

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

comitato scientifico

**Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi -
Cinzia Motti - Antonio Nuzzo – Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti -
Michele Sandulli - Gustavo Visentini**

Redazione di Bari

**Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Rosella
Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci,
Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro,
Concetta Simone**

Redazione di Foggia

**Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino,
Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione**

Redazione di Lecce

**Maria Cecilia Cardarelli, Andrea Sticchi Damiani, Giuseppe Positano,
Alessandro Silvestrini**

Redazione di Napoli

**Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Carlo Iannello, Sergio Marotta,
Francesco Sbordone, Nicola De Luca**

Redazione di Roma

**Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria
Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau**

Redazione di Taranto

**Daniela Caterino, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino,
Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele**



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO**

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Lorenzo De Angelis

RIFLESSIONI SULLA TRASFORMAZIONE ETEROGENEA A DIECI ANNI
DALLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO ^(*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il quadro normativo – 2. La trasformazione eterogenea della società di persone – 3. La trasformazione eterogenea delle associazioni – 4. La trasformazione eterogenea delle cooperative – 5. La trasformazione eterogenea delle fondazioni – 6. La trasformazione eterogenea delle comunioni d'azienda – 7. La questione dell'unicità dell'ente trasformato e della prosecuzione dei rapporti sostanziali e processuali in capo ad esso – 8. L'intrinseca differenza fra le trasformazioni endosocietaria ed eterogenea alla luce della diversa disciplina dell'invalidità di queste – 9. Altre questioni irrisolte – 9.1. Il consenso dei soci destinati ad assumere responsabilità illimitata – 9.2. Le maggioranze richieste per le trasformazioni eterogenee – 10. Ulteriori possibili fattispecie di trasformazione eterogenea – 11. Le fusioni e le scissioni trasformatrici eterogenee – 12. Conclusione.

1. *Introduzione. Il quadro normativo.* Sono grato agli amici baresi il cui gentile invito mi consente di ritornare – a dieci anni dall'emanazione della riforma organica della disciplina delle società di capitali e cooperative – sull'argomento della trasformazione eterogenea, che di quella riforma ha costituito uno dei profili più controversi e discutibili; e di farlo in modo da riunire e più sistematicamente coordinare alcune idee che avevo già espresse al riguardo in passato¹, sviluppandole però ed aggiungendovene di nuove, nel tentativo di delineare un quadro d'insieme per quanto possibile esaustivo ed articolato della materia.

(*) Relazione tenuta alla 7^a edizione dei Colloqui baresi di Diritto commerciale il 25 maggio 2013 per iniziativa del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari.

¹ Unicamente allo scopo di agevolare la ricerca di quanti desiderassero seguire il mio pensiero *in subiecta materia*, mi permetto ricordare la progressione dei miei interventi sul tema: *La trasformazione delle società*, nei *Quaderni della Rivista delle società*, Milano, 1998; *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 41; *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, p. 383; *Osservazioni sull'invalidità della trasformazione*, *ivi*, 2003, p. 1437; *Trasformazione, fusione e scissione: riflessi concorsuali della riforma societaria*, in *Fallimento*, 2004, p. 353; *Trasformazioni eterogenee: sottintesi e reticenze della legge di riforma*, in *Società*, 2005, p. 1220; *La trasformazione endosocietaria in società di persone*, *ivi*, 2007, p. 789; *Le operazioni di trasformazione e di fusione*, relazione introduttiva alle Giornate di studio sulle operazioni straordinarie nel nuovo diritto societario organizzate dal Consiglio Superiore della Magistratura, tenuta a Roma il 24 ottobre 2011, in *Ricerche giuridiche*, 2013, p. 55 ss.

Nel momento in cui scrivevo la mia monografia sulla trasformazione delle società, pubblicata nel 1998, il nostro diritto positivo contemplava unicamente due figure di trasformazione: la trasformazione delle fondazioni, che poteva – come tuttora può – essere disposta dall'autorità tutoria allorché la destinazione di scopo impressa dal fondatore non sia più concretamente perseguibile o tale sia diventata a causa dell'insufficienza patrimoniale della fondazione, così da meritare l'assegnazione di un nuovo scopo quanto più prossimo a quello originariamente scolpito nelle tavole fondazionali (art. 28 c.c.); e la trasformazione appunto delle società, alla quale il legislatore del 1942 aveva dedicato appena tre articoli del codice civile (artt. 2498-2500): trasformazione dunque endosocietaria, la seconda, mediante la quale una stessa società mutava il tipo sociale fino ad allora rivestito – ossia il complesso delle regole della propria organizzazione corporativa – per assumere un tipo nuovo e diverso dal precedente. Che tale trasformazione potesse coinvolgere soggetti diversi dalle società, di qualunque tipo, la dottrina ampiamente maggioritaria non ammetteva. In giurisprudenza si annoverava qualche sporadico decreto di omologazione di delibere di trasformazione di consorzi in società, per lo più consortili, e viceversa, emanato prevalentemente da alcuni Tribunali del nord-est – quali segnatamente quelli di Udine e di Tolmezzo – che soleva però venire puntualmente riformato dalla Corte d'appello di Trieste.

La riforma societaria operata con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ha invece pacificamente ammesso la trasformazione eterogenea – cioè la trasformazione delle società di capitali in un certo novero di altri enti non societari (art. 2500-*septies*), da un lato, e la trasformazione di un altro novero di enti non societari in società di capitali (art. 2500-*octies*), dall'altro – modificando conseguentemente la rubrica della sezione I del capo X (*olim* capo VIII) del codice da “*Della trasformazione delle società*” in “*Della trasformazione*”.

Com'è noto, l'art. 2500-*septies* prevede espressamente la trasformabilità delle società di capitali in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni. Per converso, l'art. 2500-*octies* prevede espressamente la trasformabilità in società di capitali dei consorzi, delle società consortili, delle comunioni di azienda, delle associazioni riconosciute e delle fondazioni.

La prima, importante innovazione della riforma concernente la trasformazione eterogenea è che tale operazione non segna ormai più esclusivamente il mutamento del tipo sociale, ma anche il mutamento dello scopo, con l'ulteriore possibilità di abbracciare sia il mutamento del tipo che quello dello scopo degli enti che vi partecipino. Deve poi immediatamente notarsi che gli insiemi degli enti non societari contemplati dagli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* sono tra loro non esattamente coincidenti, il che comporta una serie di conseguenze sul piano ermeneutico.

2. *La trasformazione eterogenea della società di persone.* Prima tuttavia di procedere all'esame di tali conseguenze, appare necessario soffermarsi su una considerazione di carattere generale. E' proprio vero che la trasformazione eterogenea consista nella transizione di società di capitali in taluni altri enti o, al contrario, nella transizione di taluni enti in società di capitali? Non potrebbe, cioè, la medesima operazione riguardare anche le società di persone?

La risposta è indubbiamente affermativa, anche perché molti degli enti ammessi a partecipare alle trasformazioni eterogenee – o come punto di partenza o come punto di arrivo – sono strutturalmente ed organizzativamente più simili alle società di persone che non alle società di capitali. In fondo, per quanto la tecnica legislativa sia andata progressivamente deteriorandosi nel tempo, abbiamo un ordinamento giuridico ispirato al principio di libertà, secondo cui è lecito tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge o che, pur nel silenzio della legge, non contravvenga ai principi generali dell'ordinamento medesimo ovvero a norme inderogabili, a norme di ordine pubblico – nella specie, economico – e a quelle poste a tutela del buoncostume. Ci mancherebbe altro che fosse lecito soltanto ciò che è espressamente consentito dalla legge: ad un simile principio, infatti, sono stati – e sono – ispirati gli ordinamenti giuridici dei più dispotici regimi totalitari, non già quelli degli stati liberali quale, pur con tutte le sue imperfezioni e le sue contraddizioni, continua fundamentalmente ad essere il nostro. Senza contare che se la trasformazione eterogenea è ormai espressamente consentita per talune società, quali le società di capitali, non si vede ragione per escluderla con riguardo ad altre società, quali appunto quelle personali.

