regolava espressamente neppure questa fattispecie.

Nonostante fosse prevalente la tesi di chi considerava sovrapponibili e contestuali i due procedimenti di fusione e trasformazione, si poneva l'interrogativo, per altro risolto in senso positivo, della possibilità di applicare contemporaneamente le due discipline.²⁰⁰

Il legislatore della riforma, mentre ha riconosciuto all'art.2505 quater la possibilità che una fusione possa comportare anche una contestuale

²⁰⁰ Sull'ammissibilità delle fusioni eterogenee, ma interne all'area delle società, si veda: G.F. Campobasso, *Diritto delle società*, cit. p. 610ss; O. Cagnasso-M. Irrera, *Fusione e trasformazione delle società*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. comm.*, VI, Torino, 1991, p. 314; Sulla disciplina

trasformazione, fa riferimento, comunque, ad un'ipotesi riconducibile allo schema della trasformazione omogenea.

La novella non prende in considerazione, invece, la possibilità di una trasformazione eterogenea.

Tale silenzio non sembra in linea con la ratio ispiratrice della riforma.

E', infatti, evidente che la fusione, come la trasformazione, è un'operazione tesa ad adeguare le regole organizzative dell'attività economica al fine di consentire l'evoluzione della stessa.

Negare la legittimità dell'operazione in parola significa introdurre un limite all'autonomia privata che non trova giustificazione da un punto di vista sistematico.

Si tratta di una soluzione sicuramente in contrasto con le esigenze di semplificazione del procedimento di fusione che sono alla base del nuovo istituto.

Né sembra possibile sostenere che non vi sia una sostanziale limitazione dell'autonomia privata sulla base della considerazione che l'intento perseguito dalla società potrebbe comunque essere realizzato attraverso un doppio procedimento, poiché si tratterebbe di una soluzione in contrasto con il principio di economia degli atti negoziali cui è ispirata la nuova disciplina delle trasformazioni, fusioni e scissioni.

dell'operazione dopo la riforma si veda: C. Santagata, *Fusione-Scissione*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol.7.2.1, Torino, 2004, p.88ss.

Nel senso dell'ammissibilità della combinazione dei procedimenti di fusione e di trasformazione eterogenea si è espresso, recentemente, il Consiglio Notarile di Milano.²⁰¹

Come risulta dal testo della massima e dalla relativa motivazione, la condizione per la combinazione dei due procedimenti risiede nella ricorrenza dei presupposti per la praticabilità di entrambe le operazioni, oltre che dalla possibilità di dare puntuale esecuzione agli adempimenti pubblicitari previsti dalla legge.

Questi ultimi devono essere comunque osservati anche nel caso in cui all'operazione di fusione e di scissione partecipano enti diversi dalle società poiché la legge li prevede nell'interesse sia dei soci che dei terzi, ricollegando al momento pubblicitario l'utilizzabilità del rimedio dell'opposizione.

PARAGRAFO IV

CENNI SULLA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA DELLE SOCIETA'

UNIPERSONALI.

²⁰¹ Massima n.52.

Tra le questioni lasciate aperte dal legislatore della riforma relativamente all'ambito soggettivo della trasformazione eterogenea, va, sia pure brevemente, evidenziata la problematica della trasformazione eterogenea delle società unipersonali.

Il quesito, determinato dalla mancanza di una specifica disciplina sul punto e dalla genericità della lettera dell'art.2500 septies c.c., non può avere una soluzione unitaria.

Le peculiarità delle società unipersonali, unitamente a quelle proprie di ciascuna struttura organizzativa presa in considerazione dall'articolo prima citato quali enti di arrivo della trasformazione (le stesse considerazioni potrebbero valere anche per l'ipotesi inversa di cui all'art.2500 octies c.c.) non consentono né di escludere aprioristicamente l'operazione né di ammetterla in ogni caso.

Da un punto di vista empirico si ritiene che non costituisca sufficiente ragione per precludere il ricorso alla operazione la semplice circostanza che l'ente di partenza o di arrivo di una vicenda trasformativa sia una società per azioni unipersonale o una società a responsabilità limitata unipersonale.

A questa conclusione induce la stessa lettera della legge che considera genericamente le società di capitali, prescindendo dall'esistenza o meno di una pluralità di soci, come enti di partenza o di arrivo della trasformazione eterogenea.

Del resto, alla luce della riforma, la società per azioni unipersonale, analogamente a quanto già previsto in passato per la s.r.l., rappresenta a tutti gli effetti una struttura tipica e con una propria disciplina, comunque riconducibile allo schema societario.

La condizione di unipersonalità non rappresenta, a differenza del passato, un limite implicito alla trasformazione, con la precisazione che, qualora la pluralità dei soci venga meno manente societate, questa affermazione sarà legittima a condizione che

l'unico socio adempia agli obblighi di natura patrimoniale e pubblicitaria per la conservazione del beneficio della responsabilità limitata.

Riconosciuta l'astratta possibilità che anche una s.r.l. e una s.p.a. unipersonali possono procedere alla trasformazione eterogenea, la concreta praticabilità dell'operazione è subordinata alla circostanza che la disciplina dell'ente di arrivo, analogamente a quello di partenza, non richieda per la sua costituzione la pluralità di soggetti o ne ammetta, in via transitoria, la mancanza.

Alla luce di queste affermazioni si deve escludere che le società in parola possano trasformarsi in comunioni d'azienda, consorzi e associazioni non riconosciute poiché la possibilità di ricostituire la pluralità dei soci in sede di delibera di trasformazione non sembra compatibile con la natura dell'istituto.

Diversamente sarà praticabile la trasformazione in fondazione e in società consortile unipersonale.

PARAGRAFO V

LA TRASFORMAZIONE DA E IN SOCIETÀ DI AVVOCATI.

Tra le questioni non risolte espressamente dal legislatore della Riforma in tema di Trasformazione, assume particolare rilevanza, non solo teorica, ma anche pratica, la possibilità di estendere la nuova disciplina della trasformazione eterogenea alla società tra avvocati.

Il quesito si pone sia per il passaggio da una delle forme associative attualmente utilizzate a quella prevista dal dlgs. 96 del 2001, sia l'ipotesi inversa, giustificata dall'esigenza di garantire l'adozione di forme associative in concreto ritenute più idonee.²⁰²

La soluzione del quesito non risulta agevole poiché risente delle difficoltà di coordinare le peculiarità della società tra avvocati con le finalità proprie della trasformazione eterogenea.

L'utilità pratica dell'operazione potrebbe giustificare l'estensione della disciplina dettata agli artt. 2500 *septies* e 2500 *novies* c.c., ma le forme associative che potrebbero astrattamente essere coinvolte nella fattispecie, rendono l'operazione non agevole da un punto di vista tecnico.

Esula dallo specifico del nostro lavoro la disamina completa del dibattito sul divieto, reale o presunto, dell'esercizio in forma societaria delle professioni intellettuali, previsto dal I comma dell'art. 2 della legge n. 1815 del 1939.

²⁰² Il problema è stato affrontato anche in dottrina: A. Caprara, *Trasformazione di studi associati in società in società tra avvocati: problematiche alla luce della riforma delle società*, in *Società* 2004, p. 845 ss.; M. Cupido, *Commento a Trib. Padova, 13 Maggio 2004*, in *Società* 2004 p. 1395; N. Abriani, *(in)possibilità di una trasformazione di studi professionali in società di avvocati*, in *Società*, 2001, p. 1188 s.; A. Pisani-Massamormile, *Trasformazione da e in società di avvocati*, *Riv. Dir. Comm.*, p. 189 ss.

