Indice

Premessa. 3
Impostazione dei problemi da affrontare. 3
1. - Fusione e scissione di società: affinità e differenze nella disciplina e nella funzione economica (perché e sotto quali profili possono essere trattate in maniera unitaria). 11
Capitolo secondo. 21
2. - Natura giuridica di fusione e scissione: le principali teorie ed i limiti che esse presentano. 21
2.1. - La bipartizione fondamentale: teoria "tradizionale" e teoria "modificativa". Premessa metodologica circa la loro analisi. 21
2.2. - La teoria "tradizionale". 23
2.3. - La teoria "modificativa". 33
2.4. - Le posizioni della giurisprudenza. 49
2.5. - Critiche alla tesi tradizionale. 59
2.6. - La scissione parziale come contratto a favore di terzi. Critica. 67
2.7. - Critiche alla tesi modificativa. 72
2.8. – Qualche riflessione sull'approccio "modificativista" del legislatore della riforma del diritto societario. 87
2.9. - Le posizioni dottrinali intermedie. 98
Capitolo terzo. 107
3. - La prospettiva traslativista: le caratteristiche del trasferimento patrimoniale. 107
3.1. - La fusione e la scissione come ipotesi di successione universale per atto tra vivi. 107
3.2. - La fusione come compenetrazione di un gruppo sociale in un altro gruppo sociale che determina una successione universale per atto tra vivi. 112
3.3. - La scissione (totale e parziale) come ipotesi di successione universale per atto tra vivi. 124
Capitolo quarto. 134
4. - La prospettiva traslativista: l'atto negoziale alla base del trasferimento patrimoniale e il significato dell'attribuzione ai soci della società fusa o scissa delle partecipazioni nelle società beneficiarie. 134
Il rapporto fra il trasferimento del patrimonio e l'assegnazione delle partecipazioni. 134
4.1. - La volontà alla base del trasferimento del patrimonio e il ruolo dei soci. 134
4.2. – Il rapporto fra l'assegnazione delle partecipazioni ai soci della società fusa o scissa e l'attribuzione patrimoniale alla società beneficiaria. 145
4.3. - Inesistenza di un conferimento in senso tecnico ex art. 2342 ss. c.c. nelle operazioni di fusione e scissione. 157
Capitolo quinto. 163

5. - La prospettiva traslativista: inapplicabilità dei limiti alla circolazione dei beni alla fusione e alla scissione. 163
5.1. - Le peculiarità del fenomeno traslativo nelle operazioni di fusione e scissione e il problema dell'applicabilità ad esso delle previsioni (legali o pattizie) che limitano la circolazione dei beni. 163
5.2. - Analogie e differenze intercorrenti fra il trasferimento di proprietà che avviene attraverso una alienazione (compravendita) e la circolazione dei beni che è effetto della fusione e della scissione. Gli impedimenti all'applicazione dei limiti alla circolazione dei beni che derivano dalle peculiarità della vicenda circolatoria propria della fusione e della scissione. 167
5.3. - Analisi dell'operatività di specifiche limitazioni alla circolazione dei beni. L'inapplicabilità delle stesse nel caso di fusione e scissione derivante dalla loro disciplina specifica. 194
5.3.1. - *Segue*: la prelazione legale prevista in caso di trasferimento di beni culturali. 195
5.3.2. - *Segue*: la prelazione legale prevista in caso di trasferimento di fondi rustici. 206
5.3.3. - *Segue*: la prelazione legale prevista in caso di trasferimento di immobili urbani, adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, che siano oggetto di un contratto di locazione. 211
5.3.4. - *Segue*: limiti alla circolazione delle partecipazioni sociali: le clausole di prelazione e di gradimento negli statuti delle società. 214
Capitolo sesto..... 225
6. La prospettiva modificativista: inapplicabilità dei limiti alla circolazione dei beni alla fusione e alla scissione. 225
Capitolo settimo 231
7. Fusione e scissione elusive di disposizioni che limitano la circolazione dei beni. 231
7.1. Difficoltà applicative della disciplina del contratto in frode alla legge e della simulazione. 231
7.2 - La tecnica della "frode alla legge" e il "superamento della persona giuridica" e come strumenti interpretativi utili per contrastare l'elusione, attraverso la fusione e la scissione, di disposizioni che limitano la circolazione dei beni. 262
INDICE DELLE OPERE CITATE..... 292

Premessa.

Impostazione dei problemi da affrontare.

La fusione e la scissione di società hanno notevole diffusione nella pratica come strumenti di razionalizzazione della struttura delle imprese.

L'ampio ricorso a tali operazioni da parte degli operatori economici rafforza l'importanza dell'interrogativo circa i limiti che le medesime possono incontrare all'interno dell'ordinamento, in relazione alla circostanza che, mediante esse, si modifica l'imputazione formale della titolarità di un patrimonio o di parte di esso.

Nel presente lavoro si analizzerà l'incidenza sull'operatività della fusione e della scissione dei limiti al trasferimento della proprietà di beni da una società all'altra.

Il primo quesito che ci si porrà è se, e in quali termini, i vincoli (di natura legale o pattizia) che limitano la circolazione di un qualsiasi bene possano operare anche quando il soggetto (nella specie una società) che ha la titolarità del bene medesimo muti per effetto di un'operazione di fusione o di scissione.

Al fine di rispondere all'interrogativo sarà necessario risolvere alcuni quesiti preliminari.

Ci si dovrà interrogare sull'ammissibilità di una trattazione unitaria del tema per la fusione e per la scissione: andrà cioè verificato se le affinità indubbiamente esistenti fra i due istituti legittimino l'impostazione dell'analisi in termini unitari, nonostante la presenza di differenze, spesso molto rilevanti, fra le due fattispecie.

Altra questione di fondo da affrontare è relativa alla stessa possibilità di configurare un effetto traslativo nelle fattispecie in

esame. Ciò in quanto, come si dirà, le posizioni degli interpreti sono divise nella definizione della natura giuridica dei due istituti e, tra le varie tesi elaborate, meritano particolare considerazione quelle (oggi prevalenti e condivise dalla più recente giurisprudenza della Suprema Corte in tema di fusione) che negano che il mutamento soggettivo, solo formale, che si determina attraverso la fusione e la scissione realizzi un trasferimento patrimoniale[1].

E' in proposito evidente come il problema dell'applicabilità o meno dei limiti alla circolazione dei beni alla fusione e alla scissione debba affrontarsi adottando prospettive diverse a seconda che si neghi o meno l'esistenza di un trasferimento patrimoniale nelle operazioni in discorso.

Ed invero, se si ricostruiscono la fusione e la scissione come istituti ove non ricorre alcun trasferimento patrimoniale, l'inapplicabilità a tali istituti delle disposizioni che limitano la circolazione di determinati beni diviene una conclusione agevole.

Più complesso si mostra il problema ove si ritenga di ravvisare la ricorrenza, nella fusione e nella scissione, di un trasferimento patrimoniale.

In tale ottica, la risposta al quesito può variare a seconda del *tipo* di trasferimento che si ritenga ricorrere in tali operazioni: è in tal caso necessario individuare le caratteristiche specifiche del trasferimento patrimoniale in questione per paragonarle a quelle prese in considerazione dalle disposizioni che limitano la circolazione di determinati beni, così da poter valutare l'identità o meno delle fattispecie nei diversi casi, e quindi l'applicabilità o meno di tali disposizioni alle operazioni di fusione e scissione.

Come si vedrà meglio in seguito, la questione della natura giuridica della fusione e della scissione (ed in specie della possibilità o meno di configurare un effetto traslativo della fusione e della scissione) non ha tutt'oggi trovato risposte unanimemente

[1] V. *infra*, l'esposizione di queste tesi nell'ambito della c.d. teoria "modificativa".

condivise, ciò che suggerisce di affrontare la problematica dell'applicazione a tali operazioni dei limiti alla circolazione dei beni ponendosi in ciascuna delle due "macro prospettive", con la necessità, in conseguenza di quanto ora segnalato, di un più ampio sviluppo del tema all'interno della prospettiva che ammette l'esistenza di un trasferimento patrimoniale nella fusione e nella scissione.

Ciò fermo restando che, in particolar modo ove si affronti il problema dalla visuale "traslativista", sarà d'obbligo selezionare, fra le varie teorie elaborate dagli interpreti, quelle che si ritengano maggiormente coerenti con il sistema.

Una volta risolte tali questioni, si potrà affrontare il problema che più direttamente interessa la presente trattazione.

In particolare, poiché, come si vedrà, è possibile affermare, in via di principio, l'inapplicabilià alla fusione e alla scissione dei limiti alla circolazione dei beni, dovrà porsi il quesito relativo alla disciplina applicabile nell'ipotesi in cui tale "vantaggio" venga sfruttato dalle società coinvolte al fine di eludere disposizioni vincolistiche, mediante il mutamento della titolarità dei beni, di certo consentito dalla fusione e dalla scissione.

Va precisato fin d'ora (e ciò sarà meglio chiarito in seguito) che, anche ponendosi nella prospettiva che nega l'esistenza di un vero e proprio trasferimento patrimoniale nell'ambito della fusione e della scissione, la circostanza (oggettivamente innegabile) del formale mutamento del soggetto titolare del bene, che le operazioni di fusione e di scissione consentono, è in grado di agevolare il ricorso ad operazioni come quelle ora descritte, volte a frustrare gli interessi tutelati dalle previsioni (legali o contrattuali) limitatrici della circolazione dei beni.

Si tratta in particolare dei casi in cui la scelta di porre in essere un'operazione di fusione o scissione è guidata dal precipuo intento di evitare l'applicazione di una disposizione vincolistica, poiché il

risultato a cui mirano le società partecipanti è quello di trasferire un bene senza rispettare determinati vincoli legali o pattizi, non già i tipici effetti di riorganizzazione aziendale cui sono naturalmente preordinate la fusione e la scissione[2].

Come più diffusamente si dirà nell'ultimo capitolo del presente lavoro, la finalità elusiva può essere agevolata ad esempio ove si dia luogo ad una scissione con assegnazione alla società beneficiaria di un unico bene (che, come si vedrà è ritenuta ammissibile dalla quasi totalità degli interpreti) ovvero ad una fusione a cui partecipi una società il cui patrimonio sia composto prevalentemente (se non esclusivamente) da un bene vincolato (perché in ipotesi la medesima società si è prima "spogliata" della restante parte del proprio patrimonio, ad esempio mediante uno scorporo), realizzandosi al contempo un mutamento della "titolarità sostanziale" del bene medesimo attraverso, ad esempio, l'assegnazione, ai soci della società madre, di partecipazioni in misura non proporzionale a quelle già possedute.

Esula dal tema di indagine del presente lavoro l'istituto della trasformazione.

Tale istituto è invero disciplinato unitamente alla fusione e alla scissione nell'ambito del capo X, titolo V, libro V del codice civile, e condivide con la fusione e la scissione la disciplina relativa alle "vicende modificative dell'ente" dettata dal d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231. Ed infatti, come accade per la fusione e la scissione (e come per esse si vedrà meglio nel prosieguo del presente lavoro), anche la

[2] Effetti su cui v., da ultimo, B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005, p. 513 e 521 ss., per il quale la fusione emerge dalla vigente disciplina come una specifica modalità di riorganizzazione dell'impresa disciplinata in forma societaria; e G. FERRI *JR* – G. GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Vol. 4, Torino, 2007, p. 332, secondo i quali il significato che la vicenda della fusione pare oggi assumere è quello di «riorganizzazione della società in quanto disciplina oggettiva del finanziamento e dello svolgimento dell'impresa», ciò che accomuna tale istituto alla scissione, come anche alla trasformazione.

trasformazione è fattispecie sostanzialmente volta a conseguire la modificazione dell'ente attraverso la prosecuzione dell'attività nell'ente modificato e la continuazione dei rapporti di partecipazione.

L'obiettivo è però raggiunto nella trasformazione secondo modalità tali per cui l'esistenza di un passaggio della titolarità di beni da un soggetto ad un altro è ben più difficilmente ipotizzabile che nel caso di fusione e di scissione: la trasformazione opera senza coinvolgere una pluralità di enti, e mediante una tecnica che è stata definita "dell'identità"[3], la quale comporta che, in esito all'operazione, l'ente resta (normalmente) identico a sé stesso, limitandosi a mutare la propria veste organizzativa (di conseguenza, precisa l'art. 2498 c.c., esso «*conserva*» i diritti e gli obblighi dell'ente trasformato)[4]; ciò diversamente da quanto accade nella fusione e nella scissione, ove gli enti coinvolti sono – *ex ante* o *ex post* – più di uno (le operazioni analizzate nel presente lavoro, a differenza della trasformazione, rappresentano una riorganizzazione «che coinvolge necessariamente più di una impresa organizzata in forma di società»[5]) e «si realizza una nuova imputazione (alla o alle

[3] G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7.2, Torino, 2004, p. 201, nota 32.

[4] Valorizza la disposizione di cui al vigente art. 2498 c.c. nel «suo significato di consentire una «conservazione» dei rapporti giuridici preesistenti, […] che potremmo chiamare un loro *principio di continuità* e che esclude ogni vicenda successoria» nella trasformazione, C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Vol. 1, Torino, 2006, p. 12 (v. anche, ID, *Società, persona e impresa*, in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, p. 340). Parla della trasformazione in termini di vicenda meramente «evolutiva del soggetto titolare dell'impresa», fra gli altri, F. GALGANO, (da ultimo in) *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, p. 517. Evidenzia la differente portata della disposizione di cui all'art. 2498 c.c. e di quella di cui all'art. 2501-*bis*, co. 1, c.c., impiegando l'una il termine *conservare* e l'altra il termine *assumere*, F. MELONCELLI, *Fusione di società e interruzione del processo civile*, commento a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Corr. giur.*, 2006, p. 795 ss.

[5] G. FERRI *JR* – G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 240, che, in tema di fusione, evidenziano «il carattere intersoggettivo, o meglio interorganizzativo, della vicenda». Gli stessi Autori (*op. loc. cit.*, nota 23) verificano la possibilità di accomunare la fusione e la trasformazione per la comune ricorrenza del

società risultanti) degli elementi patrimoniali che facevano capo alla società incorporata o scissa e che vengono "assunti" (questo, testualmente, il verbo adoperato dall'art. 2504-bis, 1° comma) dalla società risultante»[6] e si pongono quindi i suaccennati problemi conseguenti al mutamento dell'identità del soggetto titolare di determinati beni[7].

---

profilo costituzione-estinzione, profilo che parrebbe ricorrere, seppure in termini diversi rispetto alla fusione, anche nella trasformazione «come dimostra lo stesso lessico legislativo che mostra di distinguere, all'art. 2498 c.c., tra l'"ente trasformato" e quello "che ha effettuato la trasformazione"», e concludono in proposito che «si tratta all'evidenza del "medesimo" ente, considerato, rispettivamente, prima e dopo la vicenda riorganizzativa». V. anche F. MELONCELLI, *op. cit.*, p. 795 ss., il quale rileva che il mutamento soggettivo che si realizza nella fusione «distingue nettamente la fusione dalla trasformazione, nella quale non esiste alcuna differenza quantitativa tra i soggetti presenti nella situazione antecedente e nella situazione successiva all'operazione», e così, nella scissione si determina «un aumento dei soggetti iniziali».

[6] G. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*, di cui si veda anche la p. 239, ove l'Autrice rileva che «nella scissione (come del resto nella fusione, e a differenza di quanto avviene per converso nella trasformazione) l'obiettivo della prosecuzione dell'attività viene realizzato attraverso una modifica dell'imputazione dei diritti e degli obblighi: attraverso, cioè, il loro passaggio in capo a soggetti diversi da quello che ne era antecedentemente il titolare. Viene perciò posto in essere un fatto circolatorio […]». V. anche, nell'ottica modificativista, P. SPADA, *Diritto commerciale*, II, *Elementi*, Padova, 2006, pp. 164 e 155. Per quanto rilevato nel testo, eccessivamente limitativo appare l'approccio interpretativo adottato da P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Vol. 4, Torino, 2007, p. 447, ove si accosta la scissione al «caso in cui ad una società si dia una organizzazione nuova, ovvero si adottino nuove regole organizzative, e si modifichi il nome».

[7] Valgono, con riferimento a quanto rilevato nel testo, le osservazioni di C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7.1, Torino, 2004, p. 66, in relazione alle differenze esistenti fra l'ipotesi in cui la società si limiti a modificare il proprio nome e l'incorporazione: «nel primo caso, il "patrimonio sociale" resta immutato nella sua composizione oggettiva: si registra soltanto una variazione meramente verbale della formale intestazione dei rapporti, restando invariato il loro riferimento soggettivo strumentale. Per converso, nell'incorporazione, il "patrimonio sociale" dell'incorporante subisce una modificazione nella sua composizione: i soci (ed i gestori) di questa potranno infatti disporre, oltreché degli elementi patrimoniali ad essa originariamente pertinenti, anche di quelli delle società fondende. Tali rapporti sono destinati alla realizzazione dell'oggetto sociale, quale risulta dalla (eventuale modificazione decisa nella prospettiva della) fusione»; «anche nelle ipotesi in cui l'incorporante possiede l'intero pacchetto azionario dell'incorporata, si registra una modificazione della composizione del "patrimonio" della società incorporante: gli elementi patrimoniali della società incorporante si sostituiscono alle partecipazioni destinate all'annullamento, con le conseguenti implicazioni a livello di oggetto sociale effettivo (esercizio diretto anziché indiretto)» (cfr. anche Cass., 6 giugno 2003, n. 9100, in *Mass. Giur. it.*, 2003, 830).

Peraltro, non può comunque ignorarsi la circostanza che, a seguito della riforma del diritto societario introdotta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, l'istituto della trasformazione è stato oggetto di importanti modifiche: mi riferisco in particolare alla disciplina della trasformazione eterogenea, tale per cui, oggi, anche nel caso di trasformazione ci si può trovare «in presenza di una radicale soluzione di continuità nell'atteggiarsi dei rapporti tra i soggetti e nei confronti dei beni»[8].

Ciò che è evidente nel caso di comunione incidentale d'azienda che si trasformi in società di capitali, e viceversa.

Si è osservato, con riferimento alla trasformazione di società in comunione di azienda, che tale operazione «permette di passare ad un fenomeno che è privo di rilievo *reale* [...] e, quindi, di realizzare, un cambiamento di incidere, oltreché sulla posizione assoluta dei soci, anche sulla titolarità del patrimonio»[9].

Manca comunque in tale caso, e a differenza di quanto accade nei casi di fusione e scissione, la pluralità di soggetti coinvolti, che, nella fusione e nella scissione è in grado di consentire più

[8] C. ANGELICI, *Introduzione*, cit., p. 14 (ID, *Società, persona e impresa*, cit., p. 341 s.).

[9] A. CETRA, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Vol. 4, Torino, 2007, p. 134. L'Autore, in generale, osserva che la trasformazione, per come disciplinata dalla riforma del diritto societario, «è un'operazione per il tramite della quale una società di capitali può realizzare una modificazione della disciplina organizzativa dell'agire comune di portata ben più ampia rispetto al mero mutamento del tipo. Infatti, nel *genus* trasformazione rientrano oggi a pieno titolo non solo modifiche strutturali comportanti il cambiamento dello scopo all'interno del fenomeno societario (da lucrativo a consortile o mutualistico); ma anche modifiche strutturali comportanti il passaggio ad un fenomeno associativo non societario caratterizzato da un differente profilo causale (da società lucrativa a consorzio; da società lucrativa ad associazione): cambiamenti, questi, senz'altro in grado di incidere sulla posizione relativa dei soci, ossia sul reciproco rapporto rispetto alla produzione e alla destinazione del risultato. Inoltre, la trasformazione consente di passare da un fenomeno non associativo (da società a fondazione) e, pertanto, di realizzare un cambiamento in grado di incidere sulla posizione assoluta dei soci (che perdono il corrispondente *status*)».

agevolmente comportamenti elusivi di disposizioni limitatrici della circolazione dei beni[10].

[10] Oltre a quanto rilevato nel testo, nella trasformazione non ricorre il dato, caratteristico delle operazioni di fusione e di scissione per cui a fronte dell'assegnazione di tutto o di parte del patrimonio della società fusa o scissa alla (o alle) società beneficiarie, le partecipazioni in esse corrispondenti al patrimonio che forma oggetto dell'operazione non vengono attribuite alla società fusa o scissa, ma ai suoi soci, ciò che è in grado di determinare una modifica della consistenza del patrimonio delle società coinvolte. La peculiarità della trasformazione rispetto alla fusione e alla scissione non sembra presa in considerazione dalle più recenti pronunce dalla Suprema Corte (sulle quali si tornerà in seguito), che, nel qualificare la fusione di società come una vicenda meramente evolutivo-modificativa del medesimo soggetto giuridico tendono a equiparare la struttura della fusione a quella della trasformazione (cfr. Cass., 23 giugno 2006, n. 14526, in *Mass.*, 2006, 1844, e, ancor più di recente, Cass., 23 gennaio 2007, n. 1476, in *Mass.*, 2007, 103). Nello stesso senso delle pronunce ora citate v. anche Tar Lazio-Roma, Sez. III *ter*, 17 luglio 2007, n. 6500, sul sito *internet* www.leggiditalia.it e, in dottrina, E. CIVERRA, *La fusione come fenomeno successorio*, commento a App. Roma, 27 gennaio 2005, in *Le società*, 2006, p. 197 s., che, dissertando in tema di fusione, osserva che «ci offre un particolare punto di osservazione la disciplina della trasformazione, laddove la norma cardine dell'art. 2498 c.c. – rubricata "continuità dei rapporti giuridici" – dimostra che anche il passaggio tra enti causalmente distanti, come, per esempio, una società per azioni e una fondazione, non segna una rottura della continuità soggettiva, rappresentando una vicenda che nulla ha a che fare con la successione ad un soggetto estinto».

Capitolo primo.

1. - Fusione e scissione di società: affinità e differenze nella disciplina e nella funzione economica (perché e sotto quali profili possono essere trattate in maniera unitaria).

La problematica inerente le analogie e le differenze intercorrenti tra fusione e scissione è strettamente collegata a quella relativa alla natura giuridica di tali istituti.

Al di là delle più evidenti affinità riguardanti la funzione economica o l'applicabilità di una disciplina in gran parte identica alle due operazioni, è infatti la comunanza degli elementi essenziali alla definizione della loro natura giuridica[11] che rasserena sulla possibilità di accorparle in una trattazione unitaria.

Il tema del confronto fra fusione e scissione è uno dei più controversi e dibattuti.

Non v'è dubbio che il legislatore, disciplinando prima ampiamente l'istituto della fusione e solo in epoca successiva, sinteticamente e con frequenti richiami alla regolamentazione dettata in tema di fusione, quello della scissione, abbia inteso affermare una sostanziale somiglianza fra le due fattispecie[12]. Mentre infatti la fusione tra società è presente nel nostro ordinamento fin da prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, la scissione è stata introdotta come istituto di diritto positivo

[11] Ove si ritenga di adottare la prospettiva modificativista, ed anzi soprattutto in tale prospettiva, come meglio si vedrà in seguito la qualificazione della natura giuridica dei due istituti deve ritenersi la medesima. Come si vedrà, anche ove si accolga la diversa prospettiva che non nega l'esistenza di un effetto traslativo nelle operazioni in esame, sia la fusione che la scissione possono essere definite, in modo unitario, come operazioni che realizzano il trasferimento di un patrimonio sociale o di quote di esso attraverso una successione universale per atto tra vivi, garantendo la prosecuzione, in (almeno) una delle società che risultano dall'operazione ovvero sopravvivono ad essa, della partecipazione originaria del singolo socio nella società fusa o scissa.

[12] Così A. D'ISANTO, *La scissione di società e le altre operazioni straordinarie: natura, presupposti economici e modalità realizzative*, in *Riv. dott. comm.*, 1995, p. 346.

soltanto con il d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, che ha attuato la terza e la sesta direttiva comunitaria in materia di fusioni e scissioni societarie[13].