La ragione della mancata previsione esplicita di queste ultime società dal novero di quelle contemplate dalla riforma societaria del 2003 in tema di trasformazione eterogenea è consistita semplicemente nel fatto che il legislatore delegato si è giustamente preoccupato di non cadere nel vizio di eccesso di delega, con tutte le possibili conseguenze che avrebbero potuto derivarne circa la legittimità costituzionale della norma delegata. Per vero, la legge delega ha avuto esclusivamente ad oggetto la riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative, e non anche quella delle società di persone, per le quali in precedenza erano stati predisposti due distinti progetti di riforma – il primo frutto del lavoro di una commissione presieduta dal compianto Franco Di Sabato e il secondo licenziato da un'altra commissione presieduta da Luigi Rovelli, valente magistrato mio conterraneo già a capo dell'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia – di cui purtroppo non si sente più parlare da parecchi anni, ma che avevano partorito soluzioni originali e assai apprezzabili. Fra queste, in particolare, spiccano le proposte dell'abolizione della società semplice, che fin dal momento della sua introduzione nel codice civile del 1942 ha causato notevoli dubbi interpretativi in ordine alla sua natura giuridica e alla sua normazione; del *repêchage* della vecchia società civile, già presente nel codice Zanardelli; nonché della legittimazione ad

amministrare le società consortili anche da parte dei soci-consorzianti diversi dalle persone fisiche, imprimendo così il crisma della legalità, anche nel nostro Paese, dell'*Organschaftvertrag* di promanazione germanica, riconosciuto ormai da noi – dopo una lunga *querelle* – solo per il condominio, ma non ancora per le società.

L'incongrua ed incomprensibile esclusione delle società di persone dal novero degli enti partecipanti alle trasformazioni eterogenee, se dovesse inopinatamente essere confermata, non potrebbe che comportare il ricorso ad inutili triangolazioni per realizzare uno scopo perseguibile direttamente. Se non dovesse ritenersi possibile, ad esempio, trasformare un consorzio in una società in nome collettivo, si pensi a quale dispendio di tempo, di fatica e di denaro si dovrebbe andare incontro per trasformare dapprima il consorzio in una società di capitali per poi trasformare questa in s.n.c., pervenendo così in maniera artificiosa ed obliqua al medesimo risultato. Lo stesso dicasi, *mutatis mutandis*, per quanto attiene la trasformazione di una società in nome collettivo in consorzio che, se non direttamente, potrebbe essere attuata mediante un procedimento indiretto, con analogo inutile dispendio di risorse.

In conclusione, se abbiamo convissuto sessant'anni con un codice civile che, negli appena tre articoli destinati alla trasformazione, non faceva il benché minimo riferimento alla trasformazione endosocietaria regressiva, non dobbiamo stupirci più di un tanto se lo stesso codice, nella versione attualmente vigente, non fa parola della trasformazione eterogenea delle (e nelle) società personali, sicuramente – per quanto detto in precedenza – possibile e lecita. Le trasformazioni eterogenee implicanti il coinvolgimento delle società personali, invero, otterranno probabilmente considerazione normativa espressa una volta che sarà stata compiuta anche la riforma della disciplina delle medesime società.

3. *La trasformazione eterogenea delle associazioni.* L'art. 2500-*septies* enuncia la trasformazione delle società di capitali nelle sole associazioni non riconosciute, mentre l'art. 2500-*octies* enuncia la trasformazione delle sole associazioni riconosciute in società di capitali.

Il fatto che non sia stata prevista la trasformazione delle società di capitali in associazioni riconosciute – pur in assenza di esplicitazione di sorta nella relazione al decreto legislativo con cui la riforma è stata attuata – è, tutto sommato, comprensibile. Deve cioè ritenersi che il legislatore non abbia voluto che il riconoscimento della personalità giuridica delle associazioni venisse accordato in via automatica, quale effetto di una trasformazione per l'appunto, richiedendo che tale attribuzione dovesse essere preceduta dall'insieme dei controlli preventivi da eseguirsi – a seconda dell'ampiezza della sfera di azione delle associazioni sul territorio – dalla presidenza della Repubblica o dalla presidenza delle Giunte regionali o dalle prefetture: controlli preventivi mirati a verificare l'apprezzabilità e la meritevolezza degli scopi perseguiti od anche

semplicemente dichiarati dalle associazioni richiedenti la personificazione, nonché la conformazione a base democratica dei loro statuti e regolamenti interni. La trasformazione può dunque soltanto riguardare il passaggio da società ad associazione non riconosciuta; spetterà poi a questa, se lo riterrà, dar corso al procedimento finalizzato ad ottenere il riconoscimento della personalità giuridica.

Ciò che a me risulta invece totalmente incomprensibile – ma in ciò so di essere in buona compagnia – è la *ratio* della limitazione alla trasformazione eterogenea in società di capitali (ma, per quanto detto a proposito delle società personali, potrebbe senz'altro dirsi in società *tout court*) delle associazioni non riconosciute, le quali non rientrano nel novero degli enti non societari ammessi ad operare la trasformazione anzidetta. Da molto tempo mi sono posto questo interrogativo e francamente non sono mai stato in grado di risolverlo. Anzi, mi sono sempre chiesto perché il legislatore della riforma, il quale ha pacificamente ammesso a trasformarsi in società di capitali soggetti di diritto che non sono persone giuridiche (quali segnatamente i consorzi) ed anche enti che non sono neppure soggetti di diritto (quali le comunioni d'azienda), abbia finito con l'escludere la trasformabilità in società di capitali delle menzionate associazioni non riconosciute. Non esiste, a mio avviso, alcuna ragionevole motivazione per giustificare questa esclusione.

4. *La trasformazione eterogenea delle cooperative.* E veniamo alle società cooperative. L'art. 2500-*septies* ammette esplicitamente la trasformazione delle società ordinarie in società cooperative, mentre l'art. 2500-*octies* non dice nulla, cioè non include le società cooperative fra gli enti ammessi a venire trasformati in società ordinarie.

Il problema è tutt'altro che nuovo. La storia del diritto societario, e del diritto della cooperazione in particolare, è costellata da opinioni fra loro diverse e talvolta inconciliabili sull'argomento, comprese fra le seguenti due estreme: per una corrente di pensiero, fra le società ordinarie e cooperative vi sarebbe stata – e vi sarebbe – una identità di causa, ancorché non di scopo, tale da consentirne senz'altro la trasformazione in entrambi i sensi; per una opposta corrente, invece, fra le società ordinarie e le cooperative vi sarebbe stata – e vi sarebbe – una diversità di causa, oltretutto di scopo, tale da non consentirne la trasformazione né in un senso né nell'altro. A seguito dell'importante riforma della legislazione in materia di società cooperative operata con la l. 17 febbraio 1971, n. 127, nel solco del pensiero dei due maggiori studiosi del diritto della cooperazione allora viventi – il mio maestro Piero Verrucoli e Vincenzo Buonocore – venne sancito, all'art. 14, che la trasformazione delle società ordinarie in società cooperative dovesse considerarsi sempre lecita, anche in ottemperanza al *favor* accordato a tali società dalla nostra Carta costituzionale (art. 45, co. 1); di contro, non veniva considerata legittima la trasformazione inversa, cioè da società cooperativa in società ordinaria, “*anche se tale trasformazione sia stata deliberata all'unanimità*”, essenzialmente per non correre il rischio di “privatizzare” gli incentivi

pubblici – di carattere fiscale, previdenziale, finanziario e quant'altri – di cui le cooperative avessero fruito, i quali, finché tale forma societaria fosse stata mantenuta, sarebbero stati al sicuro da un simile rischio in virtù dei limiti stabiliti dalla legge alla distribuzione fra i soci-cooperatori degli utili e delle riserve della società.

Apparentemente, scrutinando le norme in tema di trasformazione eterogenea, la posizione del legislatore della riforma del 2003 potrebbe considerarsi non avere innovato granché rispetto a questa statuizione di diritto positivo, autorevolmente e diffusamente condivisa dalla generalità degli interpreti. Non è così. Per vero, ciò che non è stato previsto dall'art. 2500-*octies* lo è stato invece dal successivo art. 2545-*decies*, il quale autorizza la trasformazione delle cooperative a mutualità non prevalente in società ordinarie, società semplice compresa, e in consorzi; alla condizione però – posta dal successivo art. 2545-*undecies* – della gratuita devoluzione di una cospicua parte del patrimonio sociale ai fondi mutualistici. Dispone invero testualmente la norma da ultimo riferita, al co. 1: *“La deliberazione di trasformazione devolve il valore effettivo del patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non ancora distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell'ammontare minimo del capitale della nuova società, esistente alla data di trasformazione, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione”*. Con questo precetto il legislatore del 2003 ha chiaramente voluto evitare che venisse surrettiziamente frustrato il divieto implicitamente posto alla trasformazione delle cooperative a mutualità prevalente in società ordinarie: divieto che, in assenza di una norma quale quella testè riferita, assai rilevante sul piano pratico, avrebbe potuto venire aggirato facendo perdere alle medesime cooperative i requisiti della mutualità prevalente per forgiare a scopi egoistici, e segnatamente a scopi lucrativi, i menzionati incentivi pubblici ricevuti nella (e a cagione della) loro pristina situazione, attraverso una conseguenza – sarebbe forse il caso di dire una sanzione – estremamente gravosa, quale quella della gratuita devoluzione della maggior parte del valore del loro patrimonio (effettivo, si badi, e non meramente contabile), eccezion fatta per le predette componenti analiticamente indicate le quali, peraltro, di solito ne integrano la parte decisamente minore.