Si deve necessariamente evidenziare, in via strumentale alla soluzione del quesito di cui sopra, che l'art. 24 della legge 266 del 1997 ha abrogato testualmente tale divieto e, pertanto, allo stato attuale, nel nostro ordinamento si deve riconoscere la legittimità dell'esercizio delle professioni intellettuali in forma associativa, ma non societaria.

Questa, infatti, deve essere considerata la situazione attualmente vigente per tutte le professioni intellettuali e, naturalmente, anche per quella di avvocato, per la quale è previsto l'esercizio anche in forma societaria.

Posta la legittimità dell'esercizio della professione intellettuale e in particolare di avvocato in forma di associazione "atipica", disciplinata sia dagli artt. 14 e ss. c.c. che dall'art. 1 della legge n. 1815/1939²⁰³, ben potrebbe manifestarsi l'esigenza di procedere ad una trasformazione da una all'altra forma.

Si potrebbe ipotizzare l'esigenza di modificare la forma originariamente prescelta per l'esercizio della professione di avvocato e, in questa prospettiva, passare da un'associazione costituita a mente degli artt. 14 e ss. c.c. e 1 della legge n. 1815/1939, in società tra avvocati disciplinata dal dlgs. n. 96 del 2001.

Si tratterebbe di un passaggio, quasi fisiologico, da una forma embrionale di esercizio associato della professione, ad un modello positivamente disciplinato e regolato da norme specifiche.

Potrebbe, tuttavia, manifestarsi anche l'esigenza opposta di passare dalla società tra avvocati alla forma meramente associativa che assicura una maggiore autonomia contrattuale dei professionisti e che, sicuramente, può risultare più vantaggiosa per il regime della responsabilità.

²⁰³ La forma assunta è, nella maggioranza dei casi, quella dell'associazione non riconosciuta, anche se la dottrina ha evidenziato la possibilità che l'associazione professionale atipica possa ottenere il riconoscimento rientrando nell'ampia e onnicomprensiva previsione delle "istituzioni di carattere privato" di cui all'art. 1 del d.p.m. 361 del 2000.

L'utilità della trasformazione da società di avvocati in associazione professionale potrebbe essere individuata nella possibilità di dar corpo ad una struttura con più studi dislocati in diverse città o diversamente specializzati.

Possibilità quest'ultima che nella società tra avvocati trova ostacolo nell'art. 21, comma 2, del dlgs. n. 96/2001 che prevede l'incompatibilità, tendenzialmente ritenuta inderogabile, alla partecipazione contemporanea a più società di avvocati.²⁰⁴

La scelta della società tra avvocati comporta inoltre, maggiori oneri contabili, posto che sarà necessario tenere le scritture contabili e redigere il bilancio secondo gli schemi previsti per l'impresa commerciale.

L'indubbia possibilità dello svolgimento da parte dell'associazione professionale di attività stragiudiziale, oltre alla maggiore ampiezza dei soggetti legittimati alla costituzione, rappresentano sicuri aspetti favorevoli nel senso della convenienza della trasformazione.

Un'ulteriore ipotesi di trasformazione potrebbe vedere come punto di partenza una società di mezzi.

Potrebbe, infatti, manifestarsi l'esigenza di trasformare in società di avvocati una società di mezzi, a fianco della quale vi sia un'associazione professionale atipica.

In questo caso la fattispecie si presenta del tutto peculiare poiché si tratta di riunire in un unico soggetto di arrivo due soggetti di partenza di natura non omogenea, essendo la società di mezzi una società commerciale e la seconda un'associazione professionale.

Potrebbe manifestarsi anche l'ipotesi inversa della trasformazione della società tra avvocati in società di mezzi, la quale, tuttavia, più che allo schema della trasformazione

In tal senso Pisani-Massamormile, op.cit., p.193-194, testo e nota n. 9.

²⁰⁴ Per un approfondito esame delle motivazioni che inducono ad optare tra società e associazioni si rinvia a O.Cagnasso, La disciplina residuale del modello "società tra avvocati", in Società, 2001, p. 1180 ss.

eterogenea sembra riconducibile al procedimento di trasformazione omogenea da società di persone in una società di capitali o in un'altra società di persone.

A prescindere dalla soluzione del quesito, non si può negare che tutte le ipotesi trasformative prese in considerazione presentino l'indubbio carattere della eterogeneità, stante la diversa natura degli enti di partenza e di arrivo delle vicende astrattamente configurate.

Il riconoscimento di queste forme di trasformazione discende, invece, da dei principi ispiratori della riforma e dagli effetti che la nuova disciplina dettata negli artt. 2500 *septies* e *octies* c.c. produce sull'intero sistema normativo.

Indubbiamente nessuna delle tre ipotesi prese in considerazione è riconducibile ai modelli espressamente previsti dagli artt. 2500 *septies* e *octies* c.c.

Si tratta, infatti, di fattispecie che hanno come punto di arrivo o di partenza rispettivamente una società di persone e un'associazione.

L'ipotizzata trasformazione della società di mezzi comporta, inoltre, anche una fusione eterogenea e ha, comunque, come punto di arrivo una società di persone.

Non è quindi solo il superamento dell'elencazione delle vicende trasformative di cui agli articoli 2500 *septies* ed *octies* c.c. a costituire ostacolo alla configurabilità dell'operazione dovendosi, altresì, risolvere il quesito della ammissibilità della trasformazione eterogenea di società di persone e della fusione eterogenea.

Per quanto concerne l'ipotesi specifica di trasformazione da società tra avvocati in associazione professionale si deve evidenziare, in via preliminare, come l'ente di arrivo dell'operazione sia previsto dall'art. 2500 *octies*, comma I.

L'associazione professionale è, infatti, normalmente non riconosciuta e, anche ad ipotizzare la volontà degli avvocati di chiedere il riconoscimento, si tratterà di un aspetto della fattispecie che verrà in rilievo in un secondo momento.

La circostanza che l'ente di partenza della trasformazione, sia una società di persone e, pertanto, non rientrante nella previsione degli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c., è un ostacolo che, da un punto di vista sistematico, risulta facilmente superabile.

Come evidenziato nel paragrafo dedicato alla trasformazione eterogenea delle società di persone, l'elencazione delle fattispecie di trasformazione, pur caratterizzata da un innegabile carattere di analiticità, non deve essere intesa come tassativa.

Inducono a queste conclusioni, sia la ratio ispiratrice del nuovo istituto, tesa a creare uno strumento idoneo ad adeguare i modelli societari alle esigenze dell'impresa, sia il principio di economia degli atti giuridici.

Del resto, la trasformazione della società tra avvocati non trova ostacolo nella funzione dell'istituto che è quella di garantire la continuità dell'attività economica e non necessariamente imprenditoriale degli enti di partenza, come dimostrato dal testuale riconoscimento della trasformazione di associazioni o fondazioni.

Passando ad esaminare l'ipotesi della trasformazione di associazione professionale a società tra avvocati, sembra possibile riconoscerne l'ammissibilità pur evidenziando l'esistenza di maggiori ostacoli di carattere letterale.

In questo caso, infatti, la fattispecie differisce dal modello di trasformazione eterogenea in società di cui all'art.2500 *octies*, comma 1, non solo per il punto di arrivo, ma anche per quello di partenza.