[13] Nel campo delle scissioni il nostro paese è stato, secondo F. GALGANO, *Scissione di società*, in *Vita not.*, 1992, p. 501, «più europeista del necessario». Infatti, la sesta direttiva comunitaria non imponeva l'introduzione della scissione negli Stati membri, limitandosi a dettare norme uniformi per il caso in cui essa fosse già prevista nei singoli ordinamenti (art. 1 della direttiva 82/891/CEE). Sul tema, v. M. CASSOTTANA e A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2002, p. 95 s., ove si sottolinea che «l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in tema di tutela degli interessi dei soci e dei terzi è esigenza che ha lasciato agli Stati membri la scelta circa l'introduzione dell'istituto della scissione […], mentre ha giustificato l'affermazione della necessaria introduzione negli ordinamenti nazionali dell'istituto della fusione» (cfr. terzo considerando e art. 2 della terza direttiva). In Paesi come la Danimarca, l'Olanda e la Germania, la direttiva sulla scissione non è stata recepita, sul presupposto che l'ordinamento di quei Paesi ignorava tale figura. Il nostro legislatore ha invece colto l'occasione dell'emanazione della direttiva per introdurre questa figura, con un suo atto sovrano e non in esecuzione della direttiva stessa. In proposito, cfr. F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. notar.*, 1990, I, p. 874, il quale, come presidente della commissione ministeriale che ha redatto la normativa nazionale di attuazione delle direttive comunitarie, giustifica la scelta in discorso sulla base di due considerazioni: il fatto che «la mancanza di una disciplina e persino della menzione della figura» nel codice civile del 1942 «non significa necessariamente che questa non abbia diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento»; e la constatazione che «non è parso comunque saggio perdere l'opportunità di dotare il nostro ordinamento di uno strumento capace di rendere utili servigi al mondo degli affari», dati i «vantaggi che il nuovo strumento può dare, a fini di razionalizzazione delle strutture produttive e quale strumento di composizione dei dissidi che insorgessero tra i soci, specie nelle imprese minori e in quelle familiari». Si vedrà come questa scelta abbia posto problemi di coerenza del nuovo istituto con i principi generali del diritto societario all'epoca imperanti, potendosi attraverso la scissione creare una nuova società, apparentemente attraverso un atto unilaterale della società scissa. La normativa comunitaria, inoltre, riguarda le fusioni e le scissioni a cui partecipino società per azioni, mentre il testo varato del nostro legislatore si mostra senz'altro di più ampio respiro, riferendosi alle società di ogni tipo che hanno ad oggetto l'esercizio di un'attività commerciale e alle società cooperative: v. In proposito M. MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 756; v. anche G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 501 s., il quale pone il problema dell'applicabilità della nuova disciplina alle società semplici (sul problema da ultimo evidenziato, alla luce della riforma introdotta con il d.lgs. n. 6 del 2003, v. M. PERRINO, *La riforma della disciplina delle fusioni di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 521 s.; L. LAMBERTINI, *sub* art. 2501 c.c., in AA. VV *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Vol. 9, Milano, 2003, p. 373 s.; O. CAGNASSO, *sub* art. 2501 c.c., in *Il nuovo diritto societario.* Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Vol. ***, Bologna, 2004, p. 2309, il quale evidenzia come oggi il legislatore preveda espressamente la fusione a cui partecipino società semplici, ad esempio nell'art. 2502-*bis*, c.c., ove si fa riferimento alla «decisione dei soci delle società previste nei capi II, III,

Già nella disciplina comunitaria l'affinità esistente tra i due istituti emerge chiaramente. La sesta direttiva in materia di scissioni (82/891/CEE) è strutturata in modo tendenzialmente coincidente con quello della terza direttiva in materia di fusioni (78/855/CEE); ma soprattutto, nel preambolo della sesta direttiva, all'8° paragrafo, si trova un'importante precisazione: «a causa delle somiglianze esistenti tra le operazioni di fusione e di scissione, il rischio che le garanzie fornite nei confronti delle fusioni dalla direttiva C.E.E. 78/855 siano eluse potrà essere evitato solo introducendo una protezione equivalente in caso di scissione». Le analogie esistenti tra i due istituti vengono quindi ritenute tali da giustificare la previsione di strumenti di tutela normativa in ampia parte coincidenti[14].

E così anche la disciplina nazionale, come si è accennato, risulta sostanzialmente equivalente nelle due ipotesi, con la previsione di procedimenti per il completamento delle fattispecie analoghi, se non per quanto concerne gli aspetti che strutturalmente differenziano le due operazioni.

Va precisato che sia la fusione che la scissione conoscono «forme» diverse[15], potendosi attuare mediante la costituzione di nuove società oppure attraverso l'incorporazione in società preesistenti[16]. Ma la scissione presenta un polimorfismo assai

---

IV», e quindi anche dei soci di società semplici). Per una dettagliata analisi dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina comunitaria, v. M. CASSOTTANA e A. NUZZO, *op. cit.*, p. 96 s.

[14] Così E. PAOLINI, *Scissione di società*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 838. Per una distinzione tra le varie "forme" di fusione e scissione, in relazione ai diversi risultati economici a cui ciascuna di esse può tendere, v. G. TROINA, *Lezioni di economia aziendale*, Roma, 1999, p. 61 ss.

[15] In proposito v., tra gli altri, F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, cit., p. 875 s.; G. CABRAS, *La scissione delle società*, in *Foro it.*, 1992, V, p. 272; R. RORDORF, *La scissione di società*, in *Le società*, 1989, p. 678 s.; E. PAOLINI, *op. cit.*, p. 836 ss. Più di recente, v. , G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 4 ss.

[16] V. gli artt. 2501 e 2506 c.c. e, già prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario introdotta con il d.lgs. del 17 gennaio 2003 n. 6, i vecchi artt. 2501 e 2504-*septies* c.c. Per il caso di scissione mediante incorporazione in società preesistenti, va notato che nel sistema francese si utilizza l'espressione "fusione-scissione". Osserva F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, cit., p. 875, che tale espressione «coglie bene […] la contiguità delle due figure e la natura del

maggiore di quello della fusione[17]: innanzitutto perché la scissione riesce a condensare in sé le due forme tradizionali della fusione, dato che una società può scindersi assegnando parte del suo patrimonio ad una società nuova e la restante parte ad una società preesistente; e poi, soprattutto, perché la scissione, diversamente dalla fusione, può attuarsi senza che venga meno l'ente società scissa[18], la quale assegna ad altra società, preesistente o nuova, una parte del proprio patrimonio, conservando per sé la parte residua, con la conseguenza che, come osserva autorevole dottrina[19], «la scissione può essere, in un certo modo e in un certo senso, una fusione *parziale* [...]» (nel caso di scissione parziale, vista nella prospettiva della società beneficiaria) e, «nello stesso tempo la scissione può talora configurarsi come una sorta di fusione *plurima*», nel senso di incorporazione di una società da parte di più altre.

Non sembra dunque del tutto corretto configurare la scissione come «fusione alla rovescia»[20], ed è questo uno degli argomenti

---

fenomeno che, osservato dall'angolo visuale della c.d. società beneficiaria, è qui vicinissimo in effetti ad una incorporazione».

[17] L'espressione è di F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, cit., p. 875. Per un'ampia analisi del polimorfismo caratteristico della scissione, v. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 14 ss.

[18] Ipotesi che chiameremo, utilizzando la terminologia più diffusa, "scissione parziale", e che nella terminologia americana viene indicata come "*spin-off*", contrapposta allo "*split-up*" che comporta invece l'estinzione della società scissa.

[19] F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, cit., p. 875.

[20] Configurano la scissione come fenomeno inverso, ma simmetrico e speculare alla fusione E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione delle società*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, *sub* art. 2501, p. 255; G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società* nel *Trattato di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, 1985, p. 296; v. anche P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 1066 e F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*[4], Bologna, 1991, p. 436. Di fatto, ciò si verifica soltanto nella scissione totale con costituzione di nuove società: se nella fusione «si passa dalla pluralità all'unità», in questo caso accade l'esatto contrario (E. PAOLINI, *Scissione di società*, cit., p. 837), per cui, come afferma R. RORDORF, *La scissione di società*, cit., p. 678, se la fusione è un «matrimonio» tra società, questa ipotesi di scissione ne rappresenta il «divorzio». L'Autore da ultimo citato vede nella scissione attuata mediante incorporazione della società scissa in due o più società preesistenti una «particolare modalità di fusione (per incorporazione): una variazione sul tema». Secondo F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e*

principali che hanno portato alcuni interpreti a rifiutare la possibilità di studiare la loro natura giuridica in maniera unitaria.

D'altronde, rispetto alla scissione, «la fusione assume di per sé un valore "globale", incide cioè necessariamente sull'intera organizzazione dell'impresa svolta in forma societaria, e dunque sia sull'organizzazione dell'investimento, e più in generale del finanziamento, dell'impresa, sia su quella del suo svolgimento: e vi incide in termini peculiari, in quanto appunto caratterizzati dal coinvolgimento di più organizzazioni societarie, di più imprese, cioè, organizzate in forma societaria»[21].

L'inquadramento dogmatico delle operazioni societarie in esame nel sistema del diritto societario è sempre stato particolarmente arduo: ciò vale per la fusione, anche se si tratta di un istituto da lungo tempo presente nel nostro ordinamento, ma vale soprattutto per la scissione, introdotta formalmente nell'ordinamento soltanto nel 1991, e le cui peculiarità da subito hanno messo a dura prova le varie tesi elaborate sulla natura giuridica della fusione – ove queste volessero riferirsi anche al nuovo istituto.

Il maggiore polimorfismo che la scissione presenta rispetto alla fusione, che si è detto manifestarsi nel modo più radicale quando l'operazione è realizzata su una parte soltanto del patrimonio, lasciando "in vita" l'ente società scissa[22], se ha fatto spesso dubitare

---

scissione, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, 2ª ed., Milano, 2005, p. 433, pare «corretto definire la scissione come "fusione alla rovescia" soltanto quando comporta l'*estinzione della società scissa*, a seguito della costituzione, per atto unilaterale, di nuove società, ovvero dell'assegnazione dell'intero patrimonio a favore di società preesistenti, le quali dovranno deliberare all'occorrenza un apposito aumento di capitale a servizio (scissione *totale*). Non anche, evidentemente, quando la società scissa sopravvive all'operazione (scissione *parziale*)».

[21] G. FERRI *JR* – G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 235.

[22] La circostanza che nella scissione parziale la società scissa non si estingua è assunta dalla sesta direttiva comunitaria (82/891/CEE) come elemento caratteristico dell'istituto. L'art. 25 della direttiva stabilisce, infatti, che «quando la legislazione di uno Stato membro permette una delle operazioni di cui all'art. 1, senza che la società scissa si estingua, sono applicabili i capitoli I, II e III» (che, in assenza di tale richiamo, risulterebbero applicabili alla sola scissione totale), «salvo l'art. 17, paragrafo 1, lettera c» (che prevede l'estinzione della società scissa come effetto che si produce *ipso iure* in seguito all'operazione).

della possibilità di accostare in un'elaborazione dogmatica unitaria i due istituti, ha anche portato nel tempo ad una revisione complessiva delle elaborazioni dottrinarie meno recenti, con la conseguenza che, oggi, fusione e scissione tendono ad essere studiate nella maniera il più possibile unitaria. Sembra quindi prevalere l'opinione secondo la quale l'analogia della scissione con la fusione consente di attingere dalle riflessioni relative a quest'ultimo istituto[23], anche se non manca chi, facendo leva sulle differenze fra i due istituti, suggerisce un'analisi autonoma della scissione[24].

Ritengo, comunque, che la possibilità di una scissione parziale con sopravvivenza dell'ente società scissa non sia di per sé elemento in grado di radicalizzare la distinzione tra fusione e scissione in modo tale da compromettere la possibilità di svolgere una trattazione unitaria per i due istituti con riferimento alle problematiche oggetto del presente lavoro. Ciò innanzitutto perché la scissione parziale è considerata dal legislatore (comunitario e nazionale[25]) unitariamente alla scissione totale: il legislatore configura la scissione come un istituto unico, a prescindere dal fatto che l'ente società scissa si estingua o meno, perciò quest'ultimo dato non acquista il rango di elemento definitorio della fattispecie, e non può quindi essere utilizzato per distinguerla radicalmente da quella della fusione. Come si vedrà, la validità della considerazione ora svolta è dimostrata dal fatto che la sopravvivenza della società scissa nella scissione parziale può ritenersi non modificare la natura

[23] Cfr., ad es., P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., p. 1070, ma con riserve; E. CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione di società*, Milano, 1992, p. 24; G. BAVETTA, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 356 s.; F. DI SABATO, *Manuale delle societa*[6], Torino, 1999, p. 440 s.

[24] Cfr. G. CABRAS, *La scissione delle società*, cit., c. 272 ss.; P. LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999, p. 43 ed *ivi* nt. 74.

[25] Per la disciplina nazionale v. l'art. 2506 c.c. e, già prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario del 2003, l'art. 2504-*septies* c.c.

giuridica dell'istituto rispetto alla scissione totale e, come si cercherà di dimostrare, rispetto alla fusione.

Resta quindi la radicata affinità tra fusione e scissione, entrambi istituti destinati ad operare una profonda ristrutturazione nell'ambito delle società con caratteristiche ed effetti patrimoniali identici, tanto che se fosse possibile attuare una scissione attraverso l'apporto dell'intero patrimonio ad un'unica società beneficiaria, si avrebbe la perfetta coincidenza tra scissione e fusione per incorporazione[26].

E' vero poi che fusione e scissione presentano innegabili affinità anche rispetto alla funzione cui assolvono da un punto di vista economico, nel perseguimento delle politiche di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale[27]. Entrambe le operazioni possono tra l'altro essere utilizzate come strumenti volti all'accrescimento della concentrazione del mercato[28]. In particolare, la scissione parziale a favore di società preesistenti può presentarsi come una fattispecie avente carattere propedeutico per la successiva realizzazione di una fusione, permettendo il perseguimento degli stessi risultati realizzabili con quest'ultimo istituto in termini di riposizionamento rispetto alla concorrenza e di ridefinizione dei conflitti di settore[29].

E così, sia la fusione che la scissione possono efficacemente essere utilizzate per fini di ristrutturazione aziendale, «tanto per

---

[26] E' proprio per salvaguardare l'identità della scissione rispetto alla fusione che il legislatore impone la presenza di più società beneficiarie nel caso di scissione totale: cfr. A. D'ISANTO, *op. cit.*, p. 348.

[27] Cfr. M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 745 s. Va evidenziato, comunque, che normalmente «all'istituto della scissione […] si ricorre per motivazioni diverse (e per molti aspetti opposte) da quelle della fusione. Tramite la fusione viene ricercata una sorta di accentramento o di concentrazione aziendale, mentre attraverso la scissione viene perseguito il risultato opposto: la suddivisione fra due o più soci di un patrimonio sociale che dianzi era "concentrato" in un'unica azienda societaria» (G. TROINA, *Lezioni di economia aziendale*, Roma, 1999, p. 64).

[28] In particolare, la scissione «può essere – in definitiva – il mezzo per costituire *joint-ventures* quando due aggregati autonomi apportano in una società beneficiaria appositamente costituita, complessi o beni aziendali da gestire in comune» (M. CONFALONIERI, *La scissione. Note economico-aziendali*, in *Riv. dott. comm.*, 1993, p. 405).

[29] Così A. D'ISANTO, *op. cit.*, p. 330.

proiettare l'impresa verso nuovi traguardi produttivi, commerciali, sociali, quanto per fronteggiare le crisi ed evitare che esse si tramutino in veri e propri dissesti»[30].

In particolare, ciò che qui più interessa è che la fusione e la scissione si caratterizzano per la possibilità che offrono di perseguire questi ed altri obiettivi aziendali[31] attraverso un modello alternativo a quello rappresentato dagli strumenti tradizionalmente a disposizione delle società. Come si vedrà meglio in seguito, elemento che assume peculiare rilievo nella disciplina della fusione e della scissione è il dato per cui, a fronte dell'assegnazione di tutto o di parte del patrimonio della società fusa o scissa alla (o alle) società beneficiarie, le partecipazioni in esse corrispondenti al patrimonio che forma oggetto dell'operazione non vengono attribuite alla società fusa o scissa, ma ai suoi soci. Questa circostanza assume rilevanza giuridica, ma anche economica, nella distinzione degli istituti in esame (unitariamente considerati) da altre fattispecie attraverso le quali si potrebbero perseguire simili risultati economici: si pensi alle operazioni di scorporo[32] o di conferimento

[30] M. BASTIANELLI e L. MANCINELLI, *La scissione di società. Forme, tecniche, finalità*, Ancona, 1992, p. 20 ss.

[31] Sulla polivalenza delle funzioni economiche della scissione, con peculiare riferimento alla scissione non proporzionale, cfr. ampiamente, A. MORANO, *La scissione non proporzionale*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, p. 43 ss.

[32] Definibile, con il Confalonieri, come «l'operazione per cui un'azienda oppure un ramo aziendale dotato di autonoma capacità di reddito vengono conferiti […] ad un ente giuridicamente diverso dall'impresa conferente» (M. CONFALONIERI, *op. cit.*, p. 412 s.). Dal punto di vista economico, la dottrina aziendalistica più attenta distingue tra "conferimento" e "scorporo", parlando di «mero conferimento solo nel caso in cui un intero sistema aziendale venga conferito in una società, o per incrementarne il capitale – nel caso in cui la società sia preesistente al conferimento stesso – o per concorrere a costituirne il capitale – nel caso in cui la società nasca in grazia (o anche in grazia) del conferimento stesso. Il conferente non riceve danaro come contropartita al conferimento ma azioni o quote della società conferitaria». Viceversa, «si dovrebbe parlare di "scorporo" solo nel caso in cui venga conferito ad una preesistente società o ad un'altra società costituita *ad hoc*, un ramo d'azienda, ricevendone la società scorporante e conferente azioni o quote della società che incorpora il ramo d'azienda». In particolare, «quasi generalmente il "mero conferimento di impresa" interessa le piccole e medie dimensioni alla ricerca dei vantaggi che possono loro fornire le dimensioni aziendali più grandi. Lo "scorporo con costituzione di società *ad hoc*" interessa in

d'azienda o di ramo d'azienda. In queste ultime operazioni, infatti, le partecipazioni relative ai beni conferiti vengono assegnate direttamente all'ente conferente, per cui il patrimonio di quest'ultimo subirà, una volta eseguito il conferimento «una variazione senz'altro qualitativa, eventualmente anche quantitativa: le azioni della società scorporata verrebbero, difatti, iscritte nell'attivo del bilancio della società conferente in luogo dei beni che hanno formato oggetto dell'apporto»[33]. Ciò comporta innanzitutto che nella struttura dello scorporo manca quell'idea, di cui si parlerà più avanti[34], di sostanziale riferibilità del patrimonio sociale ai soci piuttosto che all'ente, che dà la percezione di una continuità dell'attività esercitata dal gruppo sociale[35]. Inoltre, e di conseguenza, quando la fusione e la scissione vengano utilizzate per distribuire lo svolgimento dell'attività economica tra diversi centri decisionali autonomi, il risultato che si ottiene attraverso tali operazioni è sostanzialmente diverso da quello realizzato dallo scorporo: con lo scorporo si può giungere alla creazione di un gruppo di società controllate dalla società scorporante, mentre attraverso la fusione e la scissione si possono creare ulteriori società giuridicamente autonome, in ognuna delle quali si riproduce la

---

maniera prevalente le grandi dimensioni aziendali, le quali in particolari congiunture possono essere spinte a scorporare uno o più settori produttivi per migliorare l'efficienza e la elasticità della gestione quando questa risenta, in modo non positivo, degli effetti della grande dimensione» (G. TROINA, *Lezioni di economia aziendale*, Roma, 1999, p. 62 ss.). Per una analisi dei profili aziendalistici dello scorporo v. anche G. COLOMBO, *Fusioni, acquisizioni e scorpori*, Milano, 1992, p. 3, che riconduce lo scorporo al più ampio *genus* delle operazioni di "amministrazione straordinaria", dirette a riconfigurare la struttura essenziale dell'azienda. Sul tema v. anche, diffusamente, G. RACUGNO, *Lo «scorporo» d'azienda*, Milano, 1995, *passim*, il quale distingue fra lo "scorporo diretto", che si attua mediante conferimento di una azienda o di un ramo particolare da parte della società scorporante nella società conferitaria, e lo "scorporo indiretto", che si attua «con riduzione per esuberanza del capitale della scorporante, restituzione ai soci dei beni costituenti l'azienda o, più concretamente, un ramo di questa, e successivo conferimento di questo complesso di beni da parte dei soci in altra società» (p. 3).

[33] M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 749.

[34] V. *infra*, "La volontà alla base del trasferimento del patrimonio e il ruolo dei soci".

[35] Per analoghe considerazioni v. G. SCHIANO DI PEPE, *sub* art. 2506 c.c., in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 2000.

compagine sociale tipica della società che trasferisce il suo patrimonio[36].

Si comprende, quindi, che le analogie esistenti tra fusione e scissione che ne giustificano una trattazione unitaria in relazione al problema dei limiti alla circolazione dei beni non si fondano tanto sugli elementi comuni nella disciplina del procedimento: i dati che segnano la più profonda affinità tra i due istituti sono quelli che emergono dall'analisi della loro natura giuridica. Perciò, dopo i doverosi accenni fatti in questa sede, deve rilevarsi come la conferma dell'assunto che sia nella fusione che nella scissione le problematiche relative al trasferimento di proprietà meritano un'identica analisi si avrà solo una volta che si sia dimostrata l'analoga natura giuridica dei due istituti, in particolar modo per quanto concerne la suscettibilità o meno degli stessi a dar luogo ad un effetto traslativo, e, ove simile effetto si ritenga di ravvisare, per quanto concerne il *tipo* di trasferimento individuabile.

[36] Cfr. A. D'ISANTO, *op. cit.*, p. 341 dove, con riferimento alla distinzione tra scissione e scorporo, si osserva che pur perseguendosi con le due operazioni obiettivi simili, con la scissione si ottiene la creazione di nuove strutture societarie, mentre con lo scorporo il fine di diversificazione e di decentramento produttivo è perseguito all'interno di uno stesso gruppo, eventualmente, nel caso limite di una *holding*. Sulla diversità fra scissione e scorporo v. anche G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*[2]. *Le società*, Bologna, 2005, p. 344 s. e G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., pp. 7, 17 e 21. Per l'analisi dei rapporti fra la fusione e gli istituti affini (fra i quali anche la cessione d'azienda e il conferimento d'azienda), cfr. L. LAMBERTINI, *sub* art. 2501 c.c., cit., p. 368 s.

Capitolo secondo.

2. - Natura giuridica di fusione e scissione: le principali teorie ed i limiti che esse presentano.

2.1. - La bipartizione fondamentale: teoria "tradizionale" e teoria "modificativa". Premessa metodologica circa la loro analisi.

Le varie tesi sulla natura giuridica di fusione e scissione non sono ancora approdate ad una definizione univoca dei due istituti.

Si tratta, del resto, di fenomeni estremamente complessi, in cui gli aspetti suscettibili di assumere rilievo definitorio sono molteplici; in proposito, come si osserva, «il compito dell'interprete consiste principalmente nello scegliere quale, fra i tanti aspetti, assuma portata "qualificante". E tale scelta è inevitabilmente variabile nonché, in una certa misura, soggettiva se non addirittura arbitraria»[37].

Perciò, l'esposizione delle diverse teorie elaborate nel tempo in merito alla nozione di fusione e scissione può difficilmente attuarsi senza una schematizzazione che, pur necessariamente semplificando i termini del problema, tenti di evidenziare i tratti salienti che caratterizzano le diverse correnti interpretative. Si può dunque utilmente adottare la contrapposizione di massima tra tesi "tradizionale" (o "traslativa") e tesi "modificativa", formatesi in materia di fusione e poi applicate anche alla scissione[38].

---

[37] F. SPERONELLO, *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale: un caso di "assegnazione" di quote della scissa*, nota ad App. Venezia, 16 marzo 2000 (decr.), Tenuta i Roveri s.r.l. ric., in *Giur. comm.*, II, 2001, p. 287.

[38] Per una efficace sintesi delle due tesi cfr., di recente, F. DIMUNDO, *sub* art. 2504-*bis* c.c., in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Milano, 2006, p. 813 ss.

Si vedrà anche come abbiano ampia diffusione quelle che potremmo definire teorie "intermedie" (o, come si è suggerito[39], teorie "conciliative o eclettiche"), le quali cercano, seppur spesso in termini diversi con riguardo a ciascun autore che si è confrontato con il tema, di superare la salomonica alternativa *modificazione*/*trasferimento* nell'inquadramento dogmatico degli istituti in esame.