Da ciò discende, da un lato, che – quanto meno in termini strettamente teorici – non può discutersi ormai più della liceità della trasformazione delle cooperative, purché a mutualità non prevalente, in società ordinarie di qualunque tipo e in consorzi, essendo tale liceità espressamente ammessa dall'art. 2545-*decies*; tuttavia alle società cooperative che si trasformano è stato addossato un sacrificio notevole sul piano patrimoniale, consistente nella menzionata devoluzione gratuita della quasi totalità delle riserve ai fondi mutualistici: il che costituisce, come ben può comprendersi, un fortissimo disincentivo per queste società ad abbandonare lo scopo della mutualità cooperativa per accedere a quello lucrativo o della stessa mutualità consortile.

Dalla liceità della trasformabilità delle cooperative in società ordinarie e in consorzi appare possibile desumere un'analogia liceità della trasformazione, oltretutto delle società ordinarie, anche delle associazioni e dei consorzi in società cooperative, nonché quella delle stesse cooperative in associazioni (al limite, per quanto più sopra evidenziato, nelle sole associazioni non riconosciute). Ma su questi aspetti particolari delle trasformazioni eterogenee che non abbiano come punto di partenza o come punto di arrivo una società ordinaria mi permetto rinviare a quanto, sul punto, si dirà *funditus* in prosieguo.

5. *La trasformazione eterogenea delle fondazioni.* Anche per quanto riguarda la trasformazione eterogenea coinvolgente le fondazioni occorre distinguere. Sulla trasformazione delle società di capitali in fondazioni, *nulla quaestio*. La società diventa, in tal caso, soggetto fondatore mediante deliberazione dell'assemblea – su proposta dell'organo amministrativo – da assumersi con la maggioranza non inferiore ai due terzi dei voti in essa esprimibili: e l'assemblea, in tale delibera trasformativa, stabilisce la destinazione di scopo del patrimonio fondazionale, coincidente con il patrimonio netto della società al momento dell'assunzione della deliberazione medesima. Sarà poi l'autorità tutoria (presidente della Repubblica, presidente della Giunta regionale o prefetto) a valutare – unitamente alla “democraticità” dello statuto della fondazione, parimenti approvato con la deliberazione anzidetta – se tale scopo renda la fondazione meritevole di essere riconosciuta quale persona giuridica. In caso positivo, la trasformazione viene perfezionata con l'iscrizione della modificazione dell'atto costitutivo della società trasformata nel registro delle imprese del capoluogo ove è stabilita la sede sociale e con l'iscrizione della fondazione nel registro delle persone giuridiche istituito presso la prefettura territorialmente competente in relazione al luogo ove ne è stabilita la sede legale. In caso contrario, la deliberazione assembleare dovrebbe ritenersi inefficace e quindi non eseguibile, con la conseguenza della permanenza in essere della società, a meno che i soci – con la maggioranza di legge o di statuto – non preferiscano deliberarne lo scioglimento. Il discorso, fatte le necessarie variazioni, non cambierebbe neppure se la trasformazione in fondazione dovesse essere decisa dai soci di una società personale, ancorché una corrente di pensiero abbia evidenziato l'inconciliabilità dell'*intuitus personae* caratteristico dei tipi sociali personalistici con l'istituto della fondazione, totalmente avulso da ogni connotazione associativa; tuttavia una simile considerazione è da ritenersi priva di pregio giacché anche nella trasformazione endosocietaria evolutiva da società di persone in società di capitali – e segnatamente in s.p.a. – quella peculiare considerazione delle figure dei soci sottesa all'*intuitus personae* dovrebbe ravvisarsi completamente recisa, pur all'interno di un ente a base corporativa.

Ciò significa che per trasformare una società, di qualunque tipo, in fondazione non è sufficiente la volontà in tal senso espressa dagli organi statutari – o comunque, a seconda del modello di *governance* corrispondente al tipo, dai soci – della società, ma è

necessario il concorso della volontà di un ente esterno a questa, che è appunto l'autorità pubblica a cui spetta accordare il riconoscimento della personalità giuridica alla fondazione, in mancanza della quale, nel nostro ordinamento, nessuna fondazione potrebbe venire ad esistenza (a differenza di quanto può accadere per le fondazioni istituite in altri Stati, o per i *trusts*, per le *stiftung* e per altri enti mirati a realizzare forme di patrimoni separati da quello del loro disponente, destinati al perseguimento di specifici scopi, non necessariamente di pubblico interesse).

Per converso, la trasformazione di una fondazione in società lascia fortemente perplessi. Anche volendo circoscrivere l'ipotesi alla trasformazione della fondazione in società di capitali – poiché nella specie la mancanza di qualsiasi *intuitus personae* renderebbe realmente arduo configurare la transizione di tale figura giuridica in società personale – non si sarebbe qui neppure in presenza di una decisione dell'organo decisionale della fondazione, bensì unicamente di un'espressione della potestà d'imperio dell'autorità governativa, *rectius* tutoria, per quanto preceduta da una proposta, o tutt'al più da una raccomandazione, dello stesso organo: di un mero atto amministrativo, dunque, di promanazione esterna sia alla (pristinata) fondazione che alla (ineunda) società. Invero, finché lo scopo impresso dal fondatore e risultante dalle tavole fondazionali può essere perseguito attraverso il normale utilizzo del fondo patrimoniale, gli organi della fondazione devono provvedere alla gestione di tale fondo nel rispetto della volontà del fondatore, e sotto “*il controllo e la vigilanza sull'amministrazione*” dell'autorità tutoria, senza potersene discostare. Solo quando – come accennato in apertura – tale scopo non divenga più concretamente perseguibile, o il fondo patrimoniale non sia più sufficiente ad assicurarne il perseguimento, sarà compito dell'autorità tutoria – nel silenzio dell'atto di fondazione – disporre l'estinzione della fondazione stessa ovvero, in alternativa, “*provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore*” (art. 28, co. 1). E nell'ipotesi in cui tale trasformazione, anziché avere riguardo soltanto allo scopo della fondazione medesima – così da sostituire quello originario con un altro effettivamente perseguibile in concreto o meglio perequato all'entità del patrimonio a quel momento esistente –, comportasse altresì il mutamento della forma giuridica dell'ente, destinato dunque ad assumere veste societaria, com'è ora perfettamente lecito, l'autorità tutoria dovrebbe pure provvedere, fra l'altro, alla scelta dei soci, la cui individuazione non potrebbe di certo ricercarsi all'interno di un ente, per quanto personificato, costituito da un mero patrimonio con destinazione di scopo e completamente privo di qualunque componente a base corporativa: soci che potranno essere, a seconda delle circostanze, altre fondazioni od anche soggetti diversi da queste; di diritto sia pubblico che privato (con particolare attenzione, in quest'ultimo caso, alle motivazioni della scelta, specie qualora gli *assets* già appartenuti alla fondazione trasformata vengano devoluti a soggetti privati connotati da finalità lucrativa). Infatti, un'operazione come quella in esame che si pretendesse venisse attuata esclusivamente da parte degli organi della fondazione, cioè

senza l'intervento esterno dell'autorità esercente su questa l'attività tutoria, non sarebbe una trasformazione, ma un miracolo ...

Scarsamente significativa appare pertanto essere la previsione dell'art. 2500-*octies*, ult. co., a mente della quale: “Le azioni o quote [della società generata dalla trasformazione di una fondazione: n.d.a.] sono assegnate secondo le disposizioni dell'atto di fondazione o, in mancanza, dell'art. 31”. In realtà, l'assegnazione delle suddette azioni o quote di partecipazione della società emergente dalla trasformazione non dipende dalla decisione di alcun organo statutario della fondazione, ma è anch'essa un puro e semplice atto d'imperio dell'autorità amministrativa esercente sulla stessa l'attività tutoria, la quale agisce – né potrebbe essere diversamente – sul piano extrasocietario.