L'ente trasformando è, infatti, un'associazione non riconosciuta, mentre l'art. 2500 *octies* c.c. prende in considerazione solo le associazioni riconosciute.

Nonostante per l'ipotesi generale si sia sostenuto l'inammissibilità di superare il dato normativo, la peculiarità dell'associazione professionale giustifica l'ammissibilità della fattispecie.

A sostegno della tesi dell'ammissibilità si può, inoltre, richiamare la ratio del nuovo istituto introdotto dalla riforma del 2003.

Anche nell'ipotesi in esame esiste l'esigenza di adeguare le regole organizzative all'evoluzione dell'attività, evitando, contemporaneamente, il ricorso a vicende estintive e liquidative.

Da un punto di vista generale può, altresì, essere richiamato il principio di economia degli atti giuridici e quello di semplificazione della disciplina delle società che, indubbiamente, trascendono i confini delle società di capitali e legittimano l'applicazione analogica delle norme sulla trasformazione eterogenea al di fuori dei casi esplicitamente previsti.

L'accoglimento della tesi contraria a quella da noi condivisa comporterebbe l'imposizione di un procedimento più complesso e costoso per l'adozione delle regole organizzative previste per la società in nome collettivo di diritto speciale di cui al dlgs n. 96/2001.

L'associazione, infatti, dovrebbe prima ottenere il riconoscimento e poi trasformarsi in società di capitali; successivamente la società di capitali risultante dalla trasformazione dovrebbe procedere alla trasformazione in società di persone.

Per quanto riguarda, infine, la trasformazione della c.d. società di mezzi in società tra avvocati, si deve evidenziare la necessità di procedere anche ad una fusione poiché la fattispecie è caratterizzata dalla presenza di un duplice punto di partenza quale una società di mezzi, di persone o più spesso di capitali, ed un'associazione professionale.

L'intento dei soci che, sembra legittimo ipotizzare essere gli stessi professionisti, di unificare le due strutture e continuare ad operare con una società tra avvocati, dovrebbe essere attuato in due momenti, almeno logicamente distinti.²⁰⁵

Dapprima si dovrebbe procedere alla trasformazione dell'associazione professionale in società tra avvocati e, poi, alla fusione per incorporazione della preesistente società di mezzi nella società di persone tra avvocati risultante dalla trasformazione.²⁰⁶

²⁰⁵ In tal senso, Pisani-Massamormile, op. cit., p 238.

²⁰⁶ La fusione in parola, interna all'area delle società, ante riforma veniva qualificata come eterogenea e ritenuta ammissibile, è ora esplicitamente ammessa dall'art.2505 quater c.c.

PARAGRAFOVI

AUMENTI DI CAPITALE E OPZIONE NELLA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA.

Il legislatore non prevede espressamente un obbligo a carico della società trasformanda e, più in generale dell'ente trasformando, di operare sul capitale (o, per usare un'espressione che risulti compatibile con tutti gli enti di partenza della fattispecie in esame sull'elemento patrimonio) determinando una modifica in aumento e, neppure in riduzione.

A differenza di altre operazioni c.d. straordinarie, la trasformazione nell'ottica del legislatore non è collegata ad una necessaria modifica del capitale la quale, tuttavia, non può essere considerata aprioristicamente estranea alla fattispecie, sia essa omogenea che eterogenea.

Limitando l'esame alle problematiche della trasformazione eterogenea, si deve rilevare che l'operazione di aumento può rappresentare un presupposto di legittimità della stessa fattispecie.

La pluralità delle ipotesi regolate dagli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c. e le profonde differenze strutturali esistenti tra gli enti coinvolti non consente di prospettare la modifica del capitale (o entità patrimoniale) come un elemento costante della trasformazione eterogenea.

In una prospettiva che abbia come riferimento l'insieme delle ipotesi di trasformazione eterogenea, l'aumento si pone come momento meramente eventuale.

L'eventualità non è collegata alla volontà dell'ente trasformando, ma alla sua natura giuridica e alle regole sulla formazione del capitale previste dalla legge per l'ente di partenza e di arrivo della fattispecie.

L'eterogeneità delle vicende trasformative non consente di prospettare una soluzione unitaria al quesito in esame e impone di esaminare distintamente le diverse ipotesi.

Nell'ambito di un'operazione di trasformazione di una società di capitali in società consortile²⁰⁷, ad esempio, potrebbe essere necessario deliberare un aumento di capitale al fine di creare i presupposti per adottare validamente la delibera nel caso in cui il passaggio dallo scopo lucrativo a quello consortile sia accompagnato dall'adozione di un diverso modello organizzativo. Si pensi, ad esempio, ad una s.r.l. che intende trasformarsi in società per azioni consortile.

In quest'ultima ipotesi, la creazione delle condizioni per l'operazione passa necessariamente attraverso una fase di capitalizzazione della società trasformanda.

Si tratta di un profilo della fattispecie che non è regolato espressamente e che è astrattamente ipotizzabile anche per altre ipotesi di trasformazione eterogenea.

Il quesito, come prima detto, sorge non solo per le entità caratterizzate dalla presenza del capitale ma anche semplicemente del patrimonio.

La conservazione del patrimonio cui è finalizzata l'operazione è compatibile con un aumento dello stesso poiché la soluzione negativa determinerebbe un limite all'esplicazione dell'autonomia privata che, al contrario, il legislatore ha voluto favorire.

Il problema che si pone è quello di stabilire se tale aumento possa trovare la sua giustificazione causale nella delibera di trasformazione, costituendo con essa un *unicum*, o, piuttosto, quella di aumento debba essere considerata come un'operazione autonoma anche se collegata alla trasformazione.

²⁰⁷ L'esigenza potrebbe manifestarsi anche nell'ipotesi inversa di trasformazione da società consortile in società lucrativa.

Probabilmente una risposta univoca non si può dare. Se si ammettesse per tutte le ipotesi l'aumento contestuale si accentuerebbe l'elemento costitutivo della trasformazione insito nel conferimento necessariamente collegato all'aumento di capitale, venendo, così, la continuità, di fatto, svalutata.

Si potrebbe sostenere che l'aumento vada deliberato in un momento precedente, nelle ipotesi in cui la trasformazione coinvolge un ente nel quale il capitale rappresenta un elemento essenziale della struttura organizzativa.

Dove il capitale non è previsto come elemento essenziale, probabilmente, si può sostenere che la creazione dello stesso per adattare la struttura di partenza a quella di arrivo possa avvenire contestualmente. Diversamente si configurerebbe l'esistenza di un obbligo di creare un patrimonio in un ente per il quale la legge non lo richiede e che, peraltro, conserva la sua natura giuridica fino al momento dell'efficacia della trasformazione la quale, in astratto, potrebbe anche non perfezionarsi.

L'esigenza potrebbe manifestarsi, inoltre, anche nell'ipotesi inversa di trasformazione da società consortile in società lucrativa e, sia pure con problematiche diverse, nel caso di trasformazione di un'associazione in società di capitali quando, come possibile, il patrimonio dell'associazione non raggiunga il capitale minimo richiesto dalla legge per il tipo societario prescelto.

Potrebbe sorgere, altresì, nel caso, considerato ammissibile, della trasformazione di un consorzio interno in società, stante la mancanza nell'ente in esame, di un fondo comune la cui creazione sia legislativamente imposta.