Nell'analizzare la teoria modificativa, si dirà come paia a molti che tale corrente interpretativa abbia ricevuto il conforto del legislatore della riforma del diritto societario del 2003 e, con particolare riferimento alla fusione, come la teoria medesima abbia avuto l'avallo della più recente giurisprudenza della Suprema Corte.

Il tema merita però tuttora attenzione, essendo sufficiente osservare in proposito come il dibattito sia oggi tutt'altro che sopito[40].

[39] G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 121 ss.

[40] Aderiscono alla tesi traslativa, pur in seguito alla riforma del diritto societario e alla pronuncia delle Sezioni Unite (con la quale alcuni Autori si confrontano esplicitamente), tra gli altri, F. DIMUNDO, *sub* art. 2504-*bis* c.c., cit., p. 813 ss.; in tema di scissione, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 185 ss.; A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Milano, 2006, p. 1029 ss.; P. A. SPITALERI, *sub* art. 2506 c.c., in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 489 ss.; F. MELONCELLI, *op. cit.*, p. 795 ss.; E. A. TINO, *Fusione: evento modificativo o estintivo? Brevi riflessioni a seguito della riforma*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, II, p. 228 ss.

2.2. - La teoria "tradizionale".

Si tratta di una corrente interpretativa che si basa sulla concezione "istituzionale" della società (con una impostazione che, quindi, valorizza pienamente l'autonoma soggettività della società rispetto alle persone dei soci) e, già nel vigore del vecchio codice di commercio, vedeva la fusione come un fenomeno estintivo-costitutivo, nell'ambito di una vicenda successoria.

Secondo la teoria in esame, infatti, l'operazione di fusione comporterebbe l'estinzione del soggetto giuridico società fusa. A fronte dell'estinzione della società fusa, si avrebbe però la costituzione (sempre nell'ambito della medesima operazione) di una nuova società (eccettuata però l'ipotesi di fusione mediante incorporazione) e l'attribuzione alla stessa del patrimonio della società fusa attraverso una successione.

La fusione, per la maggior parte degli autori "traslativisti", darebbe luogo ad una successione universale, e cioè al «sottentrare d'un soggetto ad un altro nella titolarità di tutte (s'intende, quelle trasmissibili per legge e per natura) le situazioni giuridiche facenti capo a questo, col carattere dell'unicità del titolo dell'acquisto (*una causa transmissionis*) e dell'identità fra la posizione dell'autore e quella del successore»[41]. Ciò, quindi, sul presupposto che la successione ereditaria non sia l'unica ipotesi di successione universale esistente nell'ordinamento, affiancandosi a questa l'ipotesi di successione universale per fusione.

Per altri interpreti, invece, la successione sarebbe a titolo particolare[42]. In specie, gli autori che in passato hanno ricondotto la

[41] C. RUPERTO, *La successione universale tra vivi nel nostro diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 129.

[42] Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 95, secondo il quale la successione *per universitatem* «secondo il nostro diritto, si ha solo nella successione all'eredità, perché questa soltanto costituisce […] una universalità, cioè una pluralità unificata di rapporti, proprio per la successione». Cfr. anche R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Nss. dig. it.*,

fusione alla successione a titolo particolare, hanno fatto leva su una considerazione che, come si dirà meglio in seguito, assume notevole rilievo nella qualificazione del fenomeno circolatorio che, in una prospettiva "traslativista", può ravvisarsi nella fusione (e nella scissione): si è sottolineato che, pur assumendo l'estinzione della società fusa come fatto caratterizzante l'intera vicenda, questa deve essere considerata non come presupposto, ma come effetto della fusione. Da ciò la deduzione che la successione che si verifica nella fusione dipende da un atto di volontà della società fusa, considerato dalla dottrina in esame incompatibile con la successione universale, poiché quest'ultima si identificherebbe con la successione ereditaria, fenomeno necessario e non volontario. Si vedrà che altra parte della dottrina, pur tenendo ferma la premessa per cui il trasferimento si verifica in esito ad un atto volontario tra vivi, non esita a vedere nella vicenda un trasferimento qualificabile in termini di successione universale[43].

La teoria tradizionale, quindi, può essere suddivisa in due filoni: in relazione alla diversa concezione del rapporto di causalità individuato tra successione ed estinzione[44], si parla di successione *mortis causa* dell'incorporante o della società risultante dalla fusione nei diritti e negli obblighi della società estinta, creando uno stretto collegamento logico tra questa ipotesi di successione e la

XVIII, Torino, 1971, p. 613. Nello stesso senso pare essere orientato anche A. CICU, *La successione tra persone giuridiche,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1142 ss. Più di recente, v. S. LANDOLFI, *Effetti della fusione sui rapporti giuridici delle società incorporate*, in *Le società*, 1986, p. 971 ss. e S. VALERIO, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*, commento a Cass. civ., 27 gennaio 1994, n. 833, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 471 s.

[43] V. *infra*, il par. 3.2. "La fusione come compenetrazione di un gruppo sociale in altro gruppo sociale che determina una successione universale per atto tra vivi".

[44] Estinzione espressamente indicata dal previgente art. 2504-*bis*, co. 1, c.c., fino all'entrata in vigore delle modifiche introdotte dal d.lgs. 10 gennaio 2003, n. 6.

successione ereditaria (l'estinzione è causa di successione)[45]; ovvero ci si riferisce ad una successione *inter vivos* che ha il suo fondamento nell'atto di fusione, visto come atto negoziale o come atto esecutivo della deliberazione di fusione (la successione è causa di estinzione)[46].

Con l'introduzione della scissione da parte del d.lgs. 1991 n. 22, forti dubbi sono sorti relativamente a quella parte delle elaborazioni proprie della teoria tradizionale che si rifacevano a una successione *mortis causa*, quando si tentasse di spiegare attraverso di esse anche il nuovo istituto. Si è già detto che la riforma del 1991 ha ammesso anche la scissione parziale, in cui non ricorre l'estinzione dell'ente società scissa.

Questo, come si dirà più approfonditamente in seguito, è un argomento utilizzato di frequente dai fautori della tesi modificativa per contestare la natura estintiva, e dunque successoria della scissione, ma, come s'intuisce, non è un argomento di per sé in grado di superare l'altra impostazione che, individuando nella fusione e nella scissione delle ipotesi di successione *inter vivos*, vede nell'estinzione dell'ente società fusa o scissa una conseguenza meramente eventuale.

In generale, con riferimento alla teoria tradizionale, può rilevarsi come questa valorizzi a scopo definitorio gli *effetti* prodotti dalla fattispecie (fusione o scissione), mentre secondo l'indirizzo modificativista, la fusione e la scissione non si risolverebbero «nell'*effetto* prodotto da un *fatto*»[47], dovendosi ricavare il loro

[45] Un'esplicita qualificazione della fusione come fattispecie produttiva di successione universale al pari della morte della persona fisica si trova in C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*[5], II, Milano, 1928, p. 480.

[46] Cfr. per tutti G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, p. 216 ss. e C. RUPERTO, *La successione universale tra vivi nel nostro diritto*, cit., p. 123 ss. V. già T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale: società commerciali*[2], Roma, 1933, p. 265, che qualificava la fusione come successione tra vivi in una universalità di diritto.

[47] Così P. LUCARELLI, *La scissione di società*, cit., p. 117, con riferimento alla scissione.

rilievo giuridico «oggettivamente dalle norme sul procedimento»[48]. La tesi tradizionale argomenta in termini di fattispecie ed effetti, cercando di individuare gli elementi essenziali della prima ed il nucleo imprescindibile dei secondi, e passando poi a qualificare di conseguenza gli istituti dal punto di vista dogmatico[49].

Secondo la tesi tradizionale, quindi, anche la scissione, come la fusione, dovrebbe considerarsi una vicenda essenzialmente traslativa[50], nonché, ma solo eventualmente, estintiva e costitutiva[51].

Per quanto concerne la qualificazione della scissione come successione universale, sulla scorta delle conclusioni elaborate per la fusione, non tutti gli interpreti adottano la medesima ricostruzione.

La qualificazione della scissione in questi termini è dovuta in primo luogo all'elaborazione di Giorgio Oppo (la cui tesi in merito sarà esposta più compiutamente *infra*), il quale configura il

---

[48] P. LUCARELLI, *La scissione di società*, cit., p. 119.

[49] Cfr. A. MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, I, p. 17; U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, pp. 521 e 538.

[50] Cfr., ad es., gli autori citati da F. SPERONELLO, *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale*, cit., p. 291, nt. 52: A. MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie*, cit., p. 12, che vede il trasferimento patrimoniale come l'«effetto principale» della scissione, nonché una «costante» dell'operazione perché in essa «immancabilmente rinvenibile»; U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, p. 538, il quale afferma che «l'operazione di scissione è una vicenda traslativa»; M. MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 746, che considera il trasferimento del patrimonio «uno dei tratti essenziali dell'istituto»; G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 507, che individua nel trasferimento l'oggetto della «volontà di fusione o scissione», attribuendo così al medesimo una collocazione centrale nell'ambito dei nostri istituti; A. PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. soc.*, II, 1995, p. 1021, ove si conclude che nell'ordinamento comunitario, ma dunque anche nel nostro, si fissa «il trasferimento patrimoniale come momento imprescindibile». Cfr. anche G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., *passim*, secondo la quale «che la scissione comporti un mutamento nell'imputazione dei diritti e dei rapporti, è innegabile» (p. 110), come è innegabile, sia in caso di fusione che di scissione «il verificarsi di uno spostamento patrimoniale, sia pure come riflesso della vicenda modificativa dell'ente» (p. 201, nota 32).

[51] *Eventualmente* estintiva, perché nella sola scissione totale la società che si scinde si estingue; *eventualmente* costitutiva, con riferimento alla sola scissione con beneficiarie di nuova costituzione.

fenomeno come una successione delle società beneficiarie nel patrimonio della scissa o in quote di esso[52]: l'eventualità che (nella scissione parziale) la società scissa sopravviva, secondo l'illustre Autore non pone problemi, perché il trasferimento patrimoniale «non è effetto dell'estinzione ma della volontà di fusione o scissione»[53]; né rileverebbe la natura di persona giuridica del dante causa, posto che ciò non sarebbe un «concettualismo», essendolo semmai il «ridurre la successione universale alla sola successione ereditaria».

L'universalità della successione non sarebbe esclusa dalla natura di «atto privato» tra vivi (e non di delazione legale o testamentaria) dell'atto traslativo (argomenti, questi ultimi, che, come si vedrà, se accolti, possono utilizzarsi per configurare anche la fusione come istituto che dà luogo ad una successione universale).

Il carattere universale della successione non escluderebbe la possibilità di trasferire, in sede di scissione, anche un solo bene, potendosi concepire anche questo come quota di patrimonio[54].

---

[52] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 507.

[53] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 507.

[54] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., pp. 505 e 506. La possibilità di trasferire mediante scissione anche un singolo bene e ammessa dalla netta maggioranza degli interpreti (*contra*, principalmente, F. GALGANO, da ultimo in *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, p. 533 s.): si rinvia sul tema a G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 17, nota 25, e spec. p. 67 s. e 128 ss.,ove riferimenti. Si vedano comunque in senso conforme M. LAMANDINI, *Riflessioni in tema di scissione "parziale" di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 522; F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, cit., p. 886 e A. CERRAI e G. GRIPPO, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, 4 [a] ed., p. 379. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., a p. 137, rileva come anche la disciplina fiscale (ed in specie dalle disposizioni antielusive di cui all'art. 37-*bis* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, come modificato dall'art. 7 del d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 385, secondo cui «sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti» e dall'avvenuta abrogazione, ad opera del d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 385, della disposizione – contenuta nell'art. 123-*bis*. 16° comma, del d.p.r. n. 917 del 1986 – che affermava il carattere elusivo, con il conseguente disconoscimento di vantaggi tributari, delle scissioni non aventi ad oggetto aziende o rami d'azienda) sembri «indirettamente avvalorare e corroborare l'assunto secondo cui è legittimo, alla stregua del nostro diritto positivo, assegnare per scissione anche un singolo cespite della società scindente».. Per l'affermazione che «è a tutti noto [....] che oggetto di

La qualificazione "successoria" della scissione è stata successivamente ripresa da altri Autori[55], i quali però limitano la successione universale alla scissione totale, ritenendo che per la scissione parziale si possa parlare soltanto di trasferimento a titolo particolare. Inoltre, secondo la dottrina ora citata, anche in caso di scissione totale potrebbe aversi un trasferimento a titolo particolare, non essendo escluso che, convenzionalmente, attraverso il progetto di scissione, le società possano disciplinare il trasferimento in modo che non tutte ma solo *alcune* (o magari una soltanto) succedano a titolo universale[56].

La qualificazione di fusione e scissione come vicende eminentemente traslative viene ritenuta, dai sostenitori della teoria tradizionale, coerente con il contenuto della sesta direttiva comunitaria[57] (e, come si dirà meglio in seguito, con la normativa comunitaria in generale, anche successiva alla emanazione della sesta direttiva) e delle norme straniere di attuazione della stessa[58]. Invero, sia la normativa straniera di attuazione della sesta direttiva, sia la dottrina che tale normativa ha commentato, paiono aver caratterizzato i nostri istituti in senso traslativo-successorio.

Particolare importanza assume la normativa francese in tema di scissione (anche perché l'ordinamento francese è stato il primo a disciplinare la scissione, già con la *Loi n^o 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*), ove all'art. 371, *al.* 2, della *Loi n^o*

---

assegnazione possano essere anche singoli cespiti patrimoniali», v. P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, cit., p. 442, nt. 2.

[55] Cfr., ad esempio, U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 521 ss. e A. MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie*, cit., p. 11 ss.

[56] U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 521 ss.

[57] Cfr. soprattutto A. PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, cit., p. 1200 s., che fa riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza comunitarie. Configurano la fusione e la scissione come vicende traslative, per quanto previsto dalla disciplina comunitaria, anche M. CASSOTTANA e A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2002, p. 95 ss. e G. MARZIALE, *La fusione delle società nella disciplina comunitaria*, in *Le società*, 1986, p. 976 ss.

[58] Per una rassegna sulla norme straniere di attuazione della sesta direttiva comunitaria cfr. E. CUSA, *Prime considerazioni*, cit., p. 11 ss.

66-537, cit.[59], si è previsto: «*Une société peut aussi, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles*»; disposizione che, come si è osservato[60], significativamente pone il trasferimento patrimoniale al centro del fenomeno scissorio[61].

Ma anche nell'ordinamento spagnolo e in quello tedesco il trasferimento del patrimonio ha assunto un ruolo fondamentale[62].

Nella normativa di questi Paesi, oltretutto, si è specificato che il trasferimento non investe beni singolarmente considerati, ma si concretizza nella trasmissione universale del patrimonio[63]; e pure la dottrina dei Paesi appena citati si è prevalentemente orientata a caratterizzare l'istituto in senso successorio[64].

---

[59] Articolo riformato nel 1988, in attuazione della sesta direttiva.

[60] Cfr., in particolare, F. SPERONELLO, *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale*, cit., p. 292, nt. 57.

[61] Tanto che *esso* si esegue *per via* di scissione, mentre nell'impostazione concettuale alla base del nostro art. 2506, co. 1, c.c. (v. già l'art. 2504-*septies*, co. 1, c.c., prima dell'entrata in vigore delle modifiche del 2003) è la scissione che si esegue attraverso un trasferimento patrimoniale. Per l'affermazione che la scissione configura una particolare forma di *transmission du patrimonie*, v. A. DALSACE, *A propos de la fusion et de la scission des sociétés anonymes*, in *Rev. soc.*, 1964, p. 8.; R. HOUIN e F. GORÉ, *La réforme des sociétés commerciales*, in *Dalloz (Rec.)*, 1967, *Chron.* 169; J. HÉMARD – F. TERRÉ – P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, III, Paris, 1978, p. 598; J. HAMEL – G. LAGARDE – A. JAUFFRET, *Droit commercial*[2], t.II, vol. 2, Paris, 1980, p. 560; M. JEANTIN, *Fusions- Scissions. Principés généraux*, in *Juriscl. Sociétés*, fasc. 164-A, Paris, 1988, p. 9; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, 17[e] ed., Paris, 1999, nr. 1618, s. 1174.

[62] Cfr. le disposizioni evidenziate da F. SPERONELLO, *op. cit.*, p. 292, nt. 57.

[63] Cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, p. 119 s., il quale in particolare si occupa dell'art. 252 *TRLSA*, disposizione di apertura della disciplina della *escisiòn* che evoca testualmente il trasferimento universale del patrimonio. Questa norma, infatti, vede nel trasferimento *en bloque* delle frazioni patrimoniali della società scissa l'elemento caratterizzante l'operazione, riprendendo la formulazione utilizzata già nell'art. 142 della *LSA* del 1951 per la fusione. Relativamente a quest'ultima disposizione, l'Autore sottolinea come il riferimento all'effetto della cessione in blocco era stato unanimemente considerato come equivalente di *sucesiòn universal*, equivalenza che è oggi confermata dall'art. 233 *TRLSA*, che individua nella trasmissione del patrimonio che si realizza in sede di fusione una *adquisiciòn por sucesiòn universal.*

[64] Con riferimento soprattutto alla Francia e alla Germania, cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 123, secondo il quale sarebbe diffuso nella dottrina spagnola e tedesca anche l'orientamento "intermedio" che riconosce la compresenza nella scissione di un momento modificativo e di uno traslativo; con riferimento anche alla Spagna, cfr. A. PICCIAU,

La teoria tradizionale giustifica l'esistenza di un effetto traslativo nelle operazioni societarie in esame anche attraverso un'interpretazione sistematica che può trarsi dall'art. 2349 c.c.[65].

Si osserva in proposito che, se non vi fosse trasferimento, nell'ipotesi di fusione o scissione a favore di una società beneficiaria preesistente l'assegnazione delle azioni ai soci della società fusa o scissa realizzerebbe un aumento gratuito di capitale (ove deliberato) della beneficiaria con esclusione dei soci di quest'ultima.

Questa conclusione contrasterebbe con i principi generali del diritto societario che prevede – secondo la dottrina in esame – l'unica ipotesi di aumento gratuito di capitale con esclusione dei soci nel caso di assegnazione gratuita di azioni di nuova emissione ai prestatori di lavoro (art. 2349 c.c.).

Altra norma del codice valorizzata nella prospettiva traslativista è l'art. 2357-*bis*, co. 1, n. 3, c.c., ove sono previsti casi speciali di acquisto di azioni proprie - tra cui l'acquisto per effetto di fusione e di scissione - per i quali non valgono le limitazioni di cui all'art. 2357 c.c.

Si osserva in proposito, in tema di scissione, che «la norma – che a seguito della novella del 2003 si riferisce specificamente anche alla scissione – concerne l'ipotesi in cui la scissa abbia in portafoglio azioni delle beneficiarie, così che, a scissione compiuta, le beneficiarie divengano titolari di azioni proprie. Essa ricostruisce

---

Scissione di società e trasferimento d'azienda, cit., p. 1202 ss. Come ricorda G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 48, in Germania si riconosce comunemente che nella fusione e nella scissione il trasferimento del patrimonio o di parti di patrimonio avviene *als Gesamtheit*: v. sul tema, R. HIMMELREICH, *Unternehmensteilung durch partielle Univerzalsukzession*, Bergisch Bladbach-Köln, 1987, p. 6 ss. e K. SCHMIDT, *Geselleschaftsrecht*[2], Köln, Berlin, Bonn, München, 1991, p. 326; *contra*, con riferimento alla scissione, S. WIDMANN – R. MAYER, *Umwandlungsrecht*[2], Bonn, 1981, *sub* 50, *Rn.* 969, per i quali, nel caso di scissione, non sarebbe corretto parlare di *Gesamtrechtsnachfolge*, perché la successione universale presupporrebbe necessariamente il trasferimento di tutto il patrimonio).

[65] V., ad esempio, C. CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 182.

in termini di acquisto e, quindi, di trasferimento, l'effetto giuridico del passaggio di patrimonio che si attua con la scissione»[66], con la precisazione che «se la scissione non fosse concepita, nella logica del legislatore, come potenzialmente idonea a produrre un acquisto in senso proprio di azioni, non avrebbe ragion d'essere la previsione della scissione tra le ipotesi che integrano un'eccezione alla disciplina generale sull'acquisto di azioni proprie, in quanto comunque la scissione stessa non sarebbe assoggettabile alla disciplina dell'art. 2357»[67].

Viene trovata conferma dell'effetto estintivo della fusione nella disposizione di cui all'art. 2503 c.c. che, nell'impedire l'attuazione della fusione quando è proposta opposizione da parte del creditore di una società coinvolta in una operazione di fusione, non prevede, a differenza di quanto accade in tema di delegazione, espromissione e accollo, che il creditore possa continuare a contare sulla responsabilità patrimoniale del debitore originario, oltre che su quella del nuovo debitore, ciò che, si è ritenuto, «non può voler dire altro che le società si estinguono per effetto della fusione, cosicché l'unico modo per tutelare il creditore non consenziente è quello di bloccare la fusione stessa, in mancanza di previsione espressa di un meccanismo analogo all'art. 512 c.c. sulla separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede»[68].

L'effetto estintivo delle nostre operazioni è poi desunto da un'interpretazione sistematica, che valorizza le prescrizioni normative, anche recentissime, in materia tributaria: si consideri in proposito l'art. 72 d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, nel testo modificato dall'art. 1 d.lgs 12 dicembre 2003, n. 344, ove, al co. 4,

---

[66] A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1034.

[67] A. PICCIAU, *op. loc. ult. cit.*, il quale aggiunge che il comma 2 della disposizione in commento «conferma l'esistenza di un effetto traslativo nella misura in cui ribadisce, anche per l'ipotesi di acquisto di azioni proprie in forza di scissione, l'obbligo di alienazione delle azioni proprie che superino il limite del 10%».

[68] F. MELONCELLI, *op. cit.*, p. 795 ss.

si stabilisce che «dalla data in cui ha effetto la fusione la società risultante dalla fusione o incorporante subentra negli obblighi e nei diritti delle società fuse o incorporate relativi alle imposte sui redditi, salvo quanto stabilito nei commi 5 e 7» e, al co. 10, che «Nelle operazioni di fusione, gli obblighi di versamento, inclusi quelli relativi agli acconti d'imposta ed alle ritenute operate su redditi altrui, dei soggetti che si estinguono per effetto delle operazioni medesime, sono adempiuti dagli stessi soggetti fino alla data di efficacia della fusione ai sensi dell'articolo 2504-*bis*, comma 2, c.c.; successivamente a tale data, i predetti obblighi si intendono a tutti gli effetti trasferiti alla società incorporante o comunque risultante dalla fusione»[69].

[69] Sul tema v. F. MELONCELLI, *op. cit.*, p. 795 ss.

2.3. - La teoria “modificativa”.

Diversamente dalla tesi tradizionale, la (oggi prevalente) teoria modificativa si fonda sulla concezione “contrattuale” della società, e in questo senso tende a valorizzare la posizione e l’interesse dei soci rispetto all’attività svolta in forma societaria, ridimensionando il rilievo assunto dalla società stessa come soggetto di diritto distinto dai soci che la compongono e al contempo svelando, come meglio si vedrà in seguito, l’intima essenza della fusione e della scissione.

La tesi in esame ha iniziato a svilupparsi in dottrina, a partire dagli anni '60: come si è rilevato[70], il distacco dall'orientamento tradizionale si è manifestato nei primi tempi in termini piuttosto timidi, non arrivandosi a negare del tutto l'effetto estintivo della fusione.

Affermava in proposito autorevole dottrina[71] come la fusione non sia da ricondursi ad una vicenda successoria, dovendosene piuttosto individuare il reale fondamento in una reciproca modificazione statutaria delle società partecipanti all'operazione, finalizzata, nella fusione propria, ad assimilare le diverse posizioni sociali allo statuto della società risultante dall'operazione, ovvero, nella fusione per incorporazione, ad adeguare lo statuto ed il rapporto sociale dell'incorporata a quello dell'incorporante. Da tale modificazione deriverebbe «la coincidenza oggettiva» dei relativi statuti, e quindi l'imputazione di tutti i rapporti ad un unico ente e «l'inutilità di distinti centri di imputazione». Rispetto alla predetta modificazione statutaria, quindi, l'effetto successorio discenderebbe direttamente dall'ordinamento statuale che, «nel constatare tale coincidenza degli

[70] F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le sezioni unite pongono fine all’interruzione dei processi civili*, commento a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Le società*, 2006, p. 460 ss.