6. *La trasformazione eterogenea delle comunioni d'azienda.* Il vero *punctum dolens* dell'intera disciplina qui analizzata è rappresentato dalla trasformazione eterogenea delle società in comunioni d'azienda e delle comunioni d'azienda in società. Infatti le comunioni d'azienda – com'è stato in precedenza ricordato – non sono neppure soggetti di diritto, ma semplicemente vincoli dominicali fra persone fisiche comproprietarie di quel particolare bene composito – o *universitas bonorum* – che è l'azienda. Riesce allora decisamente difficile configurare una sorta di “transmutazione genetica” di un insieme di uomini e donne in una società, e viceversa. Volendo privilegiare la sostanza del fenomeno sulla forma, la trasformazione di una comunione d'azienda in società dovrebbe in realtà intendersi alla stregua della costituzione *ex novo* di una società mediante il proporzionale conferimento dell'azienda da parte dei comunisti; e la trasformazione di una società in comunione d'azienda dovrebbe in realtà intendersi alla stregua dello scioglimento dell'ente sociale, al limite anche in assenza di fase liquidatoria, con immediata proporzionale devoluzione ai soci, *pro indiviso*, del patrimonio aziendale appartenente alla società. Nel primo caso i conferenti (comunisti) continuerebbero la loro vita con sostituzione, nei loro rispettivi patrimoni, della quota di proprietà dell'azienda con una quota di partecipazione nella società conferitaria neo-costituita; nel secondo la società sciolta e privata del suo intero patrimonio si estinguerebbe, pervenendo nei patrimoni dei singoli comunisti una quota di proprietà del complesso aziendale loro proporzionalmente devoluto dalla società stessa in vece della quota di partecipazione ad essa di cui erano precedentemente titolari. Conclusione, questa, pienamente in linea con quella raggiunta, fin da tempi assai risalenti, segnatamente con riguardo alle comunioni ereditarie aventi ad oggetto l'azienda dell'imprenditore individuale defunto, dalla scarsa, ma autorevolissima dottrina che si era occupata della questione, ad avviso della quale la volontaria continuazione in comune dell'attività imprenditoriale del *de cuius* da parte dei coeredi – comunisti dell'azienda – attesta l'instaurazione tra essi di un rapporto societario di fatto, a meno che gli stessi non preferiscano costituire una società regolarmente esteriorizzata, preordinata all'esercizio dell'impresa del loro dante causa mediante l'utilizzazione dell'azienda ereditata e conferita appunto in società; così come il passaggio dalla società

alla comunione era stato ravvisato configurare in realtà un'ipotesi di scioglimento anticipato della società da cui possono derivare, oltreché la sua liquidazione, altre situazioni giuridicamente rilevanti, quale ad esempio l'affitto dell'azienda, con conseguente venir meno dell'esercizio dell'impresa da parte della società – che in tal caso resterebbe pur sempre proprietaria dell'azienda affittata – e la sua conversione in comunione di godimento (sull'argomento si rinvia segnatamente alle lucide considerazioni di Giuseppe Ferri, *Delle società*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, 1968, p. 61 ss.; e di Giuseppe Auletta, *Affitto di azienda sociale; trasformazione di società in comunione*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 354).

L'effettiva essenza del fenomeno è stata colta dal d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 – varato sulla scorta dei lavori della “Commissione Gallo” – con cui il testo unico delle imposte sui redditi è stato modificato per venire adeguato alla menzionata riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative dello stesso anno, nel quale la trasformazione endosocietaria e quella eterogenea sono state tenute ben distinte. Per vero, la neutralità fiscale, riconosciuta indistintamente alla trasformazione delle società anteriormente all'entrata in vigore della riforma (1° gennaio 2004), è stata mantenuta per le sole trasformazioni endosocietarie: *“La trasformazione della società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento”* (art. 170, co. 1, t.u.i.r., identico all'art. 122, co. 1, nel testo previgente). Così invece non è più – almeno in linea generale – per le trasformazioni eterogenee, nell'ambito delle quali la neutralità fiscale è stata confermata qualora una società commerciale si trasformi in un ente parimenti commerciale ovvero qualora un ente commerciale si trasformi in una società commerciale, venendo tuttavia negata allorché l'operazione trasformativa eterogenea determini l'acquisizione o la perdita del requisito della commercialità, inteso appunto quale *discrimen* ai fini dell'applicazione o della disapplicazione del suddetto regime di neutralità fiscale. Dispone infatti l'art. 171 t.u.i.r., introdotto *ex novo* dal citato d.lgs. n. 344 del 2003, al co. 1: *“In caso di trasformazione, effettuata ai sensi dell'art. 2500-septies del codice civile, di una società soggetta all'imposta di cui al titolo II [Ires: n.d.a.] in ente non commerciale, i beni della società si considerano realizzati in base al valore normale, salvo che non siano confluiti nell'azienda o complesso aziendale dell'ente stesso. Le riserve costituite prima della trasformazione, escluse quelle di cui al comma 5 dell'art. 47 [escluse cioè le riserve da sovrapprezzo di azioni o quote, le riserve da rivalutazione monetaria e quelle costituite a fronte dell'erogazione di interessi di conguaglio o di contributi dei soci in conto capitale o a fondo perduto: n.d.a.], sono assoggettate a tassazione nei confronti dei soci o associati ...”*; ed inoltre, al successivo co. 2: *“La trasformazione, effettuata ai sensi dell'art. 2500-octies del codice civile, di un ente non commerciale in società soggetta all'imposta di cui al titolo II si considera conferimento limitatamente ai beni diversi da quelli già compresi nell'azienda o complesso aziendale dell'ente stesso”*. Non è difficile evincere dalle disposizioni dianzi riportate che – a prescindere dalla sottrazione alla tassazione ordinaria della parte dei patrimoni delle società e degli enti ivi considerati espressamente esclusa dalla base imponibile, ossia dei beni della società commerciale confluiti

nell'azienda dell'ente non commerciale, ovvero dei beni dell'ente non commerciale confluiti nel patrimonio della società commerciale – alla trasformazione eterogenea sia stato attribuito, sul piano tributario, un trattamento nettamente diverso da quello riservato alla trasformazione endosocietaria.

Dalla cennata revisione delle disposizioni del t.u.i.r. in tema di trasformazione non si esclude possa scaturire, come ulteriore conseguenza, un regime tributario sensibilmente deteriore rispetto al passato per le società semplici. Come si ricorderà, era occorsa una nutrita serie di contenziosi che avevano abbracciato un lasso temporale di parecchi decenni per far convergere la giurisprudenza tributaria, di merito come di legittimità, sul principio secondo cui la neutralità fiscale spettava anche nei casi di trasformazione di una società semplice in società commerciale (ordinaria) e di una società commerciale (ordinaria) in società semplice, sul presupposto che tutte queste società, di qualunque tipo, fossero connotate dalla medesima causa: principio con il quale era stata disattesa la pretesa, pervicacemente sostenuta in anni ormai remoti dall'Amministrazione finanziaria, di applicare il regime normale di tassazione alle operazioni di trasformazione non inerenti esclusivamente i tipi delle società commerciali, ossia in definitiva quelle coinvolgenti – come tipo di partenza o come tipo di arrivo – le società semplici, non commerciali per antonomasia (art. 2249, co. 2). L'improvvida previsione della trasformazione eterogenea delle comunioni d'azienda in società, e viceversa, non si esclude possa fornire lo spunto per rinverdire quella vecchia pretesa del Fisco, che si riteneva ormai definitivamente superata, disattendendo la consolidata giurisprudenza a questa contraria formata al riguardo e testè accennata, ed attraendo così nell'ambito normativo della trasformazione eterogenea (art. 171 t.u.i.r.) anche le vicende trasformatrici delle (o nelle) società semplici, ove queste venissero considerate alla stregua di meri enti non commerciali. In fondo, se trasformazioni eterogenee sono ormai considerate dalla legge anche quelle delle società ordinarie in società consortili – seppur dello stesso tipo – e in società cooperative, e viceversa, non ci si dovrebbe meravigliare più di tanto se, in via interpretativa, ciò avvenisse altresì per le trasformazioni concernenti le società semplici, appunto per il loro carattere non commerciale; a meno che, ovviamente, il legislatore non intervenisse a dettare un'interpretazione autentica in senso contrario, inserendo nell'art. 170, co. 1, t.u.i.r. – dopo l'*incipit*: “La trasformazione della società” – l'inciso “*compresa la società semplice*”.