Anche la trasformazione omogenea potrebbe rendere necessario un aumento di capitale quando da un tipo di società chiusa si voglia passare ad un tipo di società ad azionariato diffuso.

Con riferimento specifico alla trasformazione in società consortile le modalità ed i tempi dell'operazione risentono, inevitabilmente, dell'interferenza della disciplina della trasformazione posta a tutela dell'integrità del capitale.

Non sembra sia ipotizzabile un'operazione di sottoscrizione e di conferimento, strumentale alla capitalizzazione della s.p.a., per la differenza di capitale della s.r.l. di partenza e il minimo legale, causalmente giustificata dalla trasformazione e ad essa inscindibilmente legata.

Si realizzerebbe, sostanzialmente, una operazione difficilmente qualificabile da un punto di vista giuridico. La vicenda, pur rievocando il conferimento, non può essere considerata quale aumento di capitale della società trasformata perché il minimo legale deve sussistere all'atto della trasformazione come dimostrato dalla circostanza che già dalla relazione degli amministratori deve risultare necessariamente l'attestazione che il netto patrimoniale della società trasformanda è almeno pari a quello richiesto dalla legge per la società che risulterà dalla trasformazione.

Escluso, quindi, che l'aumento di capitale, in quanto presupposto per la trasformazione, possa costituire il contenuto di una delibera complessa, si può, tuttavia ritenere che, a determinate condizioni, possa essere, comunque, contenuto nello stesso verbale.

Ciò potrà avvenire a condizione che sia garantita l'autonomia giuridica e formale tra i due momenti dell'operazione e purchè formalmente la delibera di aumento di capitale, anche se contenuta nello stesso verbale, si presenti, oltre che autonoma, anche precedente a quella di trasformazione.

La soluzione, che sostanzialmente determinerebbe l'attrazione di tale operazione nella categoria delle cd. delibere a cascata, potrebbe non essere praticabile nel caso in cui l'ente di partenza sia una s.r.l. poiché, il meccanismo pubblicitario dell'art. 2470 c.c

produrrebbe rilevanti problemi in ordine all'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare alla delibera.

Altro quesito connesso all'operazione in esame riguarda l'ammissibilità della limitazione o esclusione del diritto di opzione nell'operazione di aumento.

Il problema non risulta affrontato dalla letteratura ufficiale e il silenzio del legislatore sul punto potrebbe legittimare l'esclusione o la limitazione secondo le regole generali dettate dal codice civile.

Questa soluzione non sembra condivisibile aprioristicamente perché la limitazione o l'esclusione del diritto di opzione, nell'ambito di una operazione di trasformazione, oltre a costituire lo strumento attraverso il quale il gruppo di comando della società trasformanda può porre in essere uno stravolgimento delle originarie posizioni dei soci, potrebbe risultare incompatibile con le finalità dell'operazione.

Il rischio dell'abuso della maggioranza, astrattamente insito ad ogni operazione, non può, tuttavia, costituire l'elemento decisivo per giustificare l'inammissibilità dell'esclusione del diritto di opzione, rilevando, al più, sotto il profilo dell'invalidità della delibera.

L'inammissibilità della esclusione o della limitazione del diritto di opzione discende dalla particolare rilevanza assunta nel caso in esame dall'interesse dei soci a mantenere immutata l'originaria compagine sociale, tale da rendere l'offerta a terzi teleologicamente incompatibile con il fine ultimo dell'aumento di capitale.

Oltre che per le conseguenze di carattere pratico la scelta dell'inammissibilità dell'esclusione o limitazione dell'opzione sembra funzionale a garantire la continuità della originaria compagine sociale, da intendersi come aspetto specifico del principio di continuità in questa ipotesi trasformativa.

L'ingresso di terzi nella compagine sociale, infatti, porta con sé il rischio che non tutti i nuovi soci posseggano il requisito soggettivo richiesto quale presupposto per il perseguimento della finalità consortile.

Anche la sottoscrizione dell'aumento da parte di imprenditori potrebbe essere in contrasto con "la progettualità" della trasformazione in società consortile, intesa come fase anteriore all'operazione nella quale i soci, prima ancora che l'organo amministrativo, programmano l'operazione in funzione delle esigenze delle rispettive imprese, il cui perseguimento potrebbe, quantomeno essere reso più difficile dall'ingresso di terzi; stante l'indubbia rilevanza che assume l'elemento personale per il perseguimento della finalità consortile.

IL principio di continuità, nell'aspetto specifico che caratterizza la trasformazione la trasformazione in società consortile, sarebbe, di fatto, frustrato, e il principio di correttezza nell'esecuzione del contratto sicuramente violato.

Queste conclusioni, astrattamente estensibili ad altre ipotesi, assumono una valenza ulteriore nel caso in cui l'ente risultante dalla trasformazione sia una società consortile. In questo caso l'interesse al mantenimento della originaria compagine sociale inalterata assume una rilevanza centrale nell'operazione.

Nella progettualità di una operazione di trasformazione eterogenea di una società di capitali in una società consortile, sia essa accompagnata o meno dall'adozione di un diverso tipo sociale, la decisione dei soci è finalizzata all'adozione di un modello organizzativo che consenta di perseguire la finalità consortile.

La creazione di una struttura organizzativa per lo svolgimento o per la disciplina di determinate fasi delle rispettive imprese ha, almeno da un punto di vista astratto, rilevanza pratica oltre che giuridica, solo tra soggetti legati da un interesse

imprenditoriale. In questa prospettiva la sottoscrizione da parte di terzi dell'aumento "a servizio della trasformazione" derivante dalla esclusione o limitazione del diritto di opzione diventa un pericolo per la stessa operazione poiché i terzi potrebbero non essere imprenditori o esercitare l'attività d'impresa in settori diversi o, ancora, essere sgraditi alla originaria compagine sociale.

In tale ipotesi l'esclusione dell'opzione sembra incompatibile con la finalità consortile alla cui adozione la delibera di aumento, sia pure autonoma, è teleologicamente finalizzata e giuridicamente collegata.

La conclusione cui si è pervenuti sembra essere confermata dalla circostanza che l'intangibilità del diritto d'opzione rappresenta un'esigenza fortemente avvertita nelle società consortili, sia pure *manente societate*.

Nonostante la questione sia ancora discussa, la legittimità di una clausola statutaria che escluda o limiti il diritto di opzione spettante ai soci ai sensi dell'art. 2441 c.c. al fine di ampliare la compagine sociale è esclusa da autorevole dottrina.²⁰⁸

Tale orientamento sembra condivisibile poiché nella società consortile l'interesse dei soci alla conservazione della compagine sociale originaria risulta prevalente rispetto all'interesse della società di ampliarla.

Questo interesse sussiste non solo quando la società consortile già esiste ma, anche quando si aumenta il capitale al fine di procedere alla trasformazione in società

²⁰⁸ Per un resoconto del dibattito si rinvia a Sarale, *Trattato di diritto commerciale*, op. cit., p. 547, testo e note 255, 256. Il quesito si inquadra nel più ampio problema della compatibilità tra le regole societarie e la funzione consortile, assume un particolare rilievo in riferimento alla variabilità della compagine consortile. Se, come diffusamente si osserva, le disposizioni societarie inderogabili incompatibili con la finalità consortile non sono numerose, la disciplina dell'opzione rientra, sicuramente, tra gli aspetti della disciplina societaria la cui applicazione determina punti di frizione tra i contrapposti interessi potenzialmente coinvolti nella fattispecie. L'ammissibilità o meno dell'esclusione dell'opzione dipende dal rapporto che nella società consortile esiste tra interesse della società ed interesse dei soci alla conservazione della compagine sociale originaria, da collegare, a sua volta, all'interesse mutualistico del singolo socio o del gruppo nel suo insieme.

consortile. La finalità cui l'aumento, autonomo rispetto alla trasformazione, è preordinato, determina una sostanziale identità tra le due ipotesi in considerazione.