[71] C. SANTAGATA, *La fusione fra società*, Napoli, 1964, p. 64.

statuti, ne sanziona l'identità e regola corrispondentemente il fenomeno dell'imputazione»[72].

E comunque, la teoria ora esposta si muoveva ancora nella prospettiva tradizionale, giacché, se da un lato vedeva l'essenza della fusione nella reciproca modificazione statutaria delle società che vi partecipano, dall'altro lato continuava comunque a qualificare l'istituto, sul piano soggettivo, come vicenda squisitamente successoria[73].

Tra i fondamenti della teoria modificativa è sicuramente l'elaborazione di Ernesto Simonetto[74], che già prima del 1991 riteneva ammissibile la scissione nel nostro ordinamento pur in assenza di una espressa previsione normativa (osservando che tale fenomeno è assimilabile a una fusione per incorporazione e trova molteplici giustificazioni di carattere sostanziale), proprio perché concepita come modificazione del contratto sociale che non ha effetto estintivo-costitutivo, ma comporta un'evoluzione della struttura societaria attraverso una modifica statutaria che permette la persistenza del rapporto sociale all'interno dell'originario contratto. La perdita d'individualità degli enti che deriva dall'integrazione dei rispettivi contratti viene, in tale concezione, nettamente distinta dal fenomeno della successione universale: per l'Autore perdita di individualità ed estinzione accompagnata da successione universale sono antitetiche, infatti «perdere la propria individualità vuol dire sopravvivere sia pure nell'ambito di un organismo più vasto e comprensivo dell'entità che perde la propria individualità; […]

[72] C. SANTAGATA, *La fusione fra società*, cit., p. 181.

[73] Come segnala F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione*, cit., p. 460 ss. Ma v. già N. GASPERONI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 1049, nota 222. Ancora oggi, nell'ambito della tesi modificativista, vi è chi, pur non giungendo a negare l'esistenza di un momento traslativo nella fusione e nella scissione, nega però la sua portata caratterizzante tali istituti: cfr. ad es. G. BAVETTA, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, cit., p. 350 ss.; A. CERRAI, *La scissione*, in AA. VV., *Diritto commerciale*[3], Bologna, 1999, p. 479.

[74] E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione delle società*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, *sub* art. 2501.

estinguersi vuol dire morire o annullarsi, per esempio quando una persona muore, non si può dire precisamente che essa perde la propria individualità ma che si estingue (*mors omnia solvit*) e che i suoi rapporti passano ad altra entità»[75].

La teoria modificativa si fonda sul dato oggettivo, assunto come qualificante, della *continuità* fra l'attività della società fusa o scissa e l'attività della (o delle) beneficiarie. In questa prospettiva, gli effetti della fusione o scissione assumono un'importanza secondaria. Né la eventuale estinzione della società fusa o scissa intesa come soggetto di diritto[76], né la eventuale costituzione della beneficiaria[77], né il trasferimento patrimoniale dalla società fusa o scissa alla beneficiaria[78], sarebbero elementi idonei a caratterizzare la natura giuridica di fusione e scissione.

L'attenzione degli interpreti si ferma sull'*attività* svolta attraverso lo strumento societario e sull'*organizzazione* ad essa strumentale, le quali a seguito delle operazioni di fusione e scissione non subiscono alcuna soluzione di continuità, né tanto meno un'estinzione, ma proseguono subendo soltanto una modificazione[79]. La fusione e la scissione vengono quindi ad essere qualificate giuridicamente come particolari modifiche delle regole di svolgimento dell'attività: si parla, in generale, di "modificazioni

[75] E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 232 ss.

[76] Nella scissione parziale la società scissa non si estingue.

[77] Nella fusione per incorporazione e nella scissione a favore di società preesistenti la società beneficiaria non viene costituita nell'ambito dell'operazione.

[78] Trasferimento che per alcuni autori nemmeno è configurabile dato che esso presupporrebbe l'*alterità soggettiva* tra alienante e acquirente, la quale invece manca nella fusione e nella scissione secondo la tesi modificativa, cfr. P. LUCARELLI, *La scissione di società*, cit., p. 71 ss.

[79] Di recente, descrivono la fusione in termini di specifica modalità di riorganizzazione dell'impresa disciplinata in forma societaria, che comporta sia una riqualificazione dell'investimento che una riorganizzazione dello svolgimento dell'impresa, G. FERRI *JR* – G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 332 ss. V. già B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005, p. 521 ss.

dell'atto costitutivo"[80], o, con espressione quasi equivalente, di "modificazioni del contratto sociale"[81].

Negli scritti più recenti si tende in particolare a precisare che la vicenda modificativa comporta l'unificazione dei contratti attraverso una loro integrazione reciproca, e in essa l'effetto estintivo è limitato all'entità giuridica che la società rappresenta, avendosi, cioè, solo una perdita di individualità (sorta di "morte formale" che comunque caratterizza la sopravvivenza del contratto originario)[82].

La tesi elaborata da Ernesto Simonetto, per merito della ricchezza delle argomentazioni sviluppate dall'Autore, è riuscita a porsi quale fondamento delle elaborazioni successive che si inseriscono nel filone "modificativista".

Come si è riconosciuto anche da parte della dottrina "traslativista"[83], l'opinione di Ernesto Simonetto ha il pregio di stemperare la dualità esistente tra persona giuridica e sottostante aggregato sociale, enfatizzando la dimensione "contrattuale" (e non "istituzionale") che investe le operazioni di fusione.

La fusione, per Ernesto Simonetto, non rappresenta un fenomeno successorio tra enti, ma si configura quale unificazione dei gruppi sociali. La fusione, quindi, in quest'ottica non comporta l'estinzione della società fusa, bensì la perdita di individualità delle singole società partecipanti all'operazione per effetto dell'unificazione (intesa come modifica) dei contratti sociali[84]. Le singole partecipazioni sociali, conseguentemente, rimangono tali (dal momento che il contratto, pur modificandosi, rimane lo stesso), ma

---

[80] Cfr., ad es., P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., p. 1074; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 441; E. CUSA, *Prime considerazioni*, cit., p. 41; G. BAVETTA, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, cit., p. 357.

[81] Cfr. A. SERRA, *Le scissioni*, in A. Serra – M. S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, p. 204 ss.; E. PAOLINI, *Scissione di società*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 844 ss.

[82] Cfr. E. CUSA, *Prime considerazioni*, cit.

[83] M. LAMANDINI, *Riflessioni in tema di scissione "parziale" di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 517 ss.

[84] E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 113 s.

si unificano «intorno al nucleo sociale non più plurimo ma unico. L'autonomia patrimoniale fra i vari complessi di beni cessa e i patrimoni si unificano [...]»[85].

La scissione si inserisce anch'essa «entro l'ambito del mutamento dell'atto costitutivo giustificato dal carattere, come si suol dire, aperto e sviluppabile e non fisso e rigido di tale contratto». Essa, in altre parole, è una vicenda modificativa «contenuta implicitamente nella stessa fusione per il necessario contatto logico e contiguità logica fra contrari, costituenti l'uno l'immagine speculare dell'altro»[86]. Simonetto afferma quindi non solo l'ammissibilità della scissione anche in assenza di una specifica disposizione che la preveda, ma pure la sua natura di mera modifica del preesistente contratto sociale, il quale quindi sopravvive; perciò la conseguente "trasmigrazione" di partecipazioni da un ente agli altri è meramente strumentale e coerente con la sopravvivenza di un unitario rapporto sociale sottostante.

Un altro Autore che, dopo Simonetto, ha aderito alla teoria modificativa adottandone i presupposti essenziali è Giovanni Tantini[87], per il quale la fusione si risolve in una serie di modifiche statutarie in ciascuna delle società partecipanti (e che deliberano) la fusione. Queste modifiche statutarie, secondo l'Autore, possono tendere, o ad assimilare le diverse posizioni sociali allo statuto di una diversa società (cosa che accadrebbe nella fusione con costituzione di una società nuova), oppure ad adeguare lo statuto (ed il rapporto sociale) dell'incorporata a quello della società incorporante: conseguentemente con «la coincidenza oggettiva dello statuto di tutte le società partecipanti alla fusione, ne deriva l'imputazione di tutti i rapporti ad un solo ente e l'inutilità di distinti centri d'imputazione»[88].

---

[85] E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 115.

[86] E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 133 s.

[87] Dell'Autore cfr. in particolare G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, cit., p. 283 ss.,

[88] Così C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, cit., p. 93 ss.

Insomma la fusione per incorporazione, in senso tecnico-giuridico, non sarebbe altro che un fenomeno di *docking*, di aggancio tra i due gruppi e tra i due patrimoni, cui le società pervengono attraverso (autonome e reciproche) modifiche statutarie, di cui le deliberazioni rappresentano un atto preparatorio, e l'atto di fusione il momento finale e conclusivo.

Per Tantini, la fusione è *strutturalmente* una modificazione dell'atto costitutivo, la cui attuazione, mediante l'atto di fusione, comporta il trasferimento di tutti i diritti e degli obblighi (cioè l'insieme dei rapporti patrimoniali, intesi in senso ampio) della società fusa alla società incorporante (o risultante dalla fusione), e, *come conseguenza* (l'estinzione consegue perciò alla fusione senza che vi sia fase di scioglimento, questa è anche la definizione della terza direttiva Cee), lo scioglimento del rapporto sociale proprio della società fusa: in questo senso (e solo in questo senso), si avrebbe estinzione della società[89].

L'Autore, quindi, ricostruisce l'operazione di fusione come una complessiva modificazione dell'atto costitutivo che comporta per i soci della società incorporata (e per effetto della deliberazione, poi attuata con l'atto di fusione) l'"adesione" allo statuto dell'incorporante (sia per quanto attiene alla struttura della società, che alle condizioni particolari per lo svolgimento dell'attività)[90].

Nell'ambito della teoria modificativa particolare rilievo spetta alla tesi di Paolo Ferro-Luzzi[91], Autore che ha contribuito a innovare sensibilmente la teoria qui analizzata, evidenziando l'incidenza modificativa dell'operazione non tanto sull'atto costitutivo, quanto piuttosto sull'organizzazione sociale.

---

[89] G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, cit., p. 288.

[90] L'Autore ritiene però che la modifica dell'atto costitutivo in cui si sostanzia la fusione comporta, come conseguenza, il *trasferimento* all'incorporante dei rapporti attivi e passivi e *l'estinzione del rapporto sociale* prima facente capo all'incorporata.

[91] P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., p. 1065 ss.

Ferro-Luzzi descrive fusione e scissione come mere modificazioni dell'attività produttiva, da inquadrarsi nel "sistema ad attività" e non nel "sistema a soggetto"[92], non avendo esse alcun equivalente logico nei fenomeni che riguardano i soggetti.

Per l'illustre Autore, il fenomeno della scissione può essere visto come una fusione "all'inverso", purché la fusione si intenda come "compenetrazione" di organismi sociali, cioè come trasformazione del vincolo sociale, e non come un fenomeno di scioglimento della società né come successione a titolo universale nel patrimonio.

Come evidenzia l'Autore, al vertice, il fenomeno societario (e associativo in genere) va ricostruito come un'ipotesi di attività organizzata, oggettivamente considerata (dovendosene svalutare, di conseguenza, i profili "contrattuali"). Occorre cioè che i fenomeni associativi siano ricostruiti da un punto di vista dogmatico ponendo al centro di essi l'*attività* e la sua *organizzazione*, e considerando poi in funzione dell'attività e della sua organizzazione i referenti oggettivi di questa attività e i comportamenti umani che il suo svolgimento implica[93].

In particolare, i comportamenti umani vengono disciplinati secondo una normativa che fa riferimento a due distinti schemi generali di vertice: il sistema "a soggetto", che pone il suo centro logico, ideologico, politico e concettuale nel soggetto destinatario della normativa; e il sistema "ad attività", che trova il suo centro logico e concettuale nell'attività oggettivamente considerata e non più nel soggetto e che in funzione dello svolgimento di questa

[92] La distinzione fra "sistema ad attività" e "sistema a soggetto" è già in P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 202 ss.; ID, *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*, Torino, 2004, p. 19 ss.

[93] Per una recente ed autorevole disamina di una serie di disposizioni normative introdotte dalla riforma del diritto societario che paiono confermare la correttezza dell'adozione, per quanto concerne i fenomeni societari, di una prospettiva in cui «al centro del sistema non si pongono più i singoli soggetti e ciò che consente di predicare con riferimento ad essi uno «scopo comune», bensì l'attività che essi svolgono e la struttura organizzativa mediante la quale la svolgono», v. C. ANGELICI, *Introduzione*, cit., p. 6 ss. (ID, *Società, persona e impresa*, cit., p. 333 ss.).

attività aggrega poi i beni intesi come valori economici, cioè come strumenti per lo svolgimento dell'attività (e non come oggetto di diritti), e i comportamenti umani concepiti come poteri per l'esercizio dell'attività.

La fusione e la scissione (come anche la trasformazione) di società, devono inquadrarsi nel sistema "ad attività", trattandosi di fenomeni che non hanno nulla di simile, né logicamente né concettualmente, prima ancora che giuridicamente, nel sistema del diritto privato classico "a soggetto". L'essenza degli istituti in esame si colloca a livello di struttura organizzativa, cioè a livello dell'organizzazione in senso soggettivo dell'attività. Fusioni e scissioni sono infatti, per l'Autore, «aggregazioni e separazioni, somme e divisioni di questa struttura, mentre non sono fenomeni la cui essenza si possa cogliere in termini di trasferimento di beni a qualunque titolo *tra* soggetti». Nei fenomeni in esame, conclude l'Autore, «non circolano beni e rapporti rispetto a soggetti, ma si modifica, si aggrega, si separa l'organizzazione cui questi beni fanno capo»[94]. Ed invero, se il previgente art. 2504-*septies* c.c. commentato dall'Autore si riferiva, in tema di scissione, ad un "trasferimento" del patrimonio (e, si potrebbe aggiungere a conforto della tesi qui esposta, dell'entrata in vigore delle modifiche del 2003 il nuovo art. 2506 c.c. non ne parla più espressamente, utilizzando l'espressione "assegnazione" del patrimonio[95]), di "trasferimento" non si è mai parlato negli artt. 2501 ss. c.c. in tema di fusione. E neanche la disciplina fiscale dei fenomeni in parola,

[94] P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., p. 1068.

[95] Nella prospettiva modificativista, attribuisce notevole valenza ai fini interpretativi alla menzionata modifica lessicale P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, cit., p. 446 s., per la quale «a sgombrare il campo da fuorvianti percorsi interpretativi, è intervenuto, infine, il legislatore della riforma delle società di capitali. L'eliminazione dal testo dell'art. 2506 c.c. del termine *trasferimento* nell'ambito della descrizione della fattispecie scissoria, ha rappresentato, infatti, una delle più significative ed illuminate prese di posizione di natura sistematica». Su quella che si ritiene essere l'effettiva portata della sostituzione del termine "assegnazione" al termine "trasferimento" v., *infra*, "Qualche riflessione sull'approccio "modificativista" del legislatore della riforma del diritto societario", ove ulteriori riferimenti.

commentata dall'illustre Autore, ragiona in termini di trasferimento dei beni[96].

Aziendalisticamente, osserva Ferro-Luzzi affrontando il tema della scissione, allo stesso risultato che si realizza con la scissione si può giungere con gli strumenti tradizionali: la società trasferisce mediante un conferimento beni di sua proprietà ad un'altra società e ottiene in cambio azioni; queste azioni vengono poi da essa trasferite, anche eventualmente riducendo il capitale, assegnandole ai soci come beni in natura. Si otterrebbe così lo stesso risultato pratico che si raggiunge con la scissione, ma per l'Autore la scissione, così come è stata introdotta nel nostro ordinamento, perviene a questo risultato con strumenti concettuali e giuridici più raffinati, e comunque diversi: «opera sulla struttura, opera sulla partecipazione, senza trasferire da soggetto a soggetto alcunché»[97]. Secondo Ferro-Luzzi, in caso di scissione non si ha conferimento (come non si ha conferimento nella fusione); si ha in realtà il "passaggio" del bene già organizzato, cioè, a rigore, della parte di organizzazione.

Nella prospettiva in esame, fusione e scissione sono pensabili come realtà in cui cerchi, originariamente indipendenti, vengano poi ad intersecarsi attraverso una totale o parziale sovrapposizione, senza che vi sia alcun effettivo trasferimento della titolarità di beni o rapporti da un soggetto a un altro, ma realizzandosi mere aggregazioni o separazioni/aggregazioni di struttura. Di conseguenza, le azioni o quote assegnate ai soci della società scissa non sarebbero altro se non la "attualizzazione" (o traslazione, come

[96] Sulla disciplina fiscale di fusione e scissione cfr. i riferimenti in F. DI SABATO, *La nuova disciplina della fusione*, in *Riv. notar*., 1991, I, p. 917 e S. VALERIO, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*, commento a Cass. civ., 27 gennaio 1994, n. 833, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 480, nt. 44.

[97] P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., p. 1069.

si esprime l'Autore) nell'altra organizzazione della partecipazione collegata alla struttura "trasferita"[98].

In generale, la dottrina che nega esplicitamente l'esistenza di un effetto traslativo da ricollegarsi alla fusione e alla scissione di società sembra muovere dalla premessa che non ogni vicenda patrimoniale, nel sistema, vada ricostruita in base al concetto di trasferimento: il mutamento di titolarità delle situazioni giuridiche soggettive viene ricondotto ad un riassetto dell'organizzazione, che si realizza in attuazione del programma societario e nel rispetto del vincolo di destinazione impresso al patrimonio con la costituzione della società (o la successiva sottoscrizione di un aumento di capitale) da parte di ciascuno dei soci. Costituzione ed estinzione della società, laddove si verificano, appaiono come fenomeni

[98] Alla tesi di Ferro-Luzzi, per certi versi, sembra aderire M. PERRINO, *Le operazioni straordinarie*, in *Diritto delle società*, a cura di R. Alessi – M. Rescigno, Milano, 1998, p. 911, il quale rileva come la scissione realizzi una suddivisione dell'organizzazione sociale originaria, rispetto ad un'attività che sostanzialmente continua, quanto agli strumenti patrimoniali e alla compagine produttiva, pur articolandosi in rami e sottoponendosi a nuovi regimi organizzativi, tanti quante sono le società che vengono a risultare dall'operazione; l'Autore, inoltre, richiamando espressamente il pensiero di Ferro-Luzzi, afferma che, per quanto riguarda l'assetto patrimoniale, con la scissione non passano alle beneficiarie singoli beni, rapporti o situazioni giuridiche, bensì, più propriamente, elementi dell'attivo e del passivo, cioè beni, rapporti e situazioni giuridiche così come organizzati nell'ambito della società originaria e nella rappresentazione contabile che in questo stesso ambito ne veniva data; tuttavia, l'Autore arriva a conclusioni diverse da quelle di Ferro-Luzzi (lo rileva A. PICCIAU, *La scissione come negozio produttivo di effetti traslativi e la fattispecie del trasferimento di azienda: appunti in margine a recenti interventi della giurisprudenza e della dottrina*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 1421, nt. 15), laddove precisa che comunque l'originalità dell'operazione di scissione consisterebbe in una molteplicità di effetti diversi, tra i quali anche (ed in ciò si distacca dalla concezione di Ferro-Luzzi) «quello successorio delle società beneficiarie nelle situazioni giuridiche relative alle componenti patrimoniali trasferite». Lo stesso Autore, successivamente alla riforma introdotta con il d.lgs. n. 6 del 2003, critica la tesi modificativa in tema di fusione, richiamando «l'insufficienza di una concettualizzazione della fusione come mera modifica statutaria», che ne tralascia «l'innegabile momento traslativo e successorio», e ritiene che le medesime considerazioni valgano anche per la scissione, ancorché dalla relativa disciplina sia scomparso ogni riferimento esplicito ad un profilo traslativo, avendo il legislatore preferito discorrere di «assegnare» e di «assegnazione» (M. PERRINO, *La riforma*, cit., p. 516, testo e nt. 24).

puramente strumentali alla continuazione dell'attività economica in comune sotto un rinnovato regolamento[99].

Particolare importanza assume, nell'ambito della tesi modificativa, la valutazione del dato strutturale che caratterizza fusione e scissione, per cui le azioni o quote della società beneficiaria corrispondenti al patrimonio che forma oggetto dell'operazione vengono assegnate ai soci della società fusa o scissa.

Alcuni interpreti tendono invero a svalutare il rilievo di questo dato ai fini della qualificazione delle fattispecie in esame come modifiche dell'atto costitutivo: si è ad esempio affermato che non «interessa entrare nella questione del carattere essenziale» dell'assegnazione delle azioni o quote «in relazione alla scissione intesa come fattispecie»[100]; e allo stesso modo si è negata espressamente l'essenzialità di tale momento rispetto alla scissione, dato che questa non sarebbe incentrata sull'interesse soggettivo dei singoli soci, dovendo invece qualificarsi come «modifica strutturale della società [...] rispondente a finalità di natura oggettiva»[101]. Queste conclusioni si spiegano perché, nell'ottica degli Autori citati, essendo la modificazione a caratterizzare l'istituto, rileva poco, poi, *come* essa si attui, cioè se attraverso l'assegnazione di partecipazioni ai soci della società fusa o scissa oppure in altro modo.

Ritengo però che, dal punto di vista della tesi modificativa, l'elemento dell'assegnazione delle partecipazioni ai soci della società fusa o scissa abbia fondamentale valenza sistematica: è tale elemento che, come si è sopra accennato, differenzia radicalmente la

[99] Così, nell'analizzare la posizione di Paolo Ferro-Luzzi, C. CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, cit., p. 188.

[100] P. LUCARELLI, *La scissione di società*, cit., p. 234 ed *ivi* nt. 24.

[101] G. VIDIRI, *Commento* a Trib. Verona, 6 novembre 1992 (decr.), C.B.E. Elettrodomestici s.r.l. e C.B.E. s.r.l. ric., in *Le società*, 1993, p. 363.

fusione e la scissione di società da un semplice conferimento da parte di una società a favore di un'altra.

Differenziazione, questa, che produce conseguenze anche sul piano degli effetti: la società fusa o scissa totalmente, intesa come centro di imputazione di rapporti giuridici, viene meno (e non potrebbe essere altrimenti dato che è priva di patrimonio), cosa che non avrebbe necessità di avvenire se le partecipazioni relative ai beni assegnati alla società beneficiaria fossero attribuite direttamente ad essa (poiché in questo caso il patrimonio sociale sarebbe, al termine dell'operazione, ancora esistente, essendo costituito dalle partecipazioni nelle società beneficiarie).

Ciònondimeno, tramite l'assegnazione ai soci della società fusa o scissa delle partecipazioni sociali che rappresentano il patrimonio oggetto dell'operazione, tale patrimonio, in esito all'operazione, continua a riferirsi "sostanzialmente" al gruppo sociale che l'ha decisa.

Quindi, la stessa disciplina della fusione e della scissione, con la previsione dell'assegnazione delle partecipazioni sociali ai soci della società fusa o scissa, evidenzia il superamento dell'idea di una sostanziale (e non solo formale) alterità della società rispetto ai soci che la compongono

La "continuità" dell'attività svolta dalla compagine sociale nel passaggio del patrimonio dalla società fusa o scissa alla società beneficiaria conferma uno dei postulati della teoria modificativa, e cioè la sopravvivenza della società come rapporto.

Come si è osservato[102], la teoria modificativa, che non vede alcuna alterità tra soggetto estinto e società beneficiarie, evoca l'idea della scissione come fenomeno sostanzialmente divisionale: viene negata la dimensione intersoggettiva dell'operazione in quanto protagonisti delle vicende non sono gli enti ma, come dimostra il

[102] Cfr. C. CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, cit., p. 185.

procedimento, i soci, le partecipazioni assegnate ai quali non costituiscono il corrispettivo di un trasferimento verso la nuova società ma il portato di tale operazione di scomposizione del patrimonio sociale.