Da quanto precede può dunque trarsi conferma che la previsione normativa della trasformazione eterogenea delle società in comunioni d'azienda, e viceversa, oltre che concettualmente erronea, sia stata anche nociva per avere insinuato elementi problematici suscettibili di riaprire un'antica *querelle*, e dunque per revocare in dubbio un principio che non solo imprimeva certezza nei rapporti tributari, ma che, sul piano sostanziale, consentiva di compiere tranquillamente operazioni societarie che, ormai da un decennio, non vengono in larghissima misura più attuate a causa dell'insicurezza che nuovamente si pone sulle loro possibili conseguenze fiscali.

7. *La questione dell'unicità dell'ente trasformato e della prosecuzione dei rapporti sostanziali e processuali in capo ad esso.* Le considerazioni che precedono – specie per quanto attiene alle trasformazioni eterogenee delle (e in) fondazioni e più ancora delle (e in) comunioni d'azienda – fanno sorgere vive perplessità circa l'affermazione contenuta nel vigente art. 2498 c.c., pure introdotto *ex novo* dal legislatore della riforma del diritto societario del 2003. In questa norma è stato versato un principio da tempo sanzionato dalla giurisprudenza ampiamente consolidata anteriormente alla riforma, la quale, anche a questo proposito, era intervenuta, dopo lunga gestazione, a placare gli appetiti dell'Amministrazione finanziaria che aveva tentato di imporre un'interpretazione alquanto forzata da cui avrebbe potuto derivare un cospicuo gettito fiscale. L'interpretazione era quella secondo la quale la trasformazione di una società avrebbe dato luogo all'estinzione della società trasformata, con conseguenti realizzo o distribuzione delle plusvalenze imponibili sui beni della stessa, date dalla differenza fra il loro valore “normale” (*ex art. 9 t.u.i.r.*), ossia di mercato, al momento dell'operazione e il loro valore di carico, per lo più coincidente con il valore di libro, nonché alla costituzione della società emergente dalla trasformazione, con assoggettamento ad imposta proporzionale di registro del patrimonio a questa pervenuto per effetto della trasformazione, come se si fosse trattato di un conferimento d'azienda (in base alla previsione art. 4, lett. a, della tariffa, parte I, allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, nel testo previgente). Fortunatamente quest'ultima conseguenza sarebbe stata comunque vanificata grazie all'intervento dell'(allora) Comunità Europea la quale, con l'art. 7, § 3, della direttiva 17 luglio 1969, n. 335, come modificato dall'art. 1 della successiva direttiva 10 giugno 1985, n. 303, aveva stabilito che gli Stati membri non potessero più applicare imposte sulla raccolta dei capitali delle società e degli enti commerciali, dunque sulla formazione e sull'aumento del capitale (o del patrimonio) sociale e sull'emissione di titoli di debito, quali ad esempio le obbligazioni: direttiva in ottemperanza al cui precetto era stato successivamente emanato, seppure con enorme ritardo, l'art. 10 della l. 23 dicembre 1999, n. 488, che il suddetto art. 4, lett. a, aveva radicalmente emendato prevedendo che sulle menzionate operazioni societarie dovesse essere percetta soltanto la tassa di registro in misura fissa. Ma il rischio dell'assoggettamento all'imposizione sul reddito, ai fini delle imposte dirette, delle plusvalenze sui beni sociali, come se si fosse trattato di una vendita o di un conferimento dell'azienda (o ramo aziendale) ovvero di una assegnazione gratuita di tali beni ai soci – cioè, in buona sostanza, di un'operazione traslativa dei medesimi beni da un soggetto ad un altro – rimaneva, e tuttora rimane (specie alla luce delle previsioni normative dell'art. 171 t.u.i.r., richiamate nel paragrafo precedente), con notevoli conseguenze sul piano pratico.

Anche qui, dopo una lunga serie di contenziosi durati per decenni, i giudici di merito e poi di legittimità investiti della questione fissarono il principio che la trasformazione non producesse novazione del rapporto sociale, ossia che la società

trasformata fosse – e dovesse restare – un soggetto unico, che mutava bensì l'assetto delle regole della propria organizzazione corporativa, cioè il tipo, ma che non si estingueva né dava luogo al sorgere, in sua vece, di una nuova società. Di conseguenza – e per effetto di tale unicità di soggetto – tutti i diritti e gli obblighi che la società trasformata aveva anteriormente alla trasformazione venivano mantenuti in capo ad essa anche dopo l'operazione *de qua*, e alla medesima società, nel tipo successivo alla vicenda trasformativa, continuavano a far capo tutti i rapporti giuridici, sostanziali e processuali, che ad essa facevano capo prima che venisse trasformata.

Ma questo fondamentale arresto giurisprudenziale – recepito, nella sua parte preponderante, dal decreto delegato di attuazione della riforma societaria – venne elaborato nel tempo in cui la legge contemplava unicamente la trasformazione endosocietaria, consistente appunto nel cambiamento del tipo di una stessa società. Con riguardo invece alla trasformazione eterogenea si può davvero sostenere la sussistenza dell'unicità dell'ente trasformato? Passi allorché una società si trasformi in un altro ente associativo – quale un consorzio, un'associazione ed *a fortiori* un'altra società connotata da uno scopo diverso, sia esso di mutualità cooperativa o consortile – e viceversa. Già più difficile riesce approdare ad analoga conclusione, per le considerazioni in precedenza rassegnate, nei casi di trasformazione delle società in fondazioni e, più ancora, delle fondazioni in società. Ma soprattutto non si vede come il principio di cui trattasi possa applicarsi alle trasformazioni delle società in comunioni d'azienda e di queste in società. Quale unicità di soggetto può esservi fra una società e i comunisti dell'azienda? Quale consecuzione nei diritti e negli obblighi può mai esservi fra costoro e la società nata da questa strana figura di trasformazione eterogenea? Come può affermarsi che i rapporti giuridici, tanto sostanziali quanto processuali, non già della comunione, che come s'è detto non è neppure un soggetto di diritto, ma dei comunisti che sono – questi sì – soggetti di diritto possano *illico et immediate* proseguire in capo alla società di cui i medesimi sono diventati soci, mentre essi proseguono la loro esistenza, cioè la loro vita?

A simili interrogativi non v'è, a mio sommo avviso, alcuna risposta razionale. E' ben vero che la legge può fare quasi tutto, tranne – come si diceva una volta – che trasformare l'uomo in donna e la donna in uomo (anche se, negli ultimi tempi, anche questa certezza ha incominciato a vacillare, e non di poco); ma almeno un *caveat* l'interprete deve pur essere facoltizzato ad avanzare nel caso in cui il dettato normativo non appaia munito di un solido fondamento giuridico.

La conseguenza di ciò è che, nonostante il disposto dell'art. 2498, nel testo attualmente in vigore, il principio dell'unicità soggettiva dell'ente trasformato, indiscusso per le trasformazioni endosocietarie, sembra essere stato irrimediabilmente frustrato in tema di trasformazioni eterogenee – o quanto meno di alcune tra esse – nel senso che talune trasformazioni eterogenee segnano davvero la fine dell'ente che si

trasforma e la creazione, dalle sue ceneri, di un ente nuovo, distinto dal precedente. Con il che anche l'assioma della conservazione dei diritti e degli obblighi e della prosecuzione nei rapporti giuridici degli enti interessati dalla vicenda trasformativa merita di venire metabolizzato *cum grano salis*.

8. *L'intrinseca differenza fra le trasformazioni endosocietaria ed eterogenea alla luce della diversa disciplina dell'invalidità di queste.* Che nella trasformazione eterogenea possa non esserci unicità soggettiva fra l'ente esistente prima di tale operazione e quello emergente dalla stessa si desume chiaramente dalla diversa disciplina dettata per l'invalidità della trasformazione endosocietaria e per quella della trasformazione eterogenea rispettivamente dagli artt. 2500-*bis* e 2500-*novies* c.c.