Oltre tutto, quando, come nel caso prospettato all'inizio del paragrafo, l'ente trasformando sia una società a responsabilità limitata il diritto di opzione non sarebbe limitabile se la possibilità non fosse prevista dall'atto costitutivo

Dalla disciplina della nuova s.r.l. e, in particolare dagli artt. 2482 *ter* e 2482 *quater* cc., si può desumere un ulteriore indizio a conferma della tesi della inammissibilità della limitazione dell'opzione in tutte le ipotesi in cui l'aumento di capitale è considerato come obbligatorio a determinati effetti o, comunque, funzionale ad una più ampia operazione.

La lettura congiunta delle disposizioni recate dalle norme richiamate evidenzia che la limitazione o l'esclusione dell'opzione non sia in alcun modo ipotizzabile in un'operazione di aumento finalizzata alla ricostituzione del capitale minimo nell'ambito di una operazione di riduzione per perdite, stante l'espresso divieto dell'art. 2482 *quater* di modificare le quote di partecipazione e i diritti spettanti ai soci.

PARAGRAFO VII

LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA E LA RIDUZIONE DEL CAPITALE PER PERDITE.

La nuova disciplina della trasformazione eterogenea offre lo spunto per una riflessione che riguarda una particolare funzione che l'istituto potrebbe svolgere.

Il legislatore della riforma, com'è noto, non ha modificato l'originaria formulazione dell'art. 2447 c.c., nella parte in cui riconosce alla società per azioni, in presenza di perdite superiori ad un terzo del capitale che abbiano determinato una riduzione dello stesso, o meglio del patrimonio netto, al di sotto del minimo legale, di deliberare la trasformazione della società, in alternativa alla riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al minimo legale.

Alla luce delle profonde innovazioni subite dall'istituto della trasformazione ad opera della riforma si può dubitare che il termine trasformazione di cui all'art. 2447 c.c. indichi esclusivamente la trasformazione societaria.

Il generico riferimento alla trasformazione contenuto nella formulazione originaria della norma, peraltro rimasta invariata, era giustificato dalla circostanza che nel sistema del codice civile del 1942 la trasformazione societaria era l'unica forma ad essere regolata, sia pure in maniera non del tutto completa.

Diversamente l'attuale regolamentazione dell'istituto si caratterizza per la previsione espressa che la trasformazione possa coinvolgere anche enti diversi dalle società.

In un'unica sezione, dedicata alla trasformazione, il legislatore regola sia la trasformazione c.d. omogenea che quella eterogenea.

Le indubbie differenze che esistono tra le due categorie, pur giustificando la previsione di una disciplina per alcuni versi speciale per le vicende trasformatrici di cui agli artt.

2500 septies e octies c.c., non sono tali da consentire di negare l'esistenza di una comune matrice.

Alla luce di questa affermazione sembra possibile ritenere che in caso di perdite ex art. 2447 c.c., la società possa deliberare anche la trasformazione in uno degli enti previsti dall'art. 2500 septies c.c..

La configurabilità dell'operazione non trova ostacoli di carattere sistematico poiché nella stessa ottica del legislatore la situazione di perdita del capitale è considerata come un momento riorganizzativo della vita dell'ente, senza limitazioni quanto alle scelte adottabili, come dimostrato alla circostanza che i provvedimenti adottabili sono configurati perfettamente alternativi.

In questa occasione i soci ben potrebbero valutare l'opportunità di procedere ad una riorganizzazione particolarmente incisiva sul modello originariamente prescelto per l'esercizio dell'attività di impresa, decidendo, altresì, di abbandonare lo scopo originario.

Sostenendo il contrario si creerebbe un limite all'autonomia privata che il legislatore non sembra abbia voluto prevedere, poiché se vi fosse stata l'intenzione di limitare la facoltà della società alla sola trasformazione omogenea, si sarebbe provveduto a specificare la previsione di cui all'art. 2447 c.c..

Né si può ipotizzare una dimenticanza del legislatore frettoloso, poiché anche all'art. 2482 ter c.c., in tema di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale nella s.r.l., si fa generico riferimento alla possibilità di "deliberare la trasformazione della società".

La norma, introdotta dalla riforma, contiene l'autonoma regolamentazione della riduzione del capitale che, nella originaria lettera del codice del 1942, era disciplinata

dalle norme della s.p.a., in virtù del rinvio operato dall'art. 2496 c.c., e rappresenta l'ulteriore conferma dell'intenzione del legislatore di non limitare l'autonomia privata. Se non si può aprioristicamente escludere la possibilità che la società deliberi una trasformazione eterogenea piuttosto che la riduzione e ricapitalizzazione, non si può tuttavia sostenere che tutte le ipotesi previste dall'art. 2500 septies siano in ogni caso praticabili.

Bisognerà in concreto accertare se sussistono i presupposti per attuare legittimamente la volontà della società di adottare una delibera che può comportare, a seconda dei casi, sia una modifica del solo scopo, sia dello scopo e del tipo, sia dello scopo e della struttura organizzativa.

Diversamente da quanto avviene nel caso in cui si opta per una trasformazione omogenea, la fattispecie in esame non è subordinata esclusivamente all'accertamento dell'esistenza di un attivo patrimoniale.²⁰⁹

Sarà, altresì, necessario accertare la possibilità di procedere alla operazione nel rispetto dei presupposti che sono specificamente richiesti per ciascuno degli enti coinvolti nella fattispecie di riferimento.

Qualora, ad esempio, si deliberi la trasformazione in consorzio i soci dovrebbero possedere la qualifica soggettiva richiesta dalla legge per tale tipo di contratto.

Ancora nel caso di s.r.l. o s.p.a. unipersonale non si potrebbe procedere alla trasformazione in associazione, poiché tale figura presuppone l'esistenza di una pluralità di associati né in società consortile, stante la difficoltà di configurare la compatibilità della finalità consortile con la situazione di unipersonalità.

²⁰⁹Che, peraltro, verrebbe in rilievo anche nel caso in cui la società deliberi la trasformazione eterogenea in società consortile, dovendo in tal caso sussistere almeno il capitale minimo richiesto dalla legge per il tipo adottato.

Analogamente sembra debba escludersi la trasformazione in comunione di azienda per l'inesistenza di più soci che a seguito della trasformazione possano diventare contitolari dell'azienda della società trasformanda.

Il riconoscimento della possibilità di deliberare una trasformazione eterogenea non incontra ostacoli nella possibile obiezione che l'operazione realizzi un pregiudizio per gli interessi dei creditori sociali.

Anche nella trasformazione eterogenea ex art. 2500 septies, l'ente risultante dalla trasformazione risponderà delle obbligazioni anteriori e, inoltre, sarà possibile proporre opposizione alla delibera ai sensi e per gli effetti dell'art. 2500 novies c.c.

La soluzione prospettata sembra praticabile anche nel caso in cui il capitale sociale sia andato interamente perduto.