I limiti della tesi traslativa divengono quindi evidenti di fronte al rilievo che i soci non intendono estinguere la società di cui fanno parte (nel caso di fusione o di scissione totale) né alienare alcunché, ma vogliono continuare a svolgere la loro attività modificando le condizioni per il suo esercizio ad esempio dividendo, attraverso una scissione, il patrimonio e la compagine sociale in più enti.

Il dato dell'assegnazione delle partecipazioni ai soci e non alla società conforta, con riferimento alla fusione e alla scissione, l'approccio svalutativo dell'autonomia della società e della distinzione della persona giuridica rispetto ai soci che, propugnato da autorevole dottrina[103], viene posto alla base della teoria modificativa[104].

Il dato normativo dell'assegnazione delle partecipazioni ai soci, nella prospettiva modificativista, evidenzia altresì come la fusione e

[103] La società è un soggetto meramente "strumentale", ossia un concetto linguistico ma non un'essenza ontologica soprattutto per: T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e di personalità*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 129 ss.; ID., *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1955, I, p. 236; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 553 ss.; ID., *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, 1978; ID., *Le società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 5 ss.; ID, da ultimo, in *Società per azioni e personalità giuridica*, in F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, nel *Trattato di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2006, p. 161 ss., ove numerose citazioni di altra dottrina; F. D'ALESSANDRO, *Persona giuridica e analisi del linguaggio*, estratto da *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1963, p. 243 ss.; B. INZITARI, *La "vulnerabile" persona giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 679 ss.; G. SPATAZZA, *La Società per azioni*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1985, p. 340 ss.; G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, p. 18 ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1987, p. 325 ss. Per un'indicazione esaustiva degli autori che hanno contribuito allo sviluppo di questa corrente di pensiero, v. M. BASILE e A. FALZEA, *Persona giuridica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1990, p. 235 ss.

[104] Riconducono espressamente la teoria modificativa alla riduzione della persona giuridica G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, cit., p. 284 ss.; F. GALGANO, *Scissione di società*, in *Vita. not.*, 1992, p. 505 s.; E. PAOLINI, *op. cit.*, p. 845 s.

scissione non possano, per come astrattamente concepite dal legislatore, inquadrarsi in una logica "di scambio"[105], avendo i soggetti coinvolti l'obiettivo non di ottenere un adeguato corrispettivo per l'attribuzione patrimoniale compiuta, ma di realizzare una modificazione dell'organizzazione sociale: i soci delle società coinvolte nell'operazione non si pongono nella prospettiva dell'"affare" volto a soddisfare interessi personali, ma nell'ottica di realizzare al meglio l'interesse oggettivo delle società coinvolte[106].

Tra gli argomenti utilizzati dai fautori della teoria modificativa a sostegno della propria tesi v'è la circostanza - evidenziata *ante* riforma del diritto societario del 2003 - che, mentre in caso di trasformazione il codice del 1942 attribuiva al socio il diritto di recesso, l'*exit* non era invece accordato in caso di fusione (come neanche in caso di scissione), né per la fusione (o per la scissione) era richiesta la maggioranza qualificata prevista per la trasformazione, anche in seconda convocazione, dall'art. 2369, comma 4, c.c.[107], da ciò dovendosi desumere che il legislatore avesse considerato la fusione (e la scissione) come fenomeno di minor impatto, dal punto di vista degli effetti, della trasformazione, e perciò impossibile da ricondurre, per esigenze di coerenza sistematica, ad una vicenda estintivo-successoria[108].

---

[105] Così F. SPERONELLO, *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale*, cit., p. 298, nt. 73. V. da ultimo, nello stesso senso, G. FERRI *JR* – G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 236.

[106] V., ad es., G. VIDIRI, *Commento* a Trib. Verona, 6 novembre 1992 (decr.), C.B.E. Elettrodomestici s.r.l. e C.B.E. s.r.l. ric., in *Le società*, 1993, p. 362 ss., il quale ritiene errato considerare la scissione come un istituto incentrato sull'interesse dei singoli soci.

[107] Cfr. per tutti G. CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7, Torino, 1997, p. 137 ss.

[108] Cfr. E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 108 ss. Cfr. anche L. SALVANESCHI, *Ristrutturazione delle banche pubbliche e successione nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 479 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Napoli, 5 dicembre 1989, in *Le società*, 1990, 939. Si dirà più avanti (v. il paragrafo "Qualche riflessione sull'approccio "modificativista" del legislatore della riforma del diritto societario") come la riforma del diritto societario del 2003 abbia mutato i termini della questione.

La teoria modificativa ha trovato nuovi argomenti nelle modifiche apportate alle disposizioni del codice civile in tema di fusione e scissione della riforma del diritto societario del 2003.

Dall'esame complessivo delle norme del d.lgs. n. 6 del 2003 in tema di fusione e scissione, non può infatti non rilevarsi un'accentuata sensibilità del riformatore per i concetti elaborati dalla tesi in esame.

Innanzitutto va rilevato che, in base al novellato art. 2502, comma 1, c.c. (dettato in tema di fusione e applicabile anche alla scissione in forza del rinvio contenuto nell'art. 2506-*ter*, comma 5, c.c.), per le società di capitali l'approvazione della delibera di fusione (o di scissione) avviene secondo le norme previste «per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto»[109].

Si è già accennato nel presente paragrafo all'avvenuta sostituzione del termine "trasferimento" con il termine "assegnazione" nell'ambito della disciplina della scissione[110].

Altri elementi lessicali, come, soprattutto, la nuova formulazione dell'art. 2504-*bis*, comma 1, c.c. (ove non compare più alcun riferimento alla estinzione della società fusa e si prevede esplicitamente la *prosecuzione* della società incorporante o risultante dalla fusione nei rapporti della società fusa) hanno portato numerosi interpreti ad affermare che il legislatore della riforma ha inteso prendere posizione nel dibattito circa la natura giuridica della fusione e della scissione optando per la tesi modificativa.

---

[109] Tale innovazione è valorizzata, nella prospettiva modificativista, dal CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 126-2006/I. Sulla forma delle decisioni dei soci di società di persone aventi ad oggetto la fusione/scissione tra società di persone e società di capitali*, approvato dalla Commissione studi d'impresa il 27 ottobre 2006, est. L. ZAMPAGLIONE.

[110] Sostituzione che, si sottolinea, espone il legislatore della riforma a sospetti di eccesso di delega: v. 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 capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 701 ss.; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 482.

Delle scelte terminologiche del legislatore si darà conto più avanti[111], evidenziando come le stesse siano state valorizzate dai fautori della tesi in commento.

Pare però fin d'ora opportuno chiarire quanto si tenterà di dimostrare, e cioè che, nonostante il contrario avviso di molti Autori e della Corte di legittimità[112], non sono le modifiche lessicali apportate dalla recente riforma al testo delle disposizioni in materia di fusione e scissione l'elemento in grado di comporre il contrasto esistente fra gli interpreti circa la natura giuridica dei due istituti. Si tratta di modifiche attraverso le quali, a parere di chi scrive, il legislatore esprime sovente regole già presenti nell'ordinamento, o comunque regole che di per sé non escludono la validità di alcuna delle tesi che si sono fin d'ora analizzate[113].

[111] V., soprattutto, *infra*, "Qualche riflessione sull'approccio "modificativista" del legislatore della riforma del diritto societario".

[112] Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n, 2637, in *Le società*, 2006, p. 469, in *Corr. giur.*, 2006, p. 795 e in *Riv. not.*, II, 2006, p. 1135 ss., orientamento seguito dalle sezioni semplici nelle già citate Cass., 23 giugno 2006, n. 14526, in *Mass.*, 2006, 1844, Cass., 23 gennaio 2007, n. 1476, in *Mass.*, 2007, 103 e Cass., 22 agosto 2007, n. 17855, sul sito *internet* www.leggiditalia.it; nonché da Tar Lazio-Roma, Sez. III *ter*, 17 luglio 2007, n. 6500, *ibid.*.

[113] In senso conforme, cfr., in tema di scissione, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 110 ss.; P. A. SPITALERI, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 489; con riferimento alla fusione, L. LAMBERTINI, *sub* art. 2501 c.c., cit., p. 365 s.

2.4. - Le posizioni della giurisprudenza.

Il problema della natura giuridica di fusione e scissione è stato affrontato di frequente sia dalla giurisprudenza di merito che dalla giurisprudenza di legittimità, ponendosi sovente come questione da risolvere in via preliminare rispetto allo specifico *thema decidendum* sottoposto al giudice. La definizione della natura giuridica degli istituti in commento, infatti, condiziona la scelta circa l'applicabilità o meno ad essi di numerose disposizioni, sia sostanziali che processuali.

Gli orientamenti giurisprudenziali hanno cominciato a consolidarsi prima in materia di fusione, dato che, come più volte ricordato, fino al 1991 la scissione non era prevista dal diritto positivo. In proposito i giudici hanno espresso da sempre (e fino a tempi recentissimi) un netto favore per la teoria tradizionale, qualificando la fusione come un'operazione che realizza una successione universale della società beneficiaria nel patrimonio della società fusa o incorporata[114].

[114] Per la giurisprudenza di legittimità v., ad esempio, ma l'elenco potrebbe continuare, Cass. 25 gennaio 2006, n. 1413, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Citazione civile* n. 1; Cass., 6 maggio 2005, n. 9432, in *Mass.*, 2005, 1362; Cass., 25 novembre 2004, n. 22236, in *Giur. it.*, 2005, I, p. 1183; Cass., 9 settembre 2004, n. 18176, *ivi*, 2005, I, p. 318; Cass., 6 luglio 2004, n. 12387, in *Rep. Foro it.*, 2004, p. 440; Cass., 29 aprile 2004, n. 8254, in *Mass.* 2004; Cass., 7 gennaio 2004, n. 50, in *Le società*, 2004, p. 854; Cass., 11 aprile 2003, n. 5716, in *Il Fallimento*, 2004, p. 868; Cass., 2 aprile 2002, n. 4679, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1085; Cass., 2 agosto 2001, n. 10595, in *Le società*, 2001, p. 1450 ss.; Cass., 10 agosto 1999, n. 8572, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1794; Cass., 22 giugno 1999, n. 6298, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1455; Cass., 9 aprile 1998, n. 3694, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2909; Cass., 22 settembre 1997, n. 9349, in *Studium Juris*, 1998, p. 191, e in *Gius.*, 1998, p. 249; Cass., 27 gennaio 1994, n. 833, in *Le società*, 1994, p. 611; Cass., 6 marzo 1987, n. 2381, in *Riv. giur. lav.*, 1988, II, p. 153; Cass., 8 novembre 1983, n. 6613, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Società*, 3047, n. 508; Cass., 8 novembre 1983, n. 6612, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1171 e in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 68; Cass., 28 maggio 1980, n. 3496, in *Dir. fall.*, 1980, II, p. 396; Cass., 28 dicembre 1973, n. 3462, in *Mass. Foro it.*, 1973, c. 970; Cass., 24 febbraio 1958, n. 611, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 623; Cass., 10 dicembre 1957, n. 4627, in *Mass. Foro it.*, 1957, c. 939; Per la giurisprudenza di merito, Trib. Torino, 20 luglio 2006, su *internet* alla pagina *www.giurisprudenza.piemonte.it/civile/procedura/007720072006.htm*; Trib. Mantova, 9 giugno 2005, in *Le società*, 2006, p. 46; App. Roma, 27 gennaio 2005, in *Le società*, 2006, p. 195; Trib.

La Suprema Corte, nel corso degli anni, si è costantemente pronunciata a favore della teoria della successione universale, affermando che «la società risultante dalla fusione subentra alle società che si sono estinte, quale successore a titolo universale [...]»[115], e precisando che tale successione universale è «corrispondente alla successione *mortis causa*»[116]. A questa conclusione si è normalmente adeguata la giurisprudenza di merito[117].

Tra le rare pronunce di merito di segno contrario, possono ricordarsi delle decisioni in cui il Tribunale di Napoli[118] ha configurato la fusione come «reciproca modificazione degli atti costitutivi delle società partecipanti»[119].

Novara, 21 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, I, p. 1184; Trib. Brindisi, 15 aprile 2004, in *Juris Data*, Trib. Mantova, 28 aprile 2004, su *internet* alla pagina www.ilcaso.it; Trib. Lucca, 5 giugno 1984, decr., in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 664; Trib. Napoli, 17 novembre 1980, in *Foro pad.*, 1980, I, c. 336; Trib. Foggia, 28 febbraio 1973, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 538; Trib. Milano, 8 marzo 1971, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 918. Nella giurisprudenza amministrativa, v. Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2002, n. 4940, in *Giust. amm.*, 2002, p. 1061, secondo cui «mediante la fusione per incorporazione di una società si determina una successione *inter vivos* a titolo universale per cui la società incorporante acquista, ai sensi dell'art. 2504-*bis* c.c., i diritti e gli obblighi di quella incorporata».

[115] Cass., sez. unite, 28 luglio 1986, n. 4812, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1275.

[116] Cass., 2 aprile 2002, n. 4679 cit. Rileva F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione*, cit., p. 461, come si sia formata una massima giurisprudenziale stereotipata secondo la quale "la fusione o incorporazione di società realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione *mortis causa* e produce gli effetti, tra di loro indipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati", con la precisazione che tali effetti si producono dall'esecuzione dell'ultima delle iscrizioni nel Registro delle imprese prevista dall'art. 2504 c.c.

[117] Cfr., *ex multis* e di recente (successivamente alla riforma del diritto societario introdotta dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), App. Roma 27 gennaio 2005, in *Le società*, 2006, p. 195 ss.

[118] Trib. Napoli, 2 giugno e 5 dicembre 1989, in *Le società*, 1990, p. 937. Più di recente cfr. anche Trib Napoli 3 giugno 1994, in *Foro napoletano*, 1996, 154 ss., che ha affermato che «con la fusione non si verifica una vicenda successoria a titolo universale, bensì la prosecuzione delle imprese preesistenti».

[119] Ritenendo applicabile al caso di fusione eterogenea con aumento di capitale della società risultante dalla fusione, l'allora vigente art. 2498 c.c. sulla trasformazione di una società di persone in una di capitali e, di conseguenza, considerando necessaria la relazione di stima *ex* art. 2343 c.c.

Il Tribunale di Napoli ha aderito ad una concezione che individua nell'oggetto della deliberazione di fusione «la decisione di tutte le modifiche statutarie idonee ad adeguare l'ordinamento delle società che si fondono per regolare unitariamente tutti i rapporti pertinenti alle società»[120] e secondo cui i soci restano reciprocamente e verso i terzi titolari di diritti e doveri in virtù del medesimo titolo per il quale essi erano titolari di diritti e doveri prima della fusione[121].

La Corte d'Appello di Napoli si è, al contrario, conformata all'indirizzo più volte ribadito dalla Corte di Cassazione, riconoscendo la natura creativo-estintiva della fusione e in conseguenza di ciò riformando decisioni in senso opposto del giudice di primo grado[122].

Nel 2000, la Suprema Corte[123] ha per la prima volta affermato la correttezza della la tesi per cui la fusione sarebbe inquadrabile tra le vicende modificative dell'atto costitutivo delle società partecipanti. Nella stessa decisione, però, la Corte ha precisato che se l'effetto modificativo si produce, esso «non è l'unico effetto della fusione medesima. Con la sua attuazione la società incorporante o che risulta dalla fusione assume i diritti e gli obblighi delle società interessate all'operazione e queste si estinguono (art. 2504-*bis*, co. 1, c.c. […]), onde gli effetti sono certamente più pregnanti di quelli riconducibili ad una semplice modifica dell'atto costitutivo».

Viene correttamente definito un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale in favore della tesi modificativista quello

---

[120] C. SANTAGATA, *La relazione di stima nella fusione eterogenea*, in *Le società*, 1990, p. 994.

[121] Da questa concezione discende che, quando una società di capitali ne incorpori una di persone, si rende necessaria anche la trasformazione di quest'ultima, sussistendo in questa ipotesi un'esigenza di tutela dell'integrità del capitale sociale.

[122] App. Napoli, 21 settembre 1989, in *Le società*, 1990, p. 503; conforme App. Napoli, 15 novembre 1989, *ibidem*., che ha deciso per l'inapplicabilità alla fusione eterogenea degli artt. 2498 e 2343 c.c. Sul tema, cfr. anche V. SALAFIA, *Valutazione del patrimonio nella fusione eterogenea*, in *Le società*, 1989, p. 445 ss.

[123] Cass., 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Le società*, 2001, p. 675 ss., con nota di G. CABRAS, *Erogazione di utili e causa societaria*.

avvenuto con una nota recente ordinanza delle Sezioni Unite[124], nella quale la Suprema Corte ha affermato che «l'art. 2505-*bis* [*recte* 2504-*bis*] c.c., nel testo vigente, stabilisce [...] 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. Il legislatore ha così (definitivamente) chiarito che la fusione tra società, prevista dagli artt. 2501 e seguenti c.c. non determina, nella ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria; ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. Il fenomeno non comporta, dunque, l'estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto; risolvendosi (come è già stato rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo».

Le Sezioni Unite (la composizione del Collegio è dovuta alla circostanza che la decisione è stata adottata in un giudizio instaurato per il regolamento di giurisdizione) della Suprema Corte hanno quindi preso una esplicita posizione, contrapposta a quella fino ad allora seguita dalla stessa Corte, sulla natura giuridica della fusione.

Deve notarsi che la decisione ora citata, di cui si è riportata la parte di motivazione che interessa in questa sede, ha avuto ad oggetto il rigetto di una istanza con la quale si chiedeva la dichiarazione di interruzione del processo a causa della fusione per incorporazione che aveva interessato una parte in pendenza del giudizio di legittimità.

Ebbene, il primo motivo sulla base del quale l'istanza è stata respinta è stato individuato dalla Corte nel principio (pacifico) per cui «l'estinzione del soggetto ricorrente, dichiarata in sede di

[124] Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n, 2637, cit.

legittimità dal suo difensore in udienza, non incide sullo svolgimento del giudizio di Cassazione, perché questo è dominato dall'impulso d'ufficio».

E' stato osservato che, nel caso di specie, la Corte, dopo aver rigettato l'istanza sulla base del principio di officiosità ora menzionato, avrebbe potuto, in virtù della regola di economia processuale, astenersi dall'esprimersi sulla natura giuridica della fusione[125].

La pronuncia sulla natura giuridica della fusione pare quindi voluta dalla stessa Corte al fine di manifestare una precisa presa di posizione sul tema, invero, come si dirà più avanti, troppo poco motivata[126], e non immune da critiche[127], considerato l'effetto dirompente della stessa in relazione al precedente orientamento della medesima Corte.

La decisione delle Sezioni Unite ora citata è stata seguita dalle sezioni semplici della Suprema Corte, che hanno argomentato che «la nuova formulazione dell'art. 2504-*bis* c.c., comma 1, chiarisce, ponendo fine al dibattito dottrinario, che la fusione tra società, prevista dagli artt. 2501 c.c. e segg., non determina, nel caso di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nel caso di fusione paritaria, bensì attua l'unificazione per integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. La fusione, quindi, diventa una mera

[125] F. MELONCELLI, *op. cit.*, p. 796. Cfr. anche R. RORDORF, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Foro it.*, 2006, I, 1739, il quale osserva che le Sezioni Unite, «magari a costo di far storcere il naso a qualche purista, non esitano ad adottare una doppia motivazione». Analogo il rilevo di F. CORSINI, *La fusione societaria non è più causa di interruzione del processo (ma non avrebbe dovuto esserlo nemmeno prima della Riforma)*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *RDS*, 2, 2007, p. 157.

[126] V., fra i tanti critici del percorso argomentativo seguito dalla pronuncia in commento, S. MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 789, il quale rileva come «in un contesto così vivace e su un punto così importante sarebbe stato interessante poter leggere una motivazione più ampia».

[127] Critiche di cui si darà conto nel successivo paragrafo "Qualche riflessione sull'approccio "modificativista" del legislatore della riforma del diritto societario".

modifica che lascia sopravvivere tutte le società partecipanti alla fusione, sia pure con un nuovo assetto organizzativo reciprocamente modificato, e senza alcun effetto successorio ed estintivo. In altri termini la fusione configura una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto, allo stesso modo di quanto avviene con la trasformazione. Come questa Corte ha statuito, la trasformazione di una società in un altro dei tipi previsti dalla legge non si traduce nell'estinzione di un soggetto e nella correlativa creazione di un altro e diverso soggetto, ma configura, per converso, una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto (Cass. 13/08/2004, n. 15737; Cass. 29/12/2004, n. 24089). Cioè si attua un mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente, ma non la creazione di un nuovo ente, che si distingua dal vecchio, per cui la società incorporata sopravvive in tutti i suoi rapporti alla vicenda modificativa nella società incorporante»[128]. Nello stesso senso si è espressa anche una recentissima pronuncia della giurisdizione amministrativa[129].

La giurisprudenza in tema di scissione, formatasi in tempi più recenti rispetto a quella in tema di fusione, sembra aver sentito da prima l'influsso della teoria modificativa, per cui la divergenza tra

[128] Cass., 23 giugno 2006, n. 14526, in *Mass.*, 2006, 1844. V. anche, più di recente, Cass., 23 gennaio 2007, n. 1476, in *Mass.*, 2007, 103, che ha affermato che, come si ricava dal novellato art. 2504-*bis*, comma 1, c.c., «la fusione non è più configurabile come un evento da cui consegua l'estinzione della società incorporata, derivandone invece l'integrazione reciproca degli enti partecipanti all'operazione, nell'ambito di una vicenda meramente evolutiva del nuovo soggetto, il quale quindi conserva la propria identità in un nuovo assetto organizzativo». Cfr. da ultimo Cass. 22 agosto 2007, n. 17855, sul sito *internet* www.leggiditalia.it.

[129] Tar Lazio-Roma, Sez. III *ter*, 17 luglio 2007, n. 6500, sul sito *internet* www.leggiditalia.it, che ha affermato che «a seguito della nuova formulazione dell'art. 2504 bis del c.c. (introdotta dal d.lgs. 17/1/2003, n. 6), il fenomeno della fusione di società, seppure postula la sussistenza di un soggetto incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici riguardanti i soggetti fusi, al contempo descrive una vicenda meramente evolutivo - modificativa del medesimo soggetto giuridico, senza la produzione di un effetto successorio od estintivo […]. Ciò comporta che con la fusione si attua il mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente, o, se si vuole, l'unificazione per integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, ma non anche la creazione di un nuovo ente, distinto dal vecchio, sì che la società incorporata sopravvive in tutti i suoi rapporti alla vicenda modificativa nella società incorporante».

le varie pronunce è stata fin dall'inizio più netta che in tema di fusione.

Da un lato si pongono quelle decisioni che affermano che la causa della scissione va individuata nel trasferimento di attività e passività della scissa ad una o più società in cambio dell'attribuzione di quote o azioni della beneficiaria ai soci della scissa[130]. Secondo questa giurisprudenza, in sostanza, non solo esiste un momento traslativo, ma esso assume anche una valenza fondante e caratterizzante l'intera operazione.

Sul versante opposto si colloca quella giurisprudenza che ritiene, invece, che la scissione realizzi una vicenda modificativa dell'originario rapporto sociale, destinato a proseguire tra gli stessi soci in forza dei conferimenti già precedentemente fatti[131], non producendo la scissione

alcun effetto traslativo in senso tecnico del patrimonio della società scissa. In particolare, in un caso relativo ad una scissione parziale attuata mediante il trasferimento di un ramo d'azienda (posta in essere in concreto, dal punto di vista contabile, mediante utilizzo e

[130] E sulla scorta di tale premessa sistematica ritengono che nella scissione sia sempre necessaria la perizia di stima *ex* art. 2343 c.c. In questo senso Trib. Verona, 6 novembre 1992 (decr.), C.B.E. Elettrodomestici s.r.l. e C.B.E. s.r.l. ric., in *Riv. not.*, 1993, p. 479 ss., in *Le società*, 1993, p. 362 ss., con nota di G. VIDIRI ed in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 434 ss., con nota di E. GELATO, *Sull'ammissibilità delle scissioni di società senza assegnazione di azioni o quote: osservazioni a Trib. Verona, 6 novembre 1992 (decr.)*. Rileva F. SPERONELLO, *op. cit.*, p. 293, che in tale pronuncia i giudici veronesi attribuiscono rilievo essenziale – tale essendo il portato del riferimento alla causa – non solo al trasferimento patrimoniale, ma anche al nesso che lo lega all'altro elemento essenziale dell'istituto, e cioè l'assegnazione delle partecipazioni nelle beneficiarie. In questo modo sembrano superarsi gli stretti limiti della tesi traslativa "pura", per accostarsi a quelle che definiremo "teorie intermedie". Sembra respingere la tesi modificazionista anche Trib. Brescia, 11 marzo 1998 (decr.), Berlucchi Service s.r.l. ric., in *Riv. not.*, 1999, II, p. 752 ss., con nota redazionale, ed in *Le società*, 1998, p. 701 ss. con il commento di M. TERENGHI, *Relazione degli amministratori e relazione di stima ex art. 2343 nella scissione parziale*. Il Tribunale di Brescia ritiene «non persuasiva» la ricostruzione della vicenda in termini di «mera vicenda modificativa ed organizzativa della società madre», poiché in essa prevale il dato del «conferimento da società madre a società figlia».