La norma dell'art. 2500-*bis*, co. 1, afferma che l'invalidità della trasformazione endosocietaria non può essere pronunciata dopo che sia stata eseguita l'ultima delle iscrizioni dell'atto di trasformazione nel registro delle imprese. Nonostante questa asserzione, occorre riconoscere che, in concreto, l'invalidità della trasformazione – quanto meno in società di capitali, contemplata dall'art. 2500, a cui l'art. 2500-*bis* fa rinvio – ben difficilmente può essere pronunciata. Questa norma è stata *ictu oculi* mutuata da quella dell'art. 2504-*quater* c.c. in tema di fusione (richiamata quindi dall'art. 2506-*ter*, ult. co., per quanto riguarda la scissione). Nella procedura di fusione, tuttavia, l'art. 2503 c.c. prevede che fra l'ultima iscrizione nel registro delle imprese delle decisioni o delle delibere di fusione assunte dalle società coinvolte nell'operazione e la stipulazione dell'atto di fusione debbano intercorrere almeno 60 giorni per dare la possibilità ai creditori sociali di fare opposizione: termine entro il quale – nelle società di capitali – anche i soci assenti, dissenzienti o astenuti, gli amministratori, i sindaci e gli altri soggetti legittimati possono impugnare le deliberazioni medesime chiedendone, a seconda dei casi, la declaratoria di nullità ovvero l'annullamento. Ma nella trasformazione endosocietaria di cui trattasi questo termine non esiste giacché la deliberazione di trasformazione e l'atto di trasformazione coincidono; per cui, specialmente ora che il “deposito” del verbale assembleare contenente la delibera in questione viene in realtà eseguito mediante trasmissione per via telematica, effettuata dal notaio verbalizzante avvalendosi dello strumento della firma digitale, il verbale medesimo può essere trasmesso all'ufficio del registro delle imprese anche immediatamente dopo la chiusura dell'adunanza assembleare nella quale la delibera trasformativa sia stata assunta e la delibera stessa può venire iscritta nel volgere di uno o tutt'al più di pochi giorni, non lasciando con ciò alcuna pratica possibilità ai possibili interessati per proporre l'impugnativa e, in ogni caso, non concedendo di certo un tempo sufficiente affinché il tribunale possa pronunciare l'invalidità della deliberazione in parola. In concreto, non rimane a disposizione dei soci e dei terzi che si considerino pregiudicati dall'operazione che il rimedio residuale rappresentato dal risarcimento del danno che essi riescano a dimostrare di avere subito per effetto di questa (art. 2500-*bis*, co. 2), con il comprensibile aggravio dell'onere probatorio in tal caso loro incombente.

Non così, per contro, nel caso della trasformazione eterogenea la quale, a norma dell'art. 2500-*novies*, co. 1, c.c., acquista efficacia dopo che siano trascorsi 60 giorni dall'ultima iscrizione della delibera trasformativa, esattamente come avviene per la fusione e la scissione. Il che è significativo del fatto che, nonostante l'asserita prosecuzione dei rapporti sostanziali e processuali facenti capo all'ente trasformato, enunciata dall'art. 2498, nella trasformazione eterogenea non è detto che vi sia – sempre e comunque – quell'unicità di soggetto che la ricordata giurisprudenza antecedente la riforma poneva a presupposto della prosecuzione dei rapporti anzidetti.

9. *Altre questioni irrisolte.* La disciplina positiva delle trasformazioni eterogenee lascia tuttavia non poche altre questioni ancora aperte, o comunque non completamente risolte.

9.1 – *Il consenso dei soci destinati ad assumere responsabilità illimitata.* La prima di esse riguarda la previsione dell'art. 2500-*septies*, co. 3 – che riprende quella dell'ultimo periodo dell'art. 2500-*sexies*, co. 1, dettata in materia di trasformazioni endosocietarie regressive – secondo la quale, affinché le trasformazioni eterogenee da società di capitali in altri enti possano diventare efficaci, è richiesto, oltre alla deliberazione da assumersi “con il voto favorevole dei due terzi degli aventi diritto”, anche “il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata”.

Questa previsione, applicata alle trasformazioni endosocietarie, ha rappresentato un saggio compromesso fra la teoria che, anteriormente alla riforma, postulava che le trasformazioni di società di capitali in società di persone dovessero essere assunte all'unanimità, non potendo la maggioranza disporre di un diritto individuale dei soci quale quello alla responsabilità limitata per le obbligazioni sociali, e l'opposta teoria per la quale la trasformazione altro non poteva considerarsi che una modificazione dell'atto costitutivo, da deliberarsi pertanto con le maggioranze di legge o di statuto, restando la tutela dei soci assenti o dissenzienti affidata all'esercizio del diritto di recesso (che, nella previgente disciplina, non garantiva neppure ai soci recedenti di ottenere la liquidazione delle proprie quote di partecipazione al loro valore effettivo). In virtù della previsione anzidetta è stata correttamente confermata la natura di modificazione statutaria della delibera di trasformazione, da assumersi appunto con le maggioranze per esse stabilite; ma – lungi dal prestare adesione alla teoria unanimistica mirata alla salvaguardia dei c.d. diritti individuali dei soci, indisponibili a maggioranza, che nelle società di capitali avrebbe rappresentato un'indubbia forzatura – ha richiesto l'espressione del consenso di quelli tra essi che, per effetto della trasformazione, siano destinati ad alterare sensibilmente, ed in modo negativo, il loro regime di responsabilità personale, ossia ad assumere una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali per le quali precedentemente alla trasformazione beneficiavano della responsabilità limitata. Espressione del consenso che può venire manifestata sia prima, sia durante, sia dopo

L'assemblea chiamata a deliberare sulla trasformazione, purché entro il termine di 30 giorni fissato per la trasmissione all'ufficio del registro delle imprese del verbale contenente la delibera assembleare in questione, a cura del notaio verbalizzante che solo può avanzarne la richiesta di iscrizione *ex art.* 2436; e che, dunque, costituisce non già condizione di validità, bensì condizione di efficacia della delibera anzidetta, giacché qualora il consenso alla trasformazione non sia stato espresso e fatto constare da tutti i soci destinati a divenire illimitatamente responsabili, la relativa delibera non può essere iscritta e, in forza dell'efficacia costitutiva dell'iscrizione, non può diventare appunto efficace.

Merita osservare che la formulazione della norma dell'art. 2500-*sexies*, co. 1, non è suscettibile di applicarsi soltanto alle trasformazioni di società di capitali in società di persone, potendo anche trovare applicazione nelle trasformazioni circoscritte all'ambito delle sole società di capitali (ad esempio, di s.p.a. o s.r.l. in società in accomandita per azioni, in cui gli accomandatari sono soci a responsabilità illimitata) ed in quelle circoscritte all'ambito delle sole società di persone (allorché, ad esempio, s'intenda trasformare una società in accomandita semplice in una società personale di altro tipo, con conseguente perdita della responsabilità limitata dei soci accomandanti).

Con riguardo però alle trasformazioni eterogenee vi sono delle figure associative nelle quali l'assunzione della responsabilità personale illimitata da parte di membri della compagine associativa e di coloro tra essi che si trovino ad agire in rappresentanza dell'ente per le obbligazioni a questo riferibili è soltanto potenziale, ossia meramente eventuale. Si pensi ai consorzi, nei quali i consorziati possono sì dover rispondere con tutto il loro patrimonio delle obbligazioni assunte dall'ente, in solido con il fondo consortile, ma solo se il consorzio, nel contrarle, abbia agito per loro conto, ossia nel loro interesse (art. 2615, co. 2, c.c.); o alle stesse associazioni non riconosciute, nelle quali è illimitata e solidale la responsabilità personale di coloro che abbiano agito in nome e per conto dell'associazione (art. 38 c.c.), siano essi il presidente, il direttore, gli amministratori di questa, od anche semplicemente gli associati. In questi casi, attesa la norma, più sopra ricordata, dell'art. 2500-*septies*, co. 3, deve ritenersi che siano richiesti di prestare il proprio consenso alla trasformazione eterogenea anche i soggetti potenzialmente destinati ad assumere in via sussidiaria la responsabilità personale illimitata per le obbligazioni di cui l'ente di appartenenza sia debitore principale? In altre parole, anche i soggetti che non può dirsi *a priori* se saranno mai in condizione di vedersi onerati, in futuro, da una simile responsabilità? Se così fosse, sarebbe come dire che l'operazione dovrebbe essere approvata all'unanimità. D'altra parte, un socio già a responsabilità limitata che rischiasse, anche solo in potenza, di poter essere un giorno tenuto a rispondere di una o più obbligazioni dell'ente di cui fa parte con tutto il proprio patrimonio avrebbe ben diritto, a mio avviso, di decidere se prestare il proprio consenso alla trasformazione *de qua* ovvero, in alternativa, non prestarlo, impedendone con ciò l'efficacia.