Il legislatore, com'è noto non regola espressamente tale ipotesi ma, nonostante sia stato sostenuto il contrario²¹⁰, l'opinione attualmente prevalente è nel senso di riconoscere l'applicabilità della disciplina dell'art. 2447 c.c., anche per ciò che concerne la trasformazione²¹¹.

Quanto alla trasformazione, anche coloro che ne ammettono la possibilità in caso di capitale azzerato, fanno riferimento solo alla trasformazione omogenea in società di persone e, in particolare, in società semplice, a causa dell'insormontabile ostacolo derivante dalla perdita integrale del capitale.

Perché per evitare la liquidazione si dovrebbe costringere i soci, nel caso in cui non siano disposti alla ricapitalizzazione, alla trasformazione in società di persone e non consentire loro di procedere ad una delle trasformazioni regolate dall'art. 2500 septies c.c.?

²¹⁰ Graziani, *Diritto delle società*, Milano, 1962, 511; Ghidini, *Società personali*, Padova, 1972, 936.

²¹¹ Busi, *La riforma delle società, S.P.A.- S.R.L., operazioni sul capitale*, Milano, 2004, 505.

La soluzione potrebbe essere particolarmente vantaggiosa, anche se praticabile solo per le fattispecie nelle quali gli enti di arrivo non richiedono l'esistenza di un patrimonio iniziale.

In questa prospettiva sembra legittimo ipotizzare l'impossibilità della trasformazione in fondazione, in società cooperativa, in consorzio esterno ed in società consortile.

LA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA E LA NEUTRALITA' DEGLI ENTI ASSOCIATIVI.

La nuova disciplina della trasformazione eterogenea può essere considerata come una tappa fondamentale, anche se non conclusiva, del processo di progressiva dissoluzione delle linee di confine tra i diversi soggetti collettivi presenti nel nostro ordinamento.

A fronte della varietà delle figure organizzative che possono costituire il punto di partenza o di arrivo di una vicenda trasformativa e della diversità causale delle figure stesse, sembra necessario chiedersi se il sistema così evolutosi abbia sviluppato nuovi principi applicabili a tutte le forme associative presenti nel nostro ordinamento.

L'interrogativo, a parere di chi scrive, potrebbe porsi anche in senso inverso.

Le recenti novità legislative in tema di trasformazione eterogenea consentono di considerare ancora esistenti, o quantomeno applicabili ad ogni forma associativa, i principi già vigenti?

In quale direzione va muovendosi il nostro ordinamento?

Gli indizi desumibili dalla regolamentazione della trasformazione eterogenea potrebbero astrattamente giustificare risposte diverse.

Si potrebbe ipotizzare la volontà del legislatore di superare la tipicità causale degli schemi associativi o la semplice volontà di consentirne l'interscambiabilità in funzione delle mutate esigenze delle parti.

Si potrebbe, tuttavia, e forse più coerentemente, richiamare il fenomeno, peraltro non nuovo all'esperienza italiana, della "neutralizzazione" delle forme associative.

L'ampio spazio riconosciuto all'autonomia privata nel cambiamento del modulo organizzativo originariamente prescelto induce a ritenere che l'effetto riflesso della nuova disciplina riguardi il rapporto tra le diverse figure associative e i tipi societari.

Non si può certo sostenere, per le ragioni di cui infra, che la causa societaria e quella propria degli enti associativi siano state considerate dal legislatore del tutto sovrapponibili.

Ciò che si può desumere è invece l'intenzione di superare la netta contrapposizione tra le figure stesse.

In questo senso, si può sostenere che il rapporto fra le diverse figure associative e societarie vada progressivamente sfumando verso la c.d. neutralizzazione.

Ma cosa si intende per neutralizzazione degli enti associativi?

Il concetto in parola deve essere inteso non come superamento degli schemi tipici positivamente regolati, che vengono comunque conservati, ma come possibilità di usare lo schema tipico anche per funzioni diverse da quelle a cui sembrerebbe stato ontologicamente preordinato.

La neutralità va valutata rispetto ai contenuti economici che la forma giuridica prescelta consente di perseguire.²¹²

Si intende, perciò, fare riferimento alla possibilità che gli schemi tipici dei contratti associativi possano essere indifferentemente utilizzati sia per il perseguimento di una causa lucrativa che per una causa ideale.

Fin dall'entrata in vigore del codice del 1942, ma soprattutto negli ultimi decenni, si sono manifestati molteplici fenomeni che hanno consentito di parlare di neutralità delle organizzazioni associative in senso lato rispetto al loro significato economico.

²¹² L'opportunità di valutare la neutralità delle forme giuridiche rispetto ai contenuti economici è un fenomeno la cui portata è stata originariamente colta da Rescigno, *Fondazione e impresa*, op.cit., loco cit.

L'ipotesi della gestione diretta di imprese appare in questo senso assolutamente significativo.

Il fenomeno della non-profit e il ruolo determinante ricoperto nel nostro ordinamento da altre figure associative, sostanzialmente atipiche, ha dato vita ad un vivace dibattito sul rapporto tra causa e tipo negli enti associativi.

Il quesito è collegato, anche temporalmente, al più ampio dibattito che nell'ultimo trentennio ha avuto ad oggetto la funzione dello scopo di lucro nelle società²¹³ e la utilizzazione indiretta dei tipi societari.

Sembra che la configurazione dell'attuale sistema normativo, anche alla luce della prospettiva di riforma degli enti del primo libro, giustifichi la possibilità di parlare di neutralizzazione delle forme giuridiche.

Costituiscono prove del fenomeno la indeterminatezza dei confini tra associazioni e società e la dissoluzione, da più parti evidenziata, della linea di demarcazione tra persone giuridiche ed enti non personificati.

Il nuovo sistema, tuttavia, non supera i principi tradizionali in tema di lucro che devono essere ancora considerati assolutamente inderogabili.

Anche alla luce della nuova disciplina della trasformazione eterogenea che, ispirata alla predisposizione di strumenti negoziali che favoriscano l'adozione di diversi modelli organizzativi più idonei al perseguimento delle mutate esigenze, sembra possibile sostenere che il legislatore abbia preso atto della circostanza che le associazioni e le fondazioni perseguono, almeno in molti casi, attività di impresa.

Solo così si può spiegare uno strumento giuridico teso a garantire l'adozione di una organizzazione diversa da quella originaria, posto che il cambiamento repentino dello

²¹³ Per un resoconto del dibattito si rinvia a G. Marasà, *Le "Società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 165ss.

scopo originario, pur se non escluso astrattamente, sembra, in concreto, poco configurabile.

La trasformazione eterogenea diventa, con riferimento alle fattispecie che coinvolgono gli enti del primo libro del codice civile, anche o soprattutto uno strumento per garantire la continuità dell'impresa.

Alla luce di quanto esposto e dell'esame della disciplina della trasformazione eterogenea, sembra possibile sostenere che ciò che il legislatore ha voluto neutralizzare non è tanto la causa degli enti associativi, ma il tipo o lo schema funzionale.

Nell'ottica del legislatore, la causa resta ancora un elemento caratterizzante la fattispecie, anche se il favor per il passaggio da una all'altra funzione economico sociale è indice di un certo affievolimento della stessa.

Bibliografia

Dottrina

AA. VV. , “Il nuovo diritto societario”, commentario diretto da Gastone Cottino, Guido Bonfante, Oreste Cagnasso, Paolo Montalenti, III vol., artt.2484-2548 ,Zanichelli,2004.