[131] V. Trib. Udine, 27 settembre 1994 (decr.), GO.LE.MA. s.r.l. ric., in *Le società*, 1995, p. 227 ss., con commento di P. MESSINA.

contestuale riduzione di riserve della scissa[132]), si è affermato in giurisprudenza che «il fatto che la costituzione del patrimonio netto della società beneficiaria del trasferimento del ramo d'azienda [...] sia avvenuto secondo una procedura di imputazione tecnico-contabile incidendo sulla specifica voce del netto patrimoniale rappresentata dalle riserve non ha comportato alcun reale movimento di fondi o trasferimento di beni, giacché ai soci della società beneficiaria non è stato attribuito null'altro che l'espressione in forma di capitale della partecipazione che essi detenevano nella società scissa sulle riserve accantonate»[133]. La pronuncia sembra chiaramente negare l'esistenza di un trasferimento di beni come effetto dell'operazione, senza però affrontare esplicitamente la questione della natura giuridica della scissione[134].

Per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità in tema di scissione, va ricordata una non troppo remota pronuncia[135] in cui è stato enunciato il principio secondo il quale anche nel caso di scissione di società può configurarsi un trasferimento d'azienda *ex* art. 2112 c.c., non sussistendo nel nostro ordinamento alcun ostacolo

---

[132] Si trattava, in particolare, della riserva per ammortamenti, delle riserve da rivalutazioni di cui alle leggi n. 72/1983 e n. 413/1991 e del fondo contributi in conto capitale di cui all'art. 55 l. n. 917/1986.

[133] Trib. Torino, 17 agosto 1996, in *Le società*, 1997, p. 420, in relazione alla scissione di Telecom Italia s.p.a., avente ad oggetto il ramo della telefonia mobile che ha dato vita a Telecom Italia Mobile s.p.a. Questa sentenza è stata pronunciata sulla domanda proposta da un azionista di risparmio il quale lamentava che l'operazione integrasse di fatto una distribuzione di riserve realizzata senza l'osservanza delle relative disposizioni che la disciplinano.

[134] Commentando questa sentenza, A. PICCIAU, *La scissione come negozio produttivo di effetti traslativi e la fattispecie del trasferimento di azienda*, cit., p. 1419, critica la scelta dei giudici di accogliere la qualificazione della scissione quale semplice modifica dell'originario contratto sociale, affermandola come postulato dell'argomentazione, senza fornire la dimostrazione della sua fondatezza sul piano normativo. La pronuncia in esame sarebbe quindi, secondo l'Autore, affetta da carenza di motivazione, imponendo una determinata configurazione della natura giuridica della scissione senza spiegare su quali basi normative si debba giungere a tale conclusione.

[135] Cass., 6 ottobre 1998, n. 9897, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 741 ss., con nota di P. LAMBERTUCCI, *Scissione societaria e trasferimento d'azienda*. In questa pronuncia, per la prima volta il Supremo Collegio affronta *ex professo* il problema della qualificazione giuridica della scissione, con riguardo alla disciplina del trasferimento d'azienda.

di carattere giuridico alla compatibilità tra la fattispecie della scissione e quella del trasferimento d'azienda.

Per arrivare a tale conclusione, la Suprema Corte ha argomentato nel senso che la scissione dà luogo ad un trasferimento patrimoniale ed ha elencato una serie di elementi a favore della tesi traslativa[136]. Dall'analisi degli artt. 2504-*septies* ss., c.c. allora in vigore e della disciplina comunitaria, la Corte ha desunto che il trasferimento patrimoniale è «una costante della fattispecie della scissione», per cui «l'effetto traslativo può avere ad oggetto tanto una pluralità di beni non funzionalmente organizzati, quanto un'azienda, un complesso, cioè, di beni organizzati in modo tale da essere idoneo all'esercizio di un'attività imprenditoriale»[137]. A ben guardare, comunque, pur mostrandosi la Corte nettamente sbilanciata a favore della tesi traslativa, essa evita di prendere una posizione precisa a favore dell'una o dell'altra fra le tesi contrapposte, affermando che è «coessenziale alla fattispecie il momento traslativo, pur senza negare, in linea di principio, l'esistenza di una modificazione statutaria».

In una pronuncia più recente della Corte di Cassazione viene espressamente riconosciuto il verificarsi di una «vera e propria successione a titolo universale» nel caso di scissione totale[138].

Si parlerà più diffusamente di questa sentenza allorché verrà affrontato il problema della possibilità di qualificare allo stesso

[136] Dopo aver ripercorso la storia dell'istituto, dalle iniziali prese di posizione della giurisprudenza fino all'emanazione del d.lgs. n. 22 del 1991, la Corte passa ad analizzare la «nozione» di scissione, distinguendone le due componenti fondamentali in: una essenziale, rappresentata dall'oggettiva divisione del patrimonio sociale, ed un'altra eventuale, rappresentata dalla soggettiva divisione della compagine sociale. Successivamente, allo scopo di verificare se la scissione sia idonea a determinare un trasferimento patrimoniale (e dunque, eventualmente, d'azienda), la Corte affronta il tema della natura giuridica dell'istituto.

[137] Rilevano P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, p. 748, in nota alla sentenza e A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 1418, come la Corte abbia ripreso il criterio metodologico, l'interpretazione e le soluzioni che, sull'argomento, aveva prospettato A. PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, cit., p. 1189 ss.

[138] Cass., 27 aprile 2001, n. 6143, in *Le società*, 2001, p. 1058 ss., e in *Giur. comm.*, 2002, II, con il commento di C. CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione.*

modo, nella prospettiva traslativista, il tipo di trasferimento che può ritenersi ricorrere nella scissione totale e in quella parziale[139], sì che in questa sede il Supremo Collegio sembra contrapporre la successione universale che si realizza nella scissione totale ad una successione a titolo particolare tipica della scissione parziale.

Ciò che interessa ora è però l'esplicito accoglimento della tesi tradizionale da parte della Corte, la quale giustifica l'effetto della successione universale desumendolo «dalla complessiva funzione e dalla disciplina dell'istituto e, in particolare, sia dal parallelismo della vicenda in esame con quella della fusione di società, a cui l'accomuna l'identità di notevole parte della disciplina e in relazione alla quale è acquisita nella giurisprudenza di questa Corte l'applicabilità della nozione di successione a titolo universale [...], sia dalla circostanza che nella scissione totalitaria si verifica la contemporanea e immediata estinzione della società originaria, con totale omissione della fase di liquidazione». Per la Corte, infatti, la totale mancanza della fase di liquidazione può giustificarsi soltanto dal fatto che alle società beneficiarie si trasmettono tutte le posizioni attive e passive relative alle parti di patrimonio a loro rispettivamente assegnate.

Nel dibattito sulla qualificazione giuridica di fusione e scissione, quindi, in sede giurisprudenziale sembra essere prevalsa, fino alla più volte menzionata pronuncia delle Sezioni Unite dell'8 febbraio 2006, la tesi tradizionale nelle decisioni della Corte di legittimità, mentre la tesi modificativa ha stimolato l'attenzione sopratutto della giurisprudenza di merito, e soprattutto in tema di scissione.

[139] V., *infra*, "La scissione (totale e parziale) come ipotesi di successione universale per atto tra vivi".

2.5. - Critiche alla tesi tradizionale.

Si è detto come la tesi traslativa sia stata in origine elaborata nella ricostruzione dogmatica dell'istituto della fusione: spesso le conclusioni raggiunte con riferimento a questo istituto sono state poi automaticamente applicate anche alla più recente fattispecie della scissione, nel presupposto di una possibile assimilazione totale dei due istituti in un unico quadro concettuale.

Le obiezioni che questa prassi ha sollevato, oltre a mettere in luce talune differenze strutturali fra fusione e scissione e, d'altro canto, a evidenziare l'importanza a scopo definitorio degli elementi comuni, hanno anche evidenziato alcuni limiti della teoria tradizionale.

Le critiche mosse a questa teoria, però, spesso non hanno tenuto conto della sua complessa articolazione, ed hanno quindi cercato di svalutarla complessivamente, senza considerare che, fermo restando il nucleo comune a tutte le elaborazioni ad essa ricondotte[140], quest'ultimo è comunque giustificato in maniera sostanzialmente diversa dai vari interpreti.

È perciò utile passare in rassegna alcune tra le critiche più frequenti mosse alla tesi tradizionale, tenendo a mente che alcune di esse non possono essere generalizzate, rimanendo circoscritte a particolari ricostruzioni dei fenomeni in esame, ed essendo di conseguenza ininfluenti con riferimento a ricostruzioni diverse, pur sempre inquadrabili nella teoria tradizionale.

Si è evidenziato, ad esempio, che mentre nella fusione si verifica sempre il venir meno di una società, presupposto essenziale dell'estinzione, nella scissione parziale non c'è alcuna società che scompare. Se la successione come conseguenza dell'estinzione non è ammissibile per qualificare la scissione parziale, allora non lo può essere neanche per quella totale, altrimenti si cadrebbe

[140] E cioè l'esistenza nelle operazioni di fusione e scissione di una vicenda traslativa.

nell'equivoco di attribuire diverse ricostruzioni alla stessa fattispecie (unitariamente definita dall'art. 2506 c.c.).

Questo, si è già detto nel corso dell'esposizione della teoria tradizionale, è un argomento a cui hanno spesso fatto riferimento i sostenitori della tesi modificativa[141] per negare la natura estintiva, e quindi successoria della scissione, e si è visto che non si tratta di un'obiezione di per sé capace di tacitare l'altra impostazione che ricostruisce le operazioni societarie in esame come ipotesi di successione *inter vivos*, vedendo nell'estinzione della società fusa o scissa una conseguenza (e non un presupposto della successione) meramente eventuale.

Va ricordato che la sesta direttiva Cee (82/891) attribuisce esplicitamente alla scissione la qualifica di "scioglimento senza liquidazione" della società che si scinde, comprendendo l'estinzione della società fra gli effetti tipici dell'istituto (artt. 2, 17, 21); si parlerà più avanti anche di altre e più recenti disposizioni comunitarie che si muovono all'interno della prospettiva traslativista.

Di fronte a queste disposizioni, i fautori della tesi modificativa hanno argomentato sostenendo la ridotta rilevanza sul piano interno della normativa comunitaria, sia facendo leva su argomenti di teoria dell'interpretazione, sia rifacendosi a ragioni di diritto societario generale. Si sostiene che il giudice italiano non sarebbe vincolato dalla direttiva perché priva di efficacia diretta, e comunque nel nostro ordinamento non sarebbe concepibile uno "scioglimento senza liquidazione", essendo la seconda necessaria e inderogabile conseguenza del primo[142].

L'inesistenza di un'efficacia diretta della normativa comunitaria nella parte in cui qualifica la scissione come "scioglimento senza

---

[141] V., per tutti, M. IRRERA, voce *Scissione*, in *Digesto*[4], *Disc. priv., Sez. comm.*, XIII, Torino, 1996, p. 269 e G. MUSCO, *La natura giuridica della scissione di società*, in *Dir. fall.*, 1995, I, p. 1013.

[142] E. CUSA, *Prime considerazioni*, cit., p. 38, nt. 79, e p. 40.

liquidazione" è desunta, in quest'ottica, dalla mancanza nella norma che prevede tale qualificazione, del carattere dell'incondizionalità: l'art. 25 della direttiva, infatti, stabilisce che «quando la legislazione di uno Stato membro permette una delle operazioni di cui all'art. 1 senza che la società scissa si estingua, sono applicabili i capitoli I, II, III, salvo l'art. 17, paragrafo 1, lett. c)» (che stabilisce che la scissione produce *ipso iure* l'estinzione della società scissa). Da ciò viene tratta la conseguenza che il legislatore nazionale non era vincolato a recepire l'istituto della scissione qualificandolo come fenomeno estintivo-costitutivo.

Per quanto concerne gli argomenti di diritto societario generale, la dottrina in esame evidenzia come in materia societaria viga il principio secondo cui l'estinzione della società può realizzarsi solo se in precedenza è avvenuto un regolare procedimento di liquidazione che ha portato alla realizzazione dell'attivo, al pagamento dei debiti sociali e alla ripartizione dell'eventuale residuo tra i soci[143].

Per il caso di scissione a favore di società nuove, è stato poi sollevato il problema della genesi non contrattuale delle beneficiarie.

Il problema non viene posto per l'ipotesi di fusione da cui scaturisca una società nuova perché, in questo caso, la pluralità di società preesistenti che partecipano all'operazione sembra far salva, anche in un'ottica traslativista, la compatibilità della ricostruzione del fenomeno con i principi generali. Nella scissione, invece, le

[143] Si vedrà come al riguardo la dottrina traslativista ragioni in termini differenti, sostenendo che dire che la scissione totale costituisce uno scioglimento senza liquidazione della società che si scinde è come dire che la scissione prende il posto della liquidazione: per cui, come l'esito della liquidazione è l'estinzione della società che si liquida, così l'esito della scissione totale non può non essere l'estinzione della società che si scinde. Alla critica alla tesi traslativa menzionata nel testo si può comunque obiettare che, se è vero che anche sul piano comunitario deve ritenersi inutile discutere in ordine al profilo estintivo, perché la direttiva lo pone come eventuale per il caso – previsto nel nostro ordinamento – di scissione parziale (art. 25, *cit.*), ciò non esclude che l'attenzione dell'interprete si concentri sul profilo traslativo (cfr. P. LUCARELLI, *La scissione di società*, cit., p. 60 ss).

società nuove sembrerebbero costituite unilateralmente attraverso la delibera della sola società scissa, che trova esecuzione attraverso l'atto di scissione.

Per rispettare norme imperative (artt. 2247 e previgente 2328 n. 1 c.c.) che si rifanno alla pluralità di contraenti, alcuni autori[144] hanno ipotizzato l'intervento dei soci della società scissa alla sottoscrizione dell'atto di scissione. Questa costruzione giuridica, che esalta il momento costitutivo delle società beneficiarie, muove dalla considerazione che, ove si voglia rispettare la natura contrattuale della società, è necessario che esistano almeno due volontà che si incontrano.

Dato che, in base a questa tesi, la decisione di scissione fissa il contenuto dei futuri atti costitutivi ma non ha funzione costituente dei futuri enti beneficiari, sarebbe necessario l'intervento dei soci nella costituzione delle società nuove che beneficiano dell'apporto.

La dottrina modificativista osserva, in proposito, come il contratto di società presupponga che, avendo come obiettivo il conseguimento di utili, due o più persone conferiscano beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica (art. 2247), mentre secondo questa tesi i soci intervengono solo per manifestare una volontà (costitutiva), senza apportare risorse. Se invece si considerasse la scissione come una mera modifica del contratto, si avrebbe fin dall'inizio una pluralità di soci (non essendoci perciò costituzione unilaterale di nuove società) e si potrebbe vedere nel conferimento originario di questi la causa dell'assegnazione diretta delle quote o azioni della o delle nuove beneficiarie, evitando in tal modo le critiche sull'alterità tra socio e soggetto conferente. Osservazioni, queste ultime, che non paiono però di per sé in grado di escludere l'esistenza di una vicenda traslativa a favore della società beneficiaria, essendo compatibili con le visioni traslativiste

[144] Ad es. V. SALAFIA, *Le scissioni di società*, in *Giornate di studio*, Milano 5 ottobre 1991, Milano, p. 30, citato da G. MUSCO, *op. cit.*, p. 1005.

che valorizzano il ruolo e gli interessi dei soci nei fenomeni considerati[145].

Tra l'altro, il problema della costituzione unilaterale delle società non pare oggi avere più ragione di porsi, esistendo precise disposizioni legislative che consentono la costituzione di società di capitali attraverso un atto unilaterale[146].

Già il d. lgs. 20 novembre 1990, n. 365, all'art. 6, co. 2, autorizzava la costituzione di società con atto unilaterale per la ristrutturazione del gruppo creditizio.

Con il d. lgs. 3 marzo 1993, n. 88, che ha modificato gli artt. 2247 e 2475 c.c., è stata prevista la possibilità di costituzione per atto unilaterale della s.r.l., lasciando ferma la forma contrattuale per la costituzione della s.p.a., salva l'ipotesi in cui la società divenga unipersonale nella fase successiva alla sua costituzione.

L'art. 10, lett. a), del d. l. 31 maggio 1994, n. 332 (conv. nella l. 30 luglio 1994, n. 474 con modif.) ha consentito la costituzione con atto unilaterale di società per azioni in occasione di operazioni di riorganizzazione e ristrutturazione derivanti dalla privatizzazione di società e gruppi di società posseduti dallo Stato o da enti pubblici e loro controllate.

Con la riforma introdotta dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, è stato modificato anche l'art. 2328 c.c., in tema di costituzione della s.p.a., prevedendo la possibilità di costituire la società per contratto o per atto unilaterale.

I nuovi dati normativi, comunque, non escludono la necessità di interrogarsi, come si farà più avanti, sul carattere unilaterale o meno del negozio di fusione o di scissione, poiché la qualificazione di esso come atto unilaterale (in grado di costituire nuove società nei casi considerati dalle disposizioni appena citate) o come contratto

[145] V. la tesi in merito di Giorgio Oppo, *infra*.

[146] Sul tema v. anche G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 20 ss.

(secondo la ricostruzione che verrà proposta *infra*) incide sulla ricostruzione della struttura delle operazioni societarie in esame.

Di certo il difetto più evidente della tesi tradizionale è nel fatto che la successione fra enti – in particolare ove assimilata alla successione *mortis causa* – è fortemente influenzata da una concezione "antropomorfica" degli stessi.

La vicenda traslativa da un ente che si estingue ad un altro che, di nuova costituzione o già esistente, si rende successore nei rapporti giuridici del primo e il conseguente richiamo alla vicenda della successione *mortis causa*, si sono prestati a facili critiche da parte di coloro che hanno affrontato il problema movendo da una logica diversa, che scaturisce da un'analisi ad ampio raggio del diritto societario.

In specie, la riduzione della nozione di persona giuridica (ricondotta alla "ipostatizzazione" di una disciplina volta a regolare i comportamenti dei soci o degli amministratori) ha permesso di criticare la sussistenza di un effetto successorio dei nostri istituti, ritenuto artificioso ed eccessivo, poiché legato ad una visione della società contrastante con l'accertata strumentalità di essa rispetto ai soci.

Muovendosi dal postulato che il concetto di persona giuridica ha natura soltanto strumentale, perché sottende nulla più di una particolare disciplina di rapporti che debbono pur sempre riferirsi a persone fisiche, si conclude che l'affermazione per cui la fusione comporta una successione fra enti coincide con l'affermazione che i soci succedono a sé stessi, ossia che «una metafora è … successore di altre metafore»[147], ciò che rischierebbe di produrre vere e proprie «allucinazioni»[148].

---

[147] F. GALGANO, *Recensione a Carlo Santagata, La fusione di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 102. V., nello stesso senso, G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, cit., p. 341, N. GASPERONI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, vol. XLIV, p. 1049, e G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1987, p. 753.

[148] G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, cit., p. 297.

Ernesto Simonetto[149] ha sottolineato in proposito come tra le nostre vicende e la successione ereditaria «invero si ha diversità di funzione economico-pratico-giuridica, diversità negli effetti, diversità nell'*iter* della realizzazione dell'intento espresso dall'atto». Ed ha concluso affermando: «troppe diversità perché si possano fare degli accostamenti».

La teoria che accomuna scissione e fusione alla successione *mortis causa* rimane fedele ad una visione "istituzionalistica" del fenomeno societario e richiama, nell'ottica della teoria modificativa[150], l'idea della società come "l'omone" criticato da Tullio Ascarelli: la società fusa o scissa (totalmente) muore, e la società beneficiaria succede, come al defunto succede l'erede. E, con riferimento a questa concezione antropomorfica della società e dei rapporti sociali, la dottrina modificativista sottolinea le distorsioni che ne costituiscono le conseguenze: l'assimilazione dell'estinzione della società fusa ad una successione *mortis causa* ha portato ad affermare che, avendosi estinzione della società incorporata e successione a titolo universale della incorporante nella posizione della prima, si dovesse applicare il disposto dell'art. 300 c.p.c.[151] (non potendosi invocare, in ambito processuale, il disposto

[149] E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 216.

[150] G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, cit., p. 286 ss.

[151] Interruzione del processo per morte o perdita della capacità della parte costituita o del contumace: Cass., 4 aprile 1969, n. 1104, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 911. Più di recente v. Cass. 22 giugno 1999, n. 6298 (citata da M. TAMBURINI, *sub* art. 2504-*bis* c.c., in *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di A. Maffei Alberti, Vol. IV, Padova, 2005, p. 2558, nt. 1), secondo cui «conviene premettere come l'orientamento di questa corte sia tuttora fermo nel ritenere che la fusione della società mediante incorporazione (art. 2501 e ss. c.c.) determina automaticamente l'estinzione della società assoggettata a fusione ed il subingresso della società incorporante nei rapporti ad essa relativi, verificandosi una situazione giuridica che corrisponde a quella della successione a titolo universale e che, agli effetti processuali, va assimilata alla morte della persona fisica, sì da trovare la propria disciplina nell'art. 300 c.p.c. e da provocare l'interruzione del processo, ove il procuratore abbia fatto la prescritta comunicazione dell'evento realizzatosi nel corso del giudizio». In proposito, con il d.lgs. n. 6 del 2003, modificando l'art. 2504-*bis*, co. 1, c.c., si è precisato che la società post-fusione prosegue in tutti i rapporti preesistenti, «anche processuali», delle società partecipanti. Ci si è quindi chiesti se la modifica in esame comporti la

dell'art. 2193 c.c. in tema di presunzione di conoscenza da parte dei terzi dei fatti dei quali la legge impone l'iscrizione), oppure che «è nulla per inesistenza della parte convenuta la citazione notificata ad una società incorporata in un'altra»[152], o, ancora, che «i soci della società incorporata non diventano soci dell'incorporante, se tale effetto non è previsto nelle rispettive deliberazioni sociali preparatorie della fusione»[153].

Se invece si considerassero fusione e scissione come effetto di un consenso contrattuale (espresso con la deliberazione e attuato con l'atto di fusione o di scissione), e l'estinzione della società fusa o scissa come «l'estinzione di un rapporto che continua [...] nella nuova società»[154], non vi sarebbe necessità di far ricorso alla disciplina della successione.

Si sostiene, inoltre, da parte di numerosi Autori che aderiscono alla tesi modificativa, che anche nel caso di scissione totale, l'estinzione della società trasferente sia un evento non necessario all'integrazione della fattispecie: l'art. 2506 c.c. (2504-*septies* c.c. prima dell'entrata in vigore della riforma del 2003) non richiede come effetto giuridico essenziale l'estinzione della società scissa. Ciò significa che la società scissa si estingue non perché il regolamento normativo dell'istituto lo preveda, ma perché privata dell'intero suo patrimonio non ha più ragion d'essere; perciò, secondo alcuni autori, sul piano puramente teorico, si potrebbe

---

non applicabilità dell'art. 300 c.p.c. all'ipotesi di fusione. M. PERRINO, *La riforma*, cit., p. 527 s., conclude in proposito che «l'interruzione è *fisiologicamente* compatibile con la *prosecuzione* del processo da parte del successore, come dimostra l'art. 302 c.p.c.; sicché non pare che il semplice riferimento normativo al "proseguire" il rapporto processuale possa intendersi quale indizio sufficiente a troncare ogni dubbio nel senso dell'inapplicabilità dell'interruzione» e che quindi «il punto meritava di sicuro una maggiore precisazione, trattandosi di questione di grandissimo rilievo pratico». Altra dottrina (ad esempio F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, cit., p. 428) ritiene che la riforma dell'art. 2504-*bis*, co. 1, c.c. abbia comportato la sopravvenuta inapplicabilità dell'art. 300 c.p.c. nel caso di successione universale derivante da fusione.