Da quanto precede si evince che una medesima previsione normativa applicata alla trasformazione endosocietaria è in grado di risolvere una questione complessa che si poneva anteriormente alla sua emanazione; mentre, applicata alla trasformazione eterogenea, genera nuovi problemi che non mostra attitudine a risolvere, riproponendo nel caso di specie l'antica teoria – che nella comune interpretazione si era data ormai per superata – la quale postulava l'assunzione all'unanimità delle delibere trasformative implicanti la perdita della responsabilità limitata dei soci come antidoto al deterioramento disposto a maggioranza del loro regime di responsabilità patrimoniale personale. Anche se – occorre precisare – la modificazione *in peius* di tale regime di responsabilità che venisse deliberata a maggioranza troverebbe ora un valido rimedio nel diritto di recesso attribuito ai soci che non abbiano concorso all'assunzione della delibera medesima, con l'aspettativa di ricevere, particolarmente nelle società non quotate, una liquidazione commisurata all'effettivo valore della partecipazione per la quale il recesso venga esercitato, comprensivo del valore d'avviamento (art. 2437-ter, co. 2, c.c.).

9.2 – *Le maggioranze richieste per le trasformazioni eterogenee.* Le norme che prevedono la necessità della manifestazione del consenso alla trasformazione da parte dei soci destinati a perdere la responsabilità limitata per le obbligazioni dell'ente di cui fanno parte in conseguenza della trasformazione fanno sorgere un altro interrogativo, a cui esse non consentono di dare immediata risposta.

Come s'è visto, l'art. 2500-*sexies*, co. 1, in tema di trasformazione endosocietaria delle società di capitali, prescrive che tale operazione debba essere “*adottata con le maggioranze assembleari previste per le modifiche dello statuto*”, ossia con quella contemplata dall'art. 2368, co. 2, qualora la delibera venga assunta in prima convocazione, “*se lo statuto non richiede una maggioranza più elevata*”, ovvero con quelle previste dall'art. 2369, co. 3, 5 e 7, qualora venga assunta in convocazioni successive alla prima, sempre con facoltà dello statuto di “*richiedere maggioranze più elevate*” (*ibidem*, co. 4 e 7). Per contro, l'art. 2500-*septies*, co. 3, stabilisce, con riguardo alle trasformazioni eterogenee, che: “*La deliberazione deve essere assunta con il voto favorevole dei due terzi degli aventi diritto*”, senza fare alcuna menzione della possibilità che l'autonomia statutaria – quanto meno nelle s.p.a. – possa richiedere maggioranze più elevate. Intuitivamente, questa seconda norma sembrerebbe imporre un *quorum* rafforzato rispetto ai *quorum* legali previsti per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria, ed in particolare per quelle aventi ad oggetto la trasformazione dell'ente sociale.

Ma *quid iuris* se i soci volessero introdurre, in caso appunto di trasformazione eterogenea di una società di capitali, un *quorum* più elevato rispetto a quello previsto dalla legge (ma senza postulare l'unanimità dei consensi), prevedendo ad esempio che tali deliberazioni debbano essere assunte con il voto favorevole dei tre quarti – anziché

dei due terzi – degli aventi diritto? Nel silenzio della legge, potrebbe considerarsi legittima la previsione statutaria che postulasse, nella specie, una maggioranza ancor più rafforzata? Com'è evidente, non ci sarebbe voluto molto per dipanare una simile incertezza; ma a ciò il legislatore della riforma del 2003 non ha provveduto, lasciando così aperta una *querelle* interpretativa che sicuramente non giova alla certezza del diritto; anche se, a mio avviso, il sistema della legge – che ha sensibilmente privilegiato l'autonomia statutaria dei soci – dovrebbe far propendere, almeno con riguardo alle assemblee straordinarie, per la legittimità della fissazione di *quorum* più elevati di quelli legali indipendentemente da un'espressa previsione normativa. Ma il problema comunque si pone.

Ponendo poi a raffronto gli artt. 2500-*sexies* e 2500-*octies* è dato notare una discrasia di non agevole comprensione. Per la trasformazione di società di capitali in società di persone sono infatti richieste “*le maggioranze previste per le modifiche dello statuto*” (art. 2500-*sexies*, co. 1). Invece, per le trasformazioni eterogenee delle società consortili e delle associazioni (riconosciute) in società di capitali occorre raggiungere “*la maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato*” (art. 2500-*octies*, co. 2). Perché questa differenza? Non sarebbe stato più corretto rifarsi, anche per le trasformazioni eterogenee, alle maggioranze previste – dalla legge o dallo statuto – per le modificazioni dell'atto costitutivo, fra le quali rientra appunto la trasformazione? La discrasia a cui si è accennato appare infatti rinverdire e corroborare, per quanto attiene alle trasformazioni eterogenee, la vecchia – e pericolosa – tesi cara all'Amministrazione finanziaria secondo la quale, com'è stato in precedenza ricordato, l'operazione in esame avrebbe comportato l'estinzione del soggetto trasformato e la creazione *ex novo* di quello risultante dalla trasformazione: tesi che viene riferita per memoria storica, ma che da tempo assai risalente non è più stata proposta, specialmente dopo la consolidata bocciatura ad essa inferta dai giudici di legittimità (ossia dapprima della Commissione Tributaria Centrale e successivamente dalla Corte di Cassazione). Ciò per non parlare della pseudo-trasformazione eterogenea delle comunioni d'azienda in società di capitali per le quali è – giustamente – richiesta l'unanimità dei consensi dei comunisti. Altro che unicità di soggetto!

Ancora: la trasformazione delle associazioni (riconosciute) in società di capitali – od anche in società di persone, com'è perfettamente lecito – ove non sia esclusa dalla legge (ad esempio, per quelle associazioni “*che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità e obblazioni del pubblico*”) o dall'atto costitutivo *ex art.* 2500-*octies*, co. 3, sembrerebbe comunque dover essere decisa a maggioranza, com'è stato appena riferito. Però prosegue la norma appena citata: “*Il capitale sociale della società risultante dalla trasformazione è diviso in parti uguali tra gli associati, salvo diverso accordo tra gli stessi*”. Il che, in sostanza, sta a significare che, in tutti i casi in cui il capitale sociale della società emergente dalla trasformazione eterogenea di un'associazione non venga ripartito in misura paritetica fra tutti gli associati, la trasformazione delle associazioni deve essere

decisa di comune accordo tra questi, ossia all'unanimità. Ne discende che, in tale *species* di trasformazione eterogenea, la decisione di dar corso all'operazione può essere assunta a maggioranza solo quando gli associati siano destinati a diventare titolari di quote paritetiche di partecipazione al capitale della società sorta a seguito della trasformazione, e non anche in ogni altro caso diverso da questo.

10. *Ulteriori possibili fattispecie di trasformazione eterogenea.* Non sono però finiti i problemi che la trasformazione eterogenea si presta a sollevare. È proprio necessario – ci si deve chiedere – che gli enti ammessi a partecipare ad un'operazione trasformativa eterogenea siano soltanto quelli menzionati dagli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies*, come se questi costituissero un *numerus clausus*, oppure possono esservene anche altri non espressamente nominati? Così, ad esempio, potrebbe una società ordinaria, di capitali o di persone, trasformarsi – anziché in consorzio – in un g.e.i.e., e viceversa, in presenza beninteso dei necessari presupposti? Un simile quesito dovrebbe ricevere – secondo un avviso che avevo manifestato fin dal 2005 – risposta ampiamente positiva. Ad analoga conclusione è altresì pervenuto, più recentemente, il Consiglio nazionale del Notariato il quale, nello studio n. 17-2013/I del 16 gennaio 2013, ha considerato ammissibile la trasformazione di una società a responsabilità limitata in un *trust*, esplicitando in motivazione la liceità delle c.d. trasformazioni eterogenee “atipiche” e riconoscendo dunque, nel solco di un'interpretazione estensiva delle norme testè richiamate, che le ipotesi di trasformazione eterogenea ivi esplicitate non rappresentino un elenco chiuso.

Inoltre, è proprio necessario che la trasformazione eterogenea debba vedere coinvolta, come punto di partenza o come punto di arrivo, una società ordinaria? Non potrebbe, ad esempio, un consorzio venire trasformato direttamente in associazione non riconosciuta oppure in società consortile? Anche qui, perché non ammettere che possa conseguirsi più speditamente, con minori costi ed in maniera meno farraginoso, quello stesso risultato che sarebbe sicuramente lecito conseguire attraverso laboriose e costose, quanto inutili triangolazioni, ossia procedendo dapprima alla trasformazione del consorzio in società ordinaria e successivamente all'ulteriore trasformazione di tale società in associazione non riconosciuta o in società consortile? Anche un simile quesito meriterebbe pertanto risposta sicuramente affermativa.

Ed ancora: atteso che gli enti diversi dalle società ordinarie ammessi a partecipare alle trasformazioni eterogenee non paiono costituire un numero chiuso e che le medesime trasformazioni non sembrano dover vedere indefettibilmente come punto di partenza o come punto di arrivo una società ordinaria, potrebbe reputarsi ammissibile, ad esempio, la trasformazione di un g.e.i.e. in un consorzio, e viceversa? Si pensi, nello specifico, ad un g.e.i.e. originariamente composto da soggetti con sede in più Stati membri dell'Unione Europea i quali, nel tempo, si siano ridotti ad un gruppo, più limitato, di imprenditori aventi tutti sede in Italia. Perché portare il g.e.i.e. allo scioglimento quando, trasformato in consorzio, potrebbe avere ancora una funzione da

svolgere, per quanto in un ambito territoriale più circoscritto, consentendo così di mantenere in essere il relativo rapporto associativo, in linea con il *favor legis* per la conservazione dei contratti? Anche in questo caso la risposta non potrebbe, a mio avviso, che essere affermativa, tanto più se si ponga mente al fatto che queste due figure associative sono tra loro assai più simili di quanto non lo siano, ad esempio, le società e le fondazioni. Ma ovviamente la conclusione non cambierebbe se la trasformazione eterogenea “atipica” riguardasse, ad esempio, la transizione di un *trust* in una fondazione di diritto interno, subordinatamente al riconoscimento della personalità giuridica di questa da parte dell’authority pubblica a ciò preposta, i quali pure sono due soggetti che presentano tra loro indiscutibili affinità.

11. *Le fusioni e le scissioni trasformative eterogenee.* Ma allora, l’eterogeneità della trasformazione non potrebbe estendersi alle altre operazioni straordinarie, quali segnatamente le fusioni e le scissioni? Che esistano fusioni e scissioni trasformative è noto, anche se tradizionalmente tale attributo veniva – e tuttora di massima viene – riferito alle fusioni a cui partecipino società di tipi diversi, nonché alle scissioni che generino, quali beneficiarie, società di tipo o di tipi diversi da quello della società scissa. Tuttavia, alla luce delle risultanze a cui è dato pervenire a proposito delle trasformazioni, potrebbe forse negarsi la liceità della fusione trasformativa eterogenea, ad esempio, di una società con un consorzio? Direi proprio di no. Oppure di una fusione tra una società, un consorzio e un g.e.i.e.? Direi ancora di no. Ed inoltre potrebbe negarsi la liceità di una fusione a cui non partecipi neppure una società, come ad esempio quella tra un consorzio ed un’associazione non riconosciuta? Od infine la liceità della fusione di un consorzio con un g.e.i.e.? Anche a simili questioni mi parrebbe doversi dare senz’altro risposta negativa, nel senso che tutte le predette operazioni straordinarie meriterebbero di essere considerate perfettamente possibili e lecite.

Analogamente, potrebbe ammettersi la scissione di una società il cui patrimonio sia composto da un’azienda industriale e da un compendio immobiliare non strumentale dalla quale risulti, come beneficiaria, una fondazione a cui venga trasferito il solo compendio immobiliare? Ovvero un’analogo scissione che promani da un ente scisso diverso da una società? Anche in questi casi: perché no?

In estrema sintesi, una volta ammessa la possibilità di attuare trasformazione eterogenee, di vario genere, analoga possibilità non parrebbe potersi negare per l’attuazione delle altre operazioni straordinarie, fusioni o scissioni che siano. Ed allora, come la rubrica della sezione I del capo X (*olim* capo VIII) è stata correttamente riformulata da “*Della trasformazione delle società*” in “*Della trasformazione*”, con ablazione delle parole “*delle società*”, anche le rubriche delle sezioni II e III dello stesso capo meriterebbero di venire similmente modificate, sempre con l’ablazione delle medesime parole “*delle società*”, senza cioè poter più rimanere inalterate rispetto alla formulazione anteriore alla riforma.

12. *Conclusioni.* Per quanto fondamentalmente concentrata in appena due articoli del codice riformato – oltre a qualche altro che a questi funge da complemento – la disciplina della trasformazione eterogenea pone una serie di problemi davvero molto nutrita, ai quali la legge non dà adeguata risposta e tra cui riesce francamente difficile all'interprete districarsi, sì da rendere consigliabile di procedere con urgenza ad una revisione complessiva della materia, auspicabilmente di più ampio respiro e di profilo più elevato rispetto all'attuale assetto normativo.

Se però una lezione si può già trarre dalla, sicuramente perfettibile, disciplina ora vigente, questa va nel senso di corroborare la perspicua intuizione di Gerardo Santini circa la neutralità delle forme societarie – derivata dalla constatazione del “tramonto” dello scopo lucrativo delle società ordinarie e corroborata dai successivi studi di Giorgio Marasà sulle società non esercenti attività imprenditoriale – secondo la quale il tipo sociale segna la struttura organizzativa della società, ne determina le modalità di funzionamento, di assunzione delle decisioni e quant'altro al suo interno, presiede alla regolamentazione dei rapporti con i terzi, in particolare per quanto attiene al regime della responsabilità patrimoniale dei soci per le obbligazioni sociali, ma è ininfluente rispetto allo scopo, e dunque al carattere dell'attività che ne integra l'oggetto sociale, e non è neppure decisivo per la ricognizione della causa del contratto sociale. Intuizione che, per quanto a suo tempo circoscritta all'ambito societario, sembra ora travalicare tale ambito ed irrompere in quello della generalità dei soggetti giuridici.

Possono, pertanto, esercitare l'impresa sia le società – ordinarie, lucrative e non lucrative, consortili e cooperative – e i consorzi sia le associazioni e le stesse fondazioni (lasciamo da parte, una buona volta, le comunioni d'azienda, che in quanto tali non esercitano alcuna impresa); così come le società (eccezion fatta per quelle consortili che, al pari dei consorzi, sono preordinate esclusivamente all'esercizio di imprese commerciali, trattandosi di attività ausiliarie *ex art. 2195, co. 1, n. 5, c.c.*), oltre all'esercizio di imprese commerciali e di imprese agricole, possono ancor oggi curare l'esercizio di imprese civili e possono altresì non esercitare imprese di sorta – mi riferisco appunto alle c.d. “società senza impresa” – essendo sufficiente, affinché possano essere considerate tali, che svolgano una qualsiasi attività economica, a cui sola fa riferimento la definizione dell'art. 2247, che di per sé non persegue necessariamente un intento lucrativo (ma soltanto l'obiettivo del pareggio del bilancio, ossia almeno quello della copertura dei costi con i ricavi o con i reintegri dei costi) e neppure coincide indefettibilmente con un'attività imprenditoriale, come dimostrano le moltissime società che ammantano, nella sostanza, delle comunioni di godimento. Si pensi alla maggior parte delle società immobiliari, a quelle che gestiscono impianti sportivi (piscine, *ski-lift*, campi da golf) nell'interesse esclusivo dei propri soci e a quelle costituite per dare forma legale a patti di sindacato di voto o di controllo, e soprattutto alle società tra professionisti, il cui *business* – almeno nel nostro ordinamento – non consiste certo nell'esercizio di un'impresa.

Insomma, anche dalla disciplina della trasformazione eterogenea – ma non solo da questa, beninteso – trae linfa la teoria che dalla predetta intuizione è scaturita ed è stata in seguito più organicamente sviluppata, che induce a ritenere ormai pacificamente che l'essenza di un ente non dipende dalla sua configurazione giuridico-formale, bensì dall'attività in concreto esercitata, atteso che la forma – in linea di principio e fatte salve talune prescrizioni che possono caso per caso venire stabilite da determinate norme (ad esempio, i consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi devono essere composti da imprenditori) – è permeabile al compimento di pressoché tutte le attività legittimamente esercitabili.