AA. VV.,”La riforma del diritto societario. Atti del convegno di studio svoltosi Courmayeur,27-28 settembre 2002”, Giuffrè, Milano, 2003.

AA.VV.,”Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private”, a cura di Benazzo-Patriarca- Presti, Milano, 2003

AA. VV., “Diritto delle società”(Manuale breve),introduzione di Bernardino Libonati, Giuffrè,2004.

Abate-Dimundo-Lambertini-Panzani-Patti,” Gruppi, trasformazione, fusione e Scissione, scioglimento e liquidazione,società estere(artt. 2484-2510 c.c.) “,Giuffrè, Milano,2003.

Ambrosini (a cura di),” La riforma delle società. Profili della nuova disciplina”, Giappichelli, Torino,2002.

C.Angelici, “Trasformazione del tipo di società”, in *I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padova, 1976, p.1523ss

“La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale”, Cedam, Padova,2003.

Arnò- Ianni,”La riforma del diritto societario.Commento alla legge delega 3 ottobre 2001,n.366”,Giappichelli,Torino,2002.

T. Ascarelli, “Società, associazione, consorzi, cooperative e trasformazione”, in *Riv.Dir.Comm.*,1949, II,425.

“Trasformazione di società in cooperativa e viceversa. Deliberazione a maggioranza e deliberazione all’unanimità nel sistema delle società”, in *Foro It.*, 1956, I, 777.

Associazione Bancaria Italiana (a cura di), "La riforma del diritto societario e le Banche", Bancaria Editrice, Roma, 2004.

Associazione Disiano Preite, "Il nuovo diritto delle società" (società di capitali e cooperative), Il Mulino, 2003

G. Auletta- N. Salanitro, "Diritto commerciale", Giuffrè, Milano, 2003..

E. Bellezza, "Fusioni, scissioni, trasformazioni e verbali assembleari: spunti di riflessione per qualche significazione in dottrina e problemi del notariato-argomenti e attualità- La riforma del diritto societario", *Dalle relazioni e interventi alla giornata di studio-scuola di notariato A. Anselmi/Consiglio notarile di Roma-26 gennaio 2002, Rivista del Notariato LVI.*

Bigiavi, "Sulla trasformazione delle cooperative" in *Giur.It.*, 1949, I, 2, 513.

Bolaffi, "La società semplice", Milano, 1947.

Borgioli, "Consorti e società consortili" in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo continuato da L. Mengoni*, Milano, 1985.

A. Bortoluzzi, "La riforma delle società. Aspetti applicativi", UTET, 2004
Brunetti, "Trattato del diritto delle società" II, Milano, 1950.

Buonocore (a cura di), "Manuale di diritto commerciale", Giappichelli, Torino, 2003.

"La riforma del diritto societario. Commento al d.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003, Giappichelli, Torino, 2003.

A. Busani, "La riforma delle società e dei bilanci: le nuove regole per s.p.a. e s.r.l.: schemi analitici di confronto tra vecchia e nuova normativa, commenti operativi con norme correlate...", Milano, Il Sole 24 Ore, 2003

Busi, "Sulla trasformabilità di una società cooperativa in associazione non riconosciuta", *Nuova Giurisprudenza Commerciale*, 1993, I, 189.

G. Cabras, "Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società", Milano, 1978.

"Le trasformazioni", in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7 *** , UTET, 1997.

"Fusione c.d. eterogenea e responsabilità dei soci ", nota ad A. Trieste 3 febbraio 1975, in *Giur. Comm.*, 1975, II, 656.

"Le trasformazioni di società *de iure condito* e nella prospettiva di riforma del diritto societario", *Riv. Not.*, III, 2002, 237.

O. Cagnasso, "La trasformazione delle società", in *Il codice civile-Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, artt. 2498-2500, Giuffrè. 1990.

"Note in tema di trasformazione di società di capitali in pendenza del procedimento di controllo giudiziario", *nota a A. Lecce 24-11-1993*, in *Giur.It.*, 1995, I, 2, 61.

"Società con partecipazione pubblica-società in accomandita per azioni-società a responsabilità limitata-trasformazione e fusione- società estere" Torino, UTET, 1990, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*.

"Casi e materiali di diritto commerciale", I, *Società per azioni*, Milano, 1974.

"Norme contenute in leggi speciali e modificazioni <introdotte> dall'ordinamento" in *Contratto e impresa* 1986, 129.

O. Cagnasso-Irrera, "Fusione e trasformazione delle società", in *Digesto commerciale*, UTET, Torino, 1991, vol. VI, 309.

"Società di capitali", in *Giur.Sist. Bigiavi*, II edizione, Torino, 1990, 317.

G.F. Campobasso, "Diritto Commerciale", II, 4 ed, Torino, 1999, 565.

Capurso, "Nota a App. Trieste", 6 novembre 1978, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 690.

Cavazzuti, "Trasformazione della società", in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, II, p.118 ss.

Corsi, "Società in accomandita per azione" in *Digesto Commerciale XIX* ed, Torino, 1997, 241.

"Le nuove società di capitali", Giuffrè, Milano, 2003.

Costi, "L'azionista accomandatario", Padova, 1969, 122.

Costi-Di Chio, "Società in generale. Società di persone. Associazione in partecipazione", in *Giur. Sist. Civ. e Comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1980.

G. Cottino, "Le società, diritto commerciale" vol.I., II, 4 ed., Cedam, 1999.

L. De Angelis, "La trasformazione nella riforma del diritto societario", in *Le società in. 2bis-2003*, 383.

"Dal capitale <leggero> al capitale <sottile>: si abbassa il livello di tutela dei creditori" in *Le società 2002* 1456 ss.

"La trasformazione delle società", *collana della Rivista delle società*, Milano, Giuffrè, 1998.

"Profili di diritto contabile nella trasformazione delle società", in *Giur. comm.*, 1997, I, 344.

"Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario", in *Riv. Società*, 2002, 41 ss.

"Osservazioni sull'invalidità della trasformazione", *Le società 2003*, 1437.

"Trasformazione, fusione e scissione: riflessi concorsuali della riforma societaria", *Fall.*, 2004, 353.

De Giorgi, "Associazioni sportive: trasformazioni in società e liquidazioni" in *Giur.Comm.* 1997, II, 610.

Di Francia, "Ancora sul problema della trasformazione della società cooperativa in società ordinaria", in *Riv.Dir.Comm.*, 1967, I, 323ss.

Di Grazia, "La trasformazione delle associazioni sportive. Aspetti civilistici e tributari(legge 23/3/81 n.91)" in *Boll.Trib.*, 1982, 1699.

F. Di Sabato, "Manuale delle società" V ed, Torino, 1995;

"Manuale delle società" Torino, 1999;

"Istituzioni di diritto commerciale" ,II ed. Giuffrè,2004.

F. Ferrara junior-F. Corsi, "Gli imprenditori e le società" X ed., Milano, Giuffrè. 1996.

G. Ferri, "Le società", in *Trattato Vassali*, Torino, 1997, 952.

"Trasformabilità della società cooperativa?" in *Riv.Dir.Comm.*, 1951, I, 97ss.

Franceschelli, "ConSORZI per il coordinamento della produzione e degli scambi", in *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1970.