[152] Cass. 12 ottobre 1971, n. 2871, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 102.

[153] Trib. Catania, 13 febbraio 1957, in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 801, criticato da E. SIMONETTO, *Trasformazione e fusione*, cit., p. 243, nt. 2.

[154] G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, cit., p. 287.

sempre prospettare un'ipotesi in cui, unitamente alla delibera di scissione totale, si proceda ad un contestuale conferimento a favore della società scissa, che le consenta di salvarsi dalla scomparsa (anche se una simile operazione non avrebbe convenienza pratica).

Si aggiunge, inoltre, che mentre tra persone fisiche la successione *mortis causa* è la conseguenza di un evento non voluto (la morte), nella scissione, invece, è il risultato di una manifestazione di volontà della società scissa diretta a conseguire un certo assetto[155].

Non è esente da critiche neanche l'ipotesi di scissione come successione *inter vivos*. In questa prospettiva si avrebbe, in seguito alla stipulazione dell'atto di scissione, prima la creazione di nuovi soggetti (se l'operazione è a beneficio di società non preesistenti), in un secondo momento la successione, ed in seguito a questa l'estinzione della società scissa a conclusione del procedimento. Ci si chiede, allora, come potrebbe una società acquistare personalità giuridica al fine di subentrare in un insieme di rapporti attivi e passivi, se non dispone di quella dotazione patrimoniale che proprio la successione le dovrebbe attribuire e che è essenziale alla sua nascita[156].

2.6. - La scissione parziale come contratto a favore di terzi. Critica.

Quella parte di elaborazioni dottrinali riconducibili alla tesi tradizionale che vedono nella fusione e nella scissione una successione derivante dall'estinzione della società fusa o scissa non è idonea a spiegare l'ipotesi di scissione parziale, in cui non ricorre l'estinzione del soggetto trasferente.

---

[155] Cfr. G. MUSCO, *La natura giuridica della scissione di società*, in *Dir. fall.*, 1995, I, p. 1014.
[156] E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 218 e E. CUSA, *op. cit.*, p. 28.

Tale limite ermeneutico è stato evidenziato da una corrente interpretativa che, nel restare legata ad una visione "antropomorfica" dell'ente societario, ha tentato di giustificare il fenomeno, che si verifica nella scissione parziale, del passaggio diretto dei rapporti sociali di partecipazione dalla società scissa alla società beneficiaria nonostante la sopravvivenza di tutti gli enti, interpretando l'assegnazione ai soci delle azioni o quote non già quale attribuzione diretta, bensì come risultato di un rapporto trilatero riconducibile ad un negozio (tra le società) a favore di terzo (i singoli soci), rientrante quindi nello schema predisposto dal legislatore negli artt. 1411 – 1413 c.c.

Questa ricostruzione, prospettata in dottrina[157] e, incidentalmente, in giurisprudenza[158], viene oggi ampiamente criticata dalla dottrina dominante, non solo in seno alla tesi modificativa, ma anche da parte di autori che aderiscono alla tesi traslativa[159].

La prima obiezione che può muoversi a questa ricostruzione si fonda sulla affermazione, ricorrente in dottrina (e coerente con la natura eccezionale dell'istituto rispetto al principio generale espresso dal secondo comma dell'art. 1372 c.c., per il quale «il contratto non produce effetti rispetto ai terzi»), che il contratto a favore di terzo va limitato alle sole ipotesi in cui si rechi un vantaggio al terzo. Vantaggio che dovrebbe essere inteso come "beneficio netto"[160], cioè quale attribuzione di una situazione giuridica soggettiva attiva non subordinata all'assunzione, da parte del terzo, di obbligazioni, o all'adempimento di oneri. Viceversa,

---

[157] Cfr. G. DE SEMO, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1921, p. 237 ss.

[158] Cfr. Trib. Torino, 5 novembre 1968, in *Foro pad.*, 1969, I, c. 1264 ss.

[159] V., soprattutto, M. LAMANDINI, *Riflessioni in tema di scissione "parziale" di società*, cit., p. 514 ss.

[160] Cfr. M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 515; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, fondato da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, vol. XXI, Milano, 1987, p. 304. Nello stesso senso F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1985, p. 313 e C. M. BIANCA, *Diritto civile*, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 304.

nel caso della scissione parziale, potrà ricorrere l'ipotesi in cui la società beneficiaria appartenga ad un tipo diverso rispetto alla società scissa e sia, in particolare, una società personale: in questa circostanza l'attribuzione di partecipazioni sociali è di per sé in grado di trasferire al singolo socio beneficiario, oltre all'arricchimento, responsabilità e rischi incompatibili con il concetto di beneficio netto. Di certo, comunque, per effetto dell'assegnazione delle partecipazioni nella beneficiaria, i soci della scissa non ottengono nulla *di più* di ciò che già possedevano (le partecipazioni nella scissa).

Altri dubbi che solleva la ricostruzione qui criticata sono relativi alla scarsa compatibilità della disciplina tipica del contratto a favore del terzo con le regole che governano l'istituto della scissione.

Innanzitutto, il terzo beneficiario che acquisti un diritto a seguito della stipulazione a suo favore (art. 1411, co. 2, c.c.) conserva comunque il potere di rifiutare, in ossequio al principio della relatività del contratto (art. 1411, co. 3, c.c.)[161]. Essendo quello ora menzionato un principio generale posto a tutela della libertà (quantomeno morale) della persona, in base alla ricostruzione criticata si dovrebbe ammettere, pur non essendovi un'espressa previsione normativa nell'ambito delle disposizioni speciali in tema di scissione, il diritto dei singoli soci beneficiari di rinunciare all'assegnazione delle partecipazioni alla società scissionaria. Gli effetti di questo rifiuto sul procedimento di scissione sarebbero di incerta individuazione. L'art. 2504-*ter* c.c. (dettato in tema di fusione ma applicabile anche alla scissione in forza del richiamo contenuto nel quinto comma dell'art. 2506-*ter*) sembra impedire che le partecipazioni, una volta rifiutate da parte dei soci, restino in capo alla società parzialmente scissa, evento che, oltretutto, si

[161] Cfr. M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 516 e, in generale sul contratto a favore del terzo, C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1987, p. 535 ss.

rileva[162], potrebbe avere effetti perversi nella dinamica dei rapporti tra maggioranza e minoranza. Bisognerebbe perciò interrogarsi sulla possibilità che le partecipazioni rifiutate si accrescano agli altri singoli soci accettanti; ma anche questa conclusione sembra scontrarsi con il medesimo principio di tutela della minoranza, oltre che con quello di conservazione dello *status* economico e societario dei singoli soci che pare sotteso alla disciplina della scissione, in specie all'art. 2506-*bis* c.c. (e si veda già l'art. 2504-*octies* prima dell'entrata in vigore della riforma del 2003)[163]. Rimarrebbe allora la conclusione per cui il rifiuto delle partecipazioni da parte dei singoli soci porterebbe alla paralisi della scissione: ma ciò, evidentemente, finirebbe per comportare necessariamente l'unanimità per ogni operazione di scissione, in contrasto con il principio della maggioranza.

Un'ulteriore considerazione evidenzia la diversità degli istituti che la ricostruzione criticata cerca di equiparare. L'art. 1411, co. 1, c.c. subordina la validità della stipulazione a favore del terzo all'esistenza di un interesse dello stipulante: tale disposizione si ritiene che provveda alla funzionalizzazione del negozio a favore del terzo, condizionandone la validità. Ove venisse applicata alla scissione parziale, questa regola comporterebbe la possibilità di sottoporre l'operazione ad un sindacato giudiziale di merito, introducendo notevoli elementi di incertezza e insicurezza nel procedimento.

Da ultimo, va segnalato[164] come il riferimento alla fattispecie del contratto a favore del terzo sia stato già da tempo autorevolmente contestato in relazione alla fusione, rilevandosi che «la qualità di socio nella società incorporante (o nella società che risulta dalla fusione) non è acquistata dai soci delle società trasmittenti in quanto

[162] M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 516.

[163] Cfr. M. LAMANDINI, *op. cit.*, p. 516.

[164] Come ricorda C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 51 s.

terzi nel contratto di fusione, ma in quanto soci delle società trasmittenti e in virtù della continuazione del vincolo sociale»[165].

[165] G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, cit., p. 80.

2.7. - Critiche alla tesi modificativa.

Con riferimento alla fusione, un autorevole Studioso, vigente il codice di commercio, affermava che «se possono rientrare nel concetto di modificazione dello statuto provvedimenti che importano la cessazione della società, non possono però rientrarvi i provvedimenti i quali come la fusione, produrrebbero non solo la cessazione ma anche la costituzione di un nuovo ente, poiché non si può modificare ciò che più non esiste né può considerarsi come modificazione di un contratto la conclusione di un contratto nuovo»[166].

Come accade per la tesi tradizionale, la tesi modificativa è stata oggetto di maggiori critiche quando si sia riflettuto sulla sua applicazione al fenomeno della scissione.

Le peculiarità della scissione, infatti, sono state talvolta reputate tali da impedire che essa possa qualificarsi *tout court* come modificazione dell'atto costitutivo, ritenendosi l'effetto modificativo non una costante, bensì solo un aspetto statisticamente ricorrente.

Alcuni Autori[167], in proposito, hanno opinato che nel caso di scissione totale ricorrerebbe non una semplice modificazione, ma una vera e propria dissoluzione dell'atto costitutivo della società scissa e dell'originario rapporto sociale, sulla base dell'osservazione

[166] A. SCIALOJA, *Natura giuridica della trasformazione di società*, in *Saggi di vario diritto*, Roma, 1928, p. 50. Potrebbe oggi aggiungersi che il vigente codice civile, seppur contiene sezioni dedicate alle «modificazioni dello statuto» delle società per azioni (artt. 2436 ss. c.c.) e alle «modificazioni dell'atto costitutivo» della società a responsabilità limitata (artt. 2480 ss. c.c.), non disciplina la fusione e la scissione nell'ambito di tali sezioni, neanche in seguito alla riforma del diritto societario, che si è detto non nascondere una "propensione" per la tesi modificativista. A tale obiezione può però replicarsi ricordando che, come sopra rilevato, in base al novellato art. 2502, comma 1, c.c. (dettato in tema di fusione e applicabile anche alla scissione in forza del rinvio contenuto nell'art. 2506-*ter*, comma 5, c.c.), per le società di capitali l'approvazione della delibera di fusione (o di scissione) avviene secondo le norme previste «per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto».

[167] Cfr. soprattutto A. MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie*, cit., pp. 19 ss.

che «la modifica di un contratto presuppone innanzi tutto la conservazione della sua originaria unità»[168], mentre dalla scissione totale deriverebbe una pluralità di contratti, di contenuto per giunta spesso diverso da quello originario.

Si osserva inoltre che la scissione parziale non altererebbe in alcun modo i profili soggettivi dell'atto costitutivo della società scissa, incidendo l'operazione sul patrimonio della società e - salva l'ipotesi di scissione asimmetrica - e lasciandone immutata la compagine sociale[169].

In questa prospettiva può ritenersi che l'atto costitutivo della società scissa parzialmente sia suscettibile di subire una modificazione oggettiva solo quando il trasferimento dei cespiti attivi determini una diminuzione del patrimonio al di sotto del valore numerico del capitale sociale, imponendone una riduzione mediante modificazione dell'atto costitutivo. Ma ciò costituisce una mera eventualità, potendo essere sufficiente l'impiego delle riserve disponibili o degli utili distribuibili. Soluzione questa, che in

---

[168] U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 531.

[169] Anche se, ad es. F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. notar*., 1990, I, p. 878, vede nella scissione un effetto necessario di divisione soggettiva. C'è da osservare, però, che i soci possono scegliere di partecipare anche a più società; da questa possibilità derivano diverse combinazioni, che in alcuni casi possono non comportare in alcun modo la divisione della compagine sociale. Può accadere, ad esempio, che la società scissa si scinda in due società: se tutti i soci decidono di mantenere inalterata la loro quota in entrambe le società, si divideranno i patrimoni, ma non le compagini sociali; se, invece, una parte dei soci opta per una società ed i restanti per l'altra, si realizzerà anche la divisione della compagine sociale. G. TROINA, *Lezioni di economia aziendale*, Roma, 1999, p. 66, sottolinea che «la scissione si presenta […] come uno strumento volto alla ricomposizione ed al riassetto delle organizzazioni, ma soprattutto delle compagini aziendali. Essa, infatti, può seguire due vie di attuazione: a) riprodurre "in scala" diversa nelle nuove società la vecchia compagine sociale […]; b) creare nuove società con compagini sociali diverse da quella originaria. […] Attuando, quindi, la scissione nel primo dei due modi descritti si arriverebbe al risultato di ottenere la divisione del patrimonio sociale della società scissa, mentre attuando la seconda modalità si determinerebbe la divisione sia del patrimonio che della compagine sociale. Da quanto appena accennato si evince che la scissione è uno strumento che permette, in taluni casi, di operare "salomonicamente" un "taglio" verticale su una società preesistente, in guisa che da essa si originino due o più società con rispettive compagini sociali, tra loro più in consonanza che non la primitiva compagine».

dottrina sembra essere negata da Ferro-Luzzi[170], il quale, in linea con la sua visione dell'istituto, sostiene che la riduzione del capitale sociale sia necessaria sempre e comunque, non essendo lecito introdurre una "gerarchia" tra gli strati del netto (con la conseguente possibilità di impiegare solo eventualmente il capitale sociale), dovendosi al contrario procedere, al fine di creare la "provvista" necessaria all'assegnazione del patrimonio alle beneficiarie, ad una riduzione proporzionale del valore di ciascuna di tali voci (con la conseguente necessità di intaccare sempre, anche se per una minima quota, il capitale sociale). Questo perché per Ferro-Luzzi la scissione ha ad oggetto il "passaggio" di tutto o di una parte del netto, riproduttivo nel possibile del netto dell'ente conferente: coerentemente, secondo l'Autore, sarà inevitabile, nel caso di scissione parziale, addivenire sempre alla riduzione del capitale sociale della società scissa andando ad incidere la riduzione patrimoniale proporzionalmente su riserve e capitale e non progressivamente sulle prime e poi, solo eventualmente, sul secondo.

Per la dottrina traslativista, invece, non è dimostrato che la scissione debba operare solo attraverso il trasferimento di beni organizzati mediante l'assegnazione di un netto articolato, potendo avvenire altresì attraverso il trasferimento di singole componenti patrimoniali e comunque imputando la relativa diminuzione patrimoniale, secondo i principi generali, prima agli utili distribuibili e alle riserve disponibili, poi a quelle legali e solo in ultimo al capitale. Di conseguenza, in caso di scissione parziale, quando il valore del patrimonio netto della società scissa è superiore al capitale sociale e le entità patrimoniali attive conferite alle società beneficiarie non eccedono tale plusvalore, l'operazione di scissione non incide sul capitale; se invece il netto patrimoniale non eccede il capitale, o l'eccedenza è inferiore al valore netto del

[170] P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., p. 1074.

complesso di elementi patrimoniali scorporati, la società scissa dovrà ridurre il proprio capitale in proporzione[171].

Quanto alle società beneficiarie, il mutamento della compagine sociale che può determinarsi a seguito dell'assegnazione di azioni o quote di queste ai soci della società scissa (art. 2506, co. 1 c.c.) potrà, nella prospettiva traslativista, qualificarsi come modificazione dell'atto costitutivo solo nel caso di scissione a favore di società di persone, tale non potendosi considerare l'acquisto, l'assegnazione o il trasferimento di azioni o quote di società di capitali.

Sotto il profilo oggettivo la scissione determinerà di regola una modificazione dell'atto costitutivo, perché l'assegnazione di azioni o quote alla società beneficiaria avrà luogo generalmente mediante aumento di capitale. Il saldo attivo, risultante dal complesso delle attività trasferite alle beneficiarie, farà emergere una proporzionale sopravvenienza attiva nei bilanci di queste ultime nella misura in cui tali plusvalenze non vengano compensate da eventuali perdite preesistenti delle beneficiarie stesse. Queste ultime dovrebbero perciò aumentare il capitale in misura pari all'incremento patrimoniale realizzatosi per poter attribuire azioni o quote ai soci della società scissa, analogamente, peraltro, a quanto comunemente avviene nella società incorporante in caso di fusione per incorporazione[172]. Ma ciò non sarà necessario nell'ipotesi in cui la società beneficiaria detenga azioni proprie e partecipi all'operazione assegnando queste soltanto ai soci della società scissa[173].

---

[171] Così F. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 930.

[172] Così F. LAURINI, *op. cit.*, p. 928.

[173] In proposito G. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. notar.*, 1991, I, p. 922, afferma che l'aumento del capitale delle società beneficiarie a fronte dell'apporto patrimoniale netto effettuato dalla società scissa, «non è un passaggio sempre obbligato», potendo l'incremento del patrimonio essere imputato, totalmente o parzialmente, a riserva disponibile, «con corrispondente assegnazione ai soci della società scissa invece che di azioni di nuova emissione, di azioni proprie delle beneficiarie (ove queste ne detengano) o dei loro soci e che dovrebbero essere messe a disposizione dei soci della società scissa, secondo le modalità previste dal progetto di scissione». Tutto ciò

La dottrina traslativista ritiene quindi che, non costituendo effetto costante ed ineliminabile della fattispecie, la modificazione dell'atto costitutivo non possa elevarsi al rango di criterio di individuazione della natura giuridica dell'istituto[174].

Si è visto che nella disciplina comunitaria (direttiva Cee 82/891), alla luce della quale va (secondo quanto esplicitamente afferma la dottrina traslativista) analizzata la normativa nazionale, il richiamo ad un effetto estintivo è contenuto nella regolamentazione della scissione (totale o, nel linguaggio della direttiva, «mediante incorporazione»): l'art. 17, paragrafo 1, della direttiva stabilisce che la scissione «produce *ipso iure* e simultaneamente» l'effetto del trasferimento, quello dell'assegnazione delle quote, e quello dell'estinzione della società scissa; l'art. 2, paragrafo 1, definisce la scissione come un'operazione con la quale «una società, tramite uno scioglimento senza liquidazione», trasferisce l'intero suo patrimonio a più società, «mediante l'attribuzione agli azionisti della società scissa di azioni delle società beneficiarie dei conferimenti risultanti dalla scissione» e eventualmente un conguaglio in denaro.

Per i fautori della teoria tradizionale, affermare che la scissione totale costituisce uno scioglimento senza liquidazione della società che si scinde, equivale a dire che la scissione prende il posto della liquidazione: con la conseguenza che, come l'esito della liquidazione è l'estinzione della società che si liquida, così l'esito della scissione totale non potrebbe non essere l'estinzione della società che si scinde.

Se la commissione ministeriale che ha redatto il testo della disciplina della fusione e della scissione introdotta con il d.lgs. del 1991 n. 22 ha deciso di non utilizzare la formula "scioglimento

---

sempre che il fondo azioni proprie acquistate si consideri patrimonio netto (ma la questione è dibattuta).

[174] A tale proposito, si osserva come nella scissione una vicenda modificativa del contratto sociale possa esserci, ma in ogni caso sarebbe un effetto della vicenda traslativa, non la sua causa (cfr. U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 538).

senza liquidazione" con riferimento alla scissione totale (e ciò proprio per evitare di imporre autoritativamente una soluzione al dibattito dottrinale relativo alla natura giuridica della scissione[175]), la riforma del diritto societario del 2003 ha comportato l'introduzione della stessa formula al comma 3 dell'art. 2506 c.c., che stabilisce che «la società scissa può, con la scissione, attuare il proprio scioglimento senza liquidazione, ovvero continuare la propria attività».

Ricostruire l'operazione di scissione in termini di vicenda modificativa dei contratti sociali delle società che vi partecipano significa anche negare l'esistenza di un vero e proprio fenomeno estintivo a carico della società che si scinde. La scissione totale sottrae alla società scissa l'intero patrimonio, e, per questo motivo, non solo ne determina lo scioglimento (se non altro perché non esistono più attività che possano fronteggiare il suo capitale sociale), ma ne costituisce – come espressamente mette in luce la direttiva Cee 82/891 – la liquidazione. Nell'ambito della stessa dottrina modificativista[176] si è affermato che «se parliamo di modifica dell'atto costitutivo non possiamo utilizzare anche il termine *scioglimento* per descrivere l'operazione perché, se così facessimo, saremmo costretti a concludere che la scissione comporta estinzione, essendo lo scioglimento della società il momento iniziale di un procedimento tendente all'estinzione dell'ente societario»[177].

---

[175] F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, cit., p. 885 ss., evidenzia l'imbarazzo della commissione stessa, da lui presieduta, di fronte alla pretesa del legislatore comunitario di parlare di effetto estintivo della scissione, quando non poteva affatto dirsi sicuro se la scissione andasse configurata come una vicenda estintiva-costitutiva o piuttosto semplicemente come un vicenda modificativa dei contratti sociali delle società partecipanti.

[176] E. CUSA, *op. cit.*, p. 40.

[177] Anche F. GALGANO (*Scissione di società*, in *Vita not.*, 1992 p. 510), autorevole sostenitore della tesi modificativa, riconosce che la fusione e la scissione, in aderenza alle disposizioni comunitarie, vadano concepite come forme alternative alla liquidazione per estinguere una società. La sua affermazione è volta a dimostrare che tali operazioni possono intervenire nello stato di liquidazione (sempre che non sia iniziata la distribuzione dell'attivo, come prevede espressamente il legislatore) anche senza il consenso unanime dei soci. Per l'Autore, in questo caso, «non si deve rimettere in

Restando alle disposizioni comunitarie, va evidenziato anche l'art. 19, paragrafo 1, lett. a), della terza direttiva (78/855/CEE), volontariamente non riprodotto dal legislatore nazionale[178], a norma del quale la fusione determina «il trasferimento universale, tanto tra la società incorporata e la società incorporante quanto nei confronti dei terzi, dell'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata alla società incorporante»[179].

Ove si voglia riconoscere una rilevanza di tale norma ai fini dell'esegesi della disciplina nazionale – sul presupposto che le disposizioni che recepiscono la normativa comunitaria vadano interpretate nel senso più conforme a quest'ultima – ne derivano seri problemi di coerenza con l'ordinamento positivo per la tesi modificativa, laddove questa nega un effetto traslativo della fusione che comporta una successione universale[180].

---

fase attiva una società per poterla scindere o fondere, perché la stessa scissione e la stessa fusione altro non sono se non modi di portare ad estinzione la società. Questa è l'impostazione data dalle direttive comunitarie e questa è l'impostazione che si può seguire: la scissione, per parlare in particolare di questa, comporta, rispetto alla liquidazione, questa variante: ai soci alla fine non verrà dato un residuo in denaro, ma verrà dato, invece, un certo numero di azioni o una certa quota avente un certo valore». È evidente che, ancorché formulate relativamente a un problema particolare, queste affermazioni riconoscono il particolare rilievo che le disposizioni comunitarie assumono, dal punto di vista esegetico, così come nell'ambito della tesi traslativa, ai fini dell'individuazione di un effetto estintivo della scissione totale.

[178] Valgono soprattutto per questa disposizione le considerazioni di F. D'ALESSANDRO (*La scissione delle società*, cit.), già sopra ricordate, sul disagio creato alla commissione ministeriale da parte del legislatore comunitario, che appare invadere un campo estraneo alle sue attribuzioni arbitrando l'annosa disputa esistente tra dottrina traslativista e modificativista.

[179] Altre disposizioni della terza direttiva possono assumere rilievo in questo contesto: l'art. 3 definisce la fusione come «l'operazione attraverso la quale una o più società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferiscono ad un'altra l'intero patrimonio attivo e passivo […]»; l'art. 19, paragrafo 1, lett. c) e l'art. 23 stabiliscono che le società incorporate e quelle che partecipano alla fusione propria si estinguono. G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 505, si richiama espressamente a queste disposizioni per giustificare la configurazione della fusione come un'ipotesi di successione universale, affermando che «il "trasferimento universale" è voluto anche dalla direttiva sulla fusione, alla stregua della quale deve oggi essere interpretata la formula utilizzata dall'art. 2504-*bis*, co. 1». Per la definizione della fusione e della scissione come ipotesi di successione universale in base alla disciplina comunitaria, v. anche M. CASSOTTANA e A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2002, p. 98 s.

[180] Cfr. F. DI SABATO, *La nuova disciplina della fusione*, in *Riv. notar.*, 1991, I, p. 917.

Anche la normativa comunitaria più recente presuppone un effetto traslativo nell'ambito delle nostre operazioni: si veda l'art. 14 della direttiva 26 ottobre 2005, n. 2005/56 del Parlamento europeo e del Consiglio CE, ove, le lettere a) dei commi 1 e 2 prevedono rispettivamente che «l'intero patrimonio attivo e passivo della società incorporata è trasferito alla società incorporante» in ipotesi di fusione per incorporazione e che «l'intero patrimonio attivo e passivo delle società che partecipano alla fusione è trasferito alla nuova società» in ipotesi di fusione per unione. Si è in proposito osservato che, ove si accogliesse nell'ordinamento interno la tesi modificativa, si avrebbe un ingiustificato «diverso trattamento per le società di nazionalità italiana a seconda che partecipino a una fusione nazionale o transfrontaliera»[181].

Analogo discorso poteva già farsi, d'altronde, con riferimento al combinato disposto degli artt. 17 e 29 del Regolamento (CE) n. 2157/2000, relativi alla costituzione, mediante fusione, di una Società europea, poiché anche tali disposizioni presuppongono un effetto estintivo-successorio della fusione.

Soprattutto sul terreno della scissione si sono appuntate le critiche alla tesi modificativa, essendosi rilevata la difficoltà di comprendere come un contratto unitario possa scindersi in più contratti[182].

Un'attenta dottrina[183], in proposito, afferma che se sul piano logico può apparire ragionevole che l'unificazione di due contratti sociali sia considerata una semplice modifica degli stessi che arriva ad un punto tale da renderli sovrapponibili (con il risultato che i soci delle due entità fuse si ritrovano ad essere necessariamente soci dell'entità modificata), molto più difficoltoso appare il processo inverso. Anche annullando il concetto di personalità giuridica,

[181] F. MELONCELLI, *op. cit.*, p. 795 ss.

[182] Cfr. C. CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, cit., p. 186, nt. 46.

[183] M. LAMANDINI, *Riflessioni*, cit., p. 518 s.

infatti, risulterebbe poco convincente l'idea che attraverso parallele unificazioni uno stesso contratto sociale «si perpetui (non già in *un* contratto bensì) in … *due o più*». Si evidenzia, infatti, come il contratto sociale che è alla base della società scissa possa certamente modificarsi, così da venire a coincidere con un altro contratto, ma solo nel senso di sovrapporsi al contratto sociale di una delle società beneficiarie (o a quello di entrambe, ma in un unico contratto "finale"); mai, però, con quello di entrambe, dando luogo a più contratti "finali"[184].

Si è visto come, all'interno della teoria modificativa, la tesi di Ferro-Luzzi rappresenti probabilmente il più compiuto sviluppo delle premesse da cui muove l'intera corrente dottrinaria.

Nel confrontarsi con il pensiero dell'illustre Autore, i sostenitori della tesi tradizionale hanno criticato la scelta di negare ogni rilevanza, nel caso di specie, ai meccanismi propri del "sistema a soggetto".

Quando Ferro-Luzzi afferma che nella fusione e nella scissione non c'è nessun trasferimento, egli sottolinea il carattere strumentale della soggettività giuridica nelle società partecipanti all'operazione per evidenziare come i soci della società fusa o scissa possano ancora disporre dei beni di questa e controllarne il patrimonio nelle stesse proporzioni, anche se all'interno della diversa struttura organizzativa delle società beneficiarie (la distinzione tra sistema a soggetto e sistema ad attività si inserisce nel solco della svalutazione del significato della personalità e della soggettività giuridica operata dalla più moderna dottrina). Si è in proposito ritenuto[185] che la modifica dell'organizzazione e la creazione di una

[184] Secondo M. LAMANDINI, *op. loc. ult. cit.* «è il concetto stesso di unificazione che risulta offeso dallo sdoppiamento, dalla doppia e parallela unificazione, dell'originario contratto […]. A maggior ragione appare allora contraddittorio ritenere che un contratto sociale che sopravvive, e per di più spesso inalterato, possa perpetuarsi contestualmente integrandosi in un nuovo contratto sociale. Delle due l'una: o il contratto sociale si modifica e unifica oppure resta separato e inalterato». Cfr. anche F. D'ALESSANDRO, *La scissione di società*, cit., p. 886.

[185] Evidenziato ad esempio da A. MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie*, cit., p. 23 s.

seconda entità produttiva abbia comunque rilievo, perché del patrimonio che forma oggetto dell'operazione i soci della società fusa o scissa (ormai soci delle beneficiarie) potranno disporre solamente attivando le nuove strutture organizzative. «Nel linguaggio del sistema a soggetto, comunemente usato dal legislatore e accolto dagli interpreti, ciò si è soliti esprimere con il concetto di trasferimento da una collettività organizzata all'altra»[186], assumendo le società non già nel senso di organizzazione, bensì in quello di centri di imputazione di rapporti giuridici.

Si è inoltre ritenuto che accogliendo la teoria del sistema ad attività e sostenendo che fusione e scissione non realizzino alcun trasferimento fra quegli unici soggetti che – in questa prospettiva – sarebbero le persone fisiche dei soci, si rischia di adottare una generalizzazione che non sarebbe confermata dalla disciplina positiva: in particolare tale conclusione si è reputata corretta soltanto nell'ipotesi di fusione o di scissione totale a favore di società di nuova costituzione con attribuzione ai soci della società scissa in misura corrispondente all'originaria partecipazione sociale, ritenendosi che nel caso di scissione totale con attribuzione delle quote delle beneficiarie di nuova costituzione in misura non proporzionale all'originaria partecipazione alla società scissa non sarebbe modificata solo l'organizzazione produttiva del patrimonio sociale, ma anche la riferibilità sostanziale di questo[187]. La stessa

[186] A. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 23.

[187] La possibilità che la partecipazione dei soci della scissa alle beneficiarie non sia proporzionale a quella già detenuta nella scissa, sembra aumentare con l'entrata in vigore della riforma introdotte dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Il previgente art. 2504-*octies*, co. 4, c.c., stabiliva che «dal progetto di scissione devono risultare i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie. Il progetto deve prevedere che ciascun socio possa in ogni caso optare per la partecipazione a tutte le società interessate all'operazione in proporzione della sua quota di partecipazione originaria». Veniva quindi prevista la possibilità di una partecipazione dei soci alle beneficiarie non proporzionale a quella che avevano nella scissa, ma questa possibilità poteva realizzarsi soltanto con il consenso dei soci stessi. F. D'ALESSANDRO, *La scissione di società*, cit., p. 878, sottolinea che «è sembrato che una delle funzioni utili del nuovo istituto della scissione potesse essere proprio quello di consentire il … divorzio, ossia la separazione tra soci o gruppi di

osservazione si è fatta per l'ipotesi di scissione in favore di società preesistenti: in questo caso, i soci della società scissa, entrando a far parte delle società beneficiarie, acquistano in misura corrispondente all'entità della loro partecipazione la "titolarità sostanziale" dei beni di queste, e così ai soci della beneficiaria viene in definitiva a riferirsi il controllo dei beni a questa assegnati dalla società scissa.

Sulla base delle superiori considerazioni la dottrina traslativista propone di ricostruire i fenomeni della fusione e della scissione

---

soci non più animati da quella fiducia reciproca o da quello spirito di collaborazione necessari per esercitare in comune un'attività di impresa. […] La soluzione da noi proposta è che la separazione possa essere solo … consensuale, ossia che la scissione non possa assumere il significato di un ripudio». Il nuovo art. 2506-*bis*, co. 4, c.c., invece, prevede che «[…] qualora il progetto preveda una attribuzione delle partecipazioni ai soci non proporzionale alla loro quota di partecipazione originaria, il progetto medesimo deve prevedere il diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto». Il dissenso del socio alla attribuzione di partecipazioni non proporzionali a quelle originarie, non sembra più in grado di stravolgere la divisione della compagine sociale che si voleva realizzare con l'operazione, perché questi non può più imporre per sé una partecipazione proporzionale, ma può soltanto pretendere di uscire dalla società facendo acquistare le proprie partecipazioni. Sulla scissione non proporzionale v., diffusamente, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 24 ss., la quale rileva, a p. 25, che ove l'obiettivo perseguito con la scissione «sia non soltanto quello della divisione o disaggregazione del patrimonio della società, ma altresì quello della divisione della compagine sociale (c.d. scissione in senso soggettivo), si adotterà un criterio non proporzionale di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie». Va inoltre evidenziato che, in conseguenza delle riforme introdotte con il d.lgs. n. 6 del 2003, il nuovo art. 2506, co. 2, seconda parte, c.c. stabilisce che «è consentito […] che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni della società scissa». Tale previsione, evidentemente, può comportare modificazioni degli equilibri esistenti all'interno della compagine sociale in relazione alla riferibilità sostanziale del patrimonio oggetto dell'operazione. Sottolinea in proposito O. CAGNASSO, *sub* art. 2506 c.c., in *Il nuovo diritto societario*. Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Vol. ***, Bologna, 2004, p. 2359, che la norma da ultimo esaminata «modifica in parte il "volto" dell'operazione, consentendole di arricchire il proprio carattere "polifunzionale". La scissione permette, pertanto, alla luce dell'innovazione introdotta, non solo di frazionare il patrimonio di una società e di modificare l'"imputazione" in senso sostanziale del medesimo (attribuendo le partecipazioni nelle beneficiarie in modo non proporzionale) ma anche di modificare la stessa compagine sociale della società scissa». Sul tema della scissione "asimmetrica", v. più avanti nel testo i paragrafi "Le posizioni dottrinali intermedie" e "La volontà alla base del trasferimento del patrimonio e il ruolo dei soci".

nella prospettiva del sistema a soggetto. Si ritiene, in particolare, che se è certamente condivisibile che sotto il profilo economico-funzionale le nostre operazioni abbiano come oggetto e come fine ultimo la riorganizzazione dell'attività, sarebbe però altrettanto vero che dal punto di vista giuridico-strutturale tale obiettivo viene perseguito incidendo sulla società intesa come soggetto di diritto e sul suo patrimonio anche secondo dinamiche di tipo traslativo[188].

Quanto al fondamento delle scissioni, poi, si è ritenuto[189] che se l'elemento che caratterizza tali operazioni fosse esclusivamente quello "strutturale", consistente, nelle scissioni, nella «separazione/aggregazione di beni e attività organizzate, che "trasmigrano" (con il loro substrato partecipativo) verso nuove ipotesi di combinazione», allora la scissione, in particolare quella parziale, se così intesa, difficilmente potrebbe lasciare un residuo spazio di configurabilità alla tradizionale fattispecie del conferimento d'azienda, di un ramo di essa o di elementi del patrimonio da parte di una società a favore di un'altra società, già esistente o neocostituita. Questo perché l'elemento "strutturale" (che, nella elaborazione di Ferro-Luzzi, è l'unico da considerare nell'inquadramento dogmatico della scissione) sarebbe identico in entrambe le operazioni, collocandosi invece la differenza tra la scissione e l'altra operazione essenzialmente a livello di soggetti.[190].

---

[188] Così G. BAVETTA, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, cit., p. 350 ss.

[189] M. LAMANDINI, *Riflessioni*, cit., p. 521 ss.

[190] In un caso il trasferimento della struttura comporta una traslazione delle partecipazioni originariamente esistenti nella società scissa in quelle beneficiarie, nel secondo caso le partecipazioni delle società beneficiarie vanno direttamente a vantaggio della società conferente (e non dei soci di questa). Partendo dalla ricostruzione oggettiva proposta da Ferro-Luzzi, a parere della dottrina traslativista questa diversità di regime non si riuscirebbe a giustificare, poiché il solo dato che, in base a tale ricostruzione, è rilevante (e cioè il "passaggio" di beni organizzati dall'una all'altra struttura organizzativa), è assolutamente comune ad entrambe: quindi, il regime del conferimento (o scorporo) non si spiegherebbe più, perché anche in tale operazione, se si guardasse al solo elemento oggettivo, le partecipazioni dovrebbero subire lo stesso effetto traslativo. Si dovrebbe perciò arrivare all'assurdo di configurare l'inammissibilità, a seguito dell'introduzione delle scissioni parziali, di operazioni di conferimento tra società che non siano finalizzate a far entrare il bene nell'organizzazione, ma a farlo "trasmigrare" da organizzazione a organizzazione.

Alla base della tesi di Ferro-Luzzi e, più in generale, delle elaborazioni di quegli Autori che negano l'esistenza di un fenomeno traslativo nelle operazioni di fusione e scissione[191], c'è, come si è visto, l'idea, mutuata dagli studi sulla fusione, per la quale la fusione si risolverebbe in una modifica dei contratti sociali, realizzando la prosecuzione dei rapporti di partecipazione che fanno capo ai soci delle società estinte nella società incorporante o risultante dall'operazione; l'integrazione della fattispecie di fusione o di scissione comporta, secondo questa lettura dei due istituti, una modifica, in primo luogo oggettiva, del contratto che disciplina la partecipazione, «giacché significa l'inserimento del rapporto nell'ambito di un'organizzazione sociale avente una diversa disciplina»[192]. Tale opinione, si è detto, risulta ispirata alla c.d. concezione normativa della persona giuridica, perché ha alla base la negazione di una sostanziale distinzione tra la società, intesa come autonomo soggetto di diritto, e le persone dei soci che la compongono[193]. Quando si afferma che la fusione e la scissione non

---

Cfr. M. MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano*, cit., p. 755 s., che tratta dell'ipotesi di scorporo in seguito al quale si costituisca una nuova società: l'Autore sostiene che la mancata considerazione dell'istituto del conferimento nell'ambito della disciplina relativa a trasformazione, fusione e scissione di società non ne fa venir meno la liceità, data la previsione di una fattispecie omologa, quale la scissione, e l'identità di problemi da essa sollevati. Secondo l'Autore, inoltre, non ha rilevanza giuridica la diversa destinazione, nei due casi, delle partecipazioni emesse a fronte della costituzione della nuova società. «Il fatto che queste entrino a far parte del patrimonio della società scorporante, e non di quello personale dei singoli soci, costituisce un modo alternativo di soddisfare un preciso interesse comunque meritevole di tutela: l'interesse dei soci alla creazione di un nuovo organismo societario, derivato dalla preesistente società, sul quale essi possano esercitare un controllo indiretto, pel tramite della società scorporante, e non, come avverrebbe in ipotesi di scissione, attraverso la detenzione della relativa partecipazione».

[191] V. soprattutto A. SERRA, *Scissione e modificazioni del contratto sociale*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, II, Milano, 1992, p. 676 ss.

[192] Lo ha affermato, come ricorda U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 529, C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, cit, p. 68.

[193] E v. infatti F. GALGANO, (da ultimo in) *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, p. 528, per il quale, alla configurazione (modificativista) del fenomeno della scissione da lui proposta «si può pervenire solo se si cessa di considerare la fusione come vicenda alla quale più società partecipano

realizzano alcuna vicenda traslativa tra le società che vi partecipano, ma solamente una modificazione dei contratti sociali, si ammette implicitamente che le società, come in genere le persone giuridiche, non sono come le persone fisiche veri soggetti di diritto, ma «ipostatizzazione di discipline di attività e beni comuni a più persone fisiche»: «significa spostare la teoria della persona giuridica dalla teoria del soggetto alla teoria dell'oggetto della norma giuridica»[194].

La tesi di chi contesta che la fusione e la scissione diano luogo ad una vicenda traslativa è quindi in genere avversata da chi non condivide il concetto di persona giuridica che ne è alla base, rifiutando di parlare di persona giuridica in termini di disciplina di attività e beni comuni a più persone fisiche (non in termini di centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive).

Si osserva quindi che «la tendenza a svuotare di significato il concetto di persona giuridica si risolve […] nel disconoscere quello che è il fenomeno sociale degli enti giuridici, cioè il dato di esperienza che tali enti […] agiscono come unità aventi ciascuna una propria identità ed un proprio ruolo»[195], in quanto «organizzazioni unitarie dotate di propria capacità [che] diventano centri operativi destinatari di posizioni giuridiche che non sono ascrivibili a singole persone fisiche»[196]. Così, anche volendo ammettere che la società non sia altro che una formula linguistica utile per descrivere l'imputazione di situazioni giuridiche soggettive[197] che fanno pur sempre capo ad una collettività organizzata di individui, ciò «non

---

quali soggetti di diritto o "persone"; se la si considera, piuttosto, come vicenda alla quale prendono parte gli originari contraenti delle società partecipanti alla fusione».

[194] U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 530.

[195] F. DIMUNDO, *sub* art. 2504-*bis* c.c., cit., p. 837.

[196] C. M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 326.

[197] Come afferma esplicitamente, *post* riforma del diritto societario, E. CIVERRA, *La fusione come fenomeno successorio*, cit., p. 199, secondo cui «con l'espressione "persona giuridica" non si opera una duplicazione dei soggetti di diritto e la creazione artificiale di un doppione dell'uomo, ma si vuole indicare, in maniera riassuntiva, l'applicabilità a certi enti di una peculiare disciplina che in parte deroga a quella comune e generale prevista per i consociati-persone fisiche».

impone di negare che, ad esempio, la collettività organizzata Alfa sia altro dalla collettività organizzata Beta» poiché qui è «in gioco [...] il principio logico di identità, non quello normativo di soggettività giuridica»[198].

[198] A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1045, così citato da F. DIMUNDO, *sub* art. 2504-*bis* c.c., cit., p. 837.

2.8. – Qualche riflessione sull'approccio "modificativista" del legislatore della riforma del diritto societario.

Si vuole di seguito chiarire quella che si ritiene essere la rilevanza delle disposizioni introdotte dalla riforma del diritto societario che sono state valorizzate dagli interpreti nel dibattito sulla natura giuridica della fusione e della scissione.

Va in primo luogo precisata l'effettiva portata della sostituzione, avvenuta con la riforma del 2003, del termine "assegnazione" al termine "trasferimento" nel corpo dell'art. 2506 c.c., che disciplina le forme di scissione.

Si è rilevato che la modifica in esame sembra voler offrire «una stampella normativa alla tesi della natura semplicemente organizzativa e non traslativa dell'istituto» della scissione[199].

La scelta del legislatore della riforma può apparire un vera e propria presa di posizione nell'ambito del dibattito dottrinale sulla natura giuridica degli istituti in commento[200], in specie ove la modifica ora esaminata venga accostata a quella, in tema di fusione, che ha portato all'eliminazione del riferimento all'estinzione delle società partecipanti o incorporate (art. 2504-*bis*, c.c.)[201].

---

[199] 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 capitali,* in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 701 ss., *ivi* p. 718.

[200] Si vedano le già sopra riferite considerazioni in proposito di P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda,* cit., p. 445 s. Cfr. anche G. SCHIANO DI PEPE, *sub* art. 2506 c.c., in *Società di capitali,* Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 2001, il quale sottolinea comunque l'incerto significato della locuzione «assegna» adoperata dal legislatore.

[201] Il principio espresso dal vigente art. 2504-*bis* c.c. – secondo cui la società incorporante, ovvero risultante dalla fusione, prosegue in tutti i rapporti, anche processuali, che facevano capo, anteriormente alla fusione, alle diverse società partecipanti (incorporate o fuse) – non è espressamente richiamato dal legislatore in tema di scissione: si ritiene in proposito di accogliere il rilievo (formulato da G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni,* cit., p. 200 s.) che l'omissione in esame deve intendersi «come il frutto di una svista, o di un difetto di coordinamento redazionale, probabilmente derivante dall'uso non troppo accorto della tecnica del rinvio […]; per cui non sarebbe possibile

Con specifico riguardo alla variazione terminologica in tema di scissione è da rilevare come la stessa si colleghi ad una problematica fondamentale in relazione al presente lavoro.

Il paragrafo 14 della Relazione alla riforma così motiva la scelta lessicale: «da un punto di vista terminologico si è ritenuto opportuno in tema di scissione caratterizzare i suoi riflessi sui beni in termini di "assegnazione" e non di "trasferimento". Ciò anche al fine di chiarire, come riconosciuto da giurisprudenza consolidata, che nell'ipotesi di scissione medesima non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni (ad esempio relative alla situazione edilizia degli immobili)».

Pare evidente come la modifica in esame, se letta alla luce del passo della Relazione ora riportato, risulti volta a chiarire questioni di ordine pratico (questioni di cui ci si occuperà nel prosieguo del presente lavoro e che, come si vedrà, avrebbero dovuto risolversi nel senso voluto dalla riforma anche nel vigore della previgente disposizione) piuttosto che ad attribuire il crisma della normatività alla teoria modificativista[202].

E comunque, è stato osservato[203], l'impostazione di cui alla Relazione alla riforma pare tradire un eccesso di fede nella "magia delle parole", sembrando invero arduo ipotizzare di risolvere uno dei problemi più delicati della materia in esame (l'applicabilità o meno alla scissione delle regole che governano il trasferimento dei beni)

---

attribuire a quel mancato richiamo il significato di una negazione (implicita) del principio della continuità dei rapporti contrattuali nella scissione: negazione che, oltre tutto, segnerebbe una profonda, radicale diversità del nostro istituto rispetto a quello contiguo della fusione, smentendo così l'esistenza di quei tratti essenziali comuni, i quali da un lato traspaiono dalla disciplina rispettivamente enunciata nella III e nelle VI direttiva comunitaria di armonizzazione del diritto societario; dall'altro costituiscono, in ambito interno, l'unica giustificazione di una disciplina per molti versi […] comune».

[202] Rileva G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 110, come la Relazione alla riforma lasci trasparire «la consapevolezza del legislatore che il mutamento apportato alla nozione precedente di scissione attiene alla terminologia, al piano cioè delle scelte linguistiche e lessicali, ed è finalizzato allo scopo di sgombrare il terreno da una certa ricostruzione degli effetti del fenomeno considerato (precisamente dei suoi riflessi sui beni e sulla loro circolazione)».

[203] G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 110.

attraverso una semplice modifica terminologica e, attraverso la medesima modifica terminologica, negare l'esistenza di alcun fenomeno circolatorio nella scissione[204].

Deve in proposito condividersi la premessa metodologica secondo la quale «sarebbe vano cercare nella nozione enunciata un tempo nell'art. 2504-*septies* c.c. v.t., ed ora nell'art. 2506, il fondamento positivo dell'una o dell'altra ricostruzione del fenomeno esaminato, dovendo invece quel fondamento essere ricercato nel complesso delle disposizioni onde il fenomeno stesso è disciplinato»[205], ciò che vale soprattutto in una esperienza giuridica come la nostra, nella quale è tradizionalmente affidato all'interprete, e non al legislatore, il compito di inquadrare sistematicamente la disciplina positiva tramite le classificazioni dogmatiche e la costruzione delle categorie concettuali[206].

---

[204] Si è poi osservato che, essendo, come sopra rilevato, la nozione comunitaria di scissione imperniata sul verbo trasferire e sul concetto di trasferimento, la scelta lessicale del legislatore della riforma pare criticabile sotto il profilo della fedeltà al diritto comunitario, anche a prescindere dall'effettiva portata interpretativa della scelta medesima: v. G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 145 ss.; *contra*, C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 6, secondo cui «né il legislatore italiano né l'interprete sono tenuti a conformarsi alla configurazione dogmatica circa il fondamento dell'istituto» data dal legislatore comunitario.

[205] G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 122, la quale richiama anche P. LUCARELLI, *La scissione di società*, cit., p. 71 ss. e G. CABRAS, *La scissione delle società*, cit., c. 267 ss. ed aggiunge che «né è sostenibile che basti l'uso di una determinata formula linguistica in luogo di un'altra ad avallare l'una o l'altra qualificazione giuridica di un determinato fenomeno tipologico, e perciò ad evocare, o al contrario ad escludere, l'applicazione ad esso dell'una o dell'altra disciplina». D'altronde, come osserva T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 87, «se prima della riforma del diritto societario i sostenitori della tesi dell'articolazione organizzativa consideravano irrilevante la circostanza che la nozione legislativa di scissione ruotasse intorno al concetto di "trasferimento", dopo la