F. Galgano, "Delle persone giuridiche" in *Commentario del Codice Civile a cura di A.Sciajola e G. Branca*, Bologna-Roma, 1972, ristampa.

"Le società in generale, le società di persona", in *Trattato Cicu-Messineo ,continuato da Mengoni*, XXVIII, Milano, 1982.

"La società per azione", in *Trattato di Dir.Comm. e Dir. Pubblico dell'economia diretto da F.Galgano*, VII, Padova, 1988.

"Il nuovo diritto societario" ibidem, vol.XXIX, Cedam, 2003.

" Manuale di diritto commerciale. Le società", Zanichelli, Bologna, 2003.

Galletti, "Contributo allo studio delle trasformazioni <regressive>", in *Giur. Comm.*, 1996, II, 616.

N. Gasperoni, "La trasformazione delle società", Milano, 1952.

"Trasformazione e fusione di società" in *Enc. Dir.*, LIV, Milano, 1992, 1444

M. Ghidini, "Società personali", Padova, 1972.

Granelli, "Le imposte sui trasferimenti e sugli affari nelle attività sportive" in *Dir. e Prat. Trib.*, 1981, I, 897 ss.

A. Guarino, "Immutabilità della struttura sociale cooperativa?", in *Dir. e Giur.*, 1959, 331 ss.

Guerra, "In tema di legittimità della fusione di cooperative con società ordinarie", in *Foro It.*, 1950, I, 258ss.

Libonati, "La faticosa accelerazione delle privatizzazioni", in *Giur. Comm.*, 1995, I 72

Maltoni, "I limiti all' autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee", *Riv. Not.*, 2003, I, 1384; Maltoni- Tradii, "La trasformazione eterogenea da società di capitali in comunione di azienda e viceversa", *Notariato*, 2/2004, 148.

Mastropasqua, "La fusione delle aziende di credito", Roma, 1974.

G: Marasà, "Le società senza scopo di lucro", Giuffrè, Milano, 1984;

"Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo", *Trattato Colombo-Portale*, VI, Torino, 1993, 92.

"Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi", *Riv. Dir. Comm.* 1994, II, 311.

"Attività imprenditoriali e scopi mutualistici nelle associazioni" in *Società*, 1994, 15.

“Le trasformazioni eterogenee”, Riv. Not., 2003,585. Messineo, “Società cooperativa e sua trasformabilità, in *Foro It.*, 1949, I, c.68ss.

A. Mignoli, “Le assemblee speciali”, Milano, 1960, 192.

Miserocchi, “La trasformazione”, in Consiglio notarile di Milano, il nuovo Ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari, Ipsoa, Milano,2003.

Mosco, “I consorzi tra imprenditori” Milano, 1988.

Mossa, “Trattato del nuovo diritto commerciale”, II, Padova, 1951.

G. Oppo, “L’essenza della società cooperativa e gli studi recenti”, in *Riv.Dir. Civ.*, 1959, I, 369.

A. Paciello, “Contributi allo studio della trasformazione e della fusione eterogenea”, Napoli, E.S.I., 1991.

S.Patriarca, “Trasformazione regressiva e principio di maggioranza”, Padova, 1988, 141.

Pazzaglia, Nota a App. Venezia, 18 dicembre 1985, in *Giur.merito*, 1987, 339.

G. Pellegrino, “Trasformazione, fusione di società e fallimento” in *Dir. Fall.*, 1955 II, 23ss.

R. Perotta-G.M. Garegnani, “Le operazioni di gestione straordinaria”, Giuffrè, Milano,1999.

G.B. Portale, “Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitale”, in *Riv.Dir. Priv.* 2002, 701ss.

B. Quatraro- G. Quatraro, “ La trasformazione delle società nella riforma” in *Riv. Dir. fall.*, 2003,I,1932. Rescigno, “Fondazione e impresa” in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, 840.

Riolfo, "La trasformazione degli enti collettivi dal codice civile alle leggi speciali", *CeI*, 1996, 921.

Romano-Pavoni, "Le deliberazioni delle assemblee delle società", Milano, 1951.

Salafia, Nota a Cass., 26 giugno 1995, n.7236, in *Società* 1995, p.1313.

"Trasformazione di società di persone in società di capitali" in *Società* 2002,957.

"La trasformazione delle società nella riforma", in corso di pubblicazione in *Società* 2004.

Santagata, "La fusione tra società" Napoli, 1964, 239ss.

Santini, "Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali" in *Riv.Dir. Civ.*, 1973, I, 165.

M. Sarale, "Trasformazione e continuità dell'impresa", Milano, 1966.

"La trasformazione eterogenea: un istituto senza barriere?" *Nota a App.Torino* 25/3/97, in *Giur.It.* 1998, 526.

"La fusione eterogenea tra vecchia e nuova disciplina", nota a Trib. Ravenna, 16 ottobre 2002, *Giur. Comm.* 1/2004,70.

F. Scardulla, "La trasformazione e la fusione delle società" II edizione, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo continuato da Mengoni*, vol. XX, X, Tomo II, Milano, Giuffrè 2000.

A. Serra, "La trasformazione e la fusione delle società", in *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, 17, III, UTET, 1985.

C.Silveti, "Trasformazione e fusione delle società", nel *Novissimo Digesto It.*, XIX Torino, 1973, 540ss.

"Trasformazione e fusione delle società in *Novissimo Digesto It.*, XIX, Torino, 1973, 531.

E. Simonetto, "Trasformazione e fusione delle società costituite all'estero od operanti all'estero". *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja-Branca, libro V del lavoro, artt. 2498-2510*, 1965, Zanichelli Editore, Bologna-Soc.ed. del Foro Italiano Roma.

"Trasformazione di una società calcistica in una società per azioni", in *Temi* 1977, 275ss. Spolidoro, "Le società consortili", Milano, 1984.

"Trasformazione di consorzio in società consortile" in *Le società*, 1984.

G. Tantini, "Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni", Padova 1973, 215ss.

"La trasformazione delle società" in *Trattato di Diritto Commerciale*, Galgano, Cedam, Padova, 1985.

"Società consortile e abbandono della causa consortile:<trasformazione> o cambiamento dell'oggetto sociale, con deliberazione a maggioranza?" in *Rivista di Diritto dell'impresa*, 1989, 481.

Verrucoli, "Le società e le associazioni sportive alla luce della legge di riforma" in *Riv. Dir. Comm.* 1982, I, 136ss.

R. Weigmann, "I diritti delle minoranze" *Relazione al convegno di Como dei giorni 12 e 13 novembre 1999*, in *AA. VV., La corporate governance nelle società non quotate a cura di S. Rossi e di G.M. Zamperetti*, Milano 2001, 13ss.

Zanarone, "La società in accomandita per azioni, in *Trattato Galgano VIII*, Padova, 1985, 10ss.

GIURISPRUDENZA.

Cass. 21 luglio 1950, n.2019, in *Foro it.*, 1951,163.

Cass. 17 aprile 1959, n. 1144, in *Foro it.*, 1959, I, 741.

Cass. 3 agosto 1988, n. 4815, in *Foro it.*, 1988, I, 1176.

Cass. Sez. Unite, 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Foro it.*, 1988, I, 3248.

Cass. 27 giugno 1996, n. 5937, in *mass. Foro it.*, 1996, 536.

App. Genova,18 luglio 1960, in *foro pad.*, 1961, I, 908.

App. Milano, 24 dicembre 1974, in *Giur. Comm.*, 1976,II, 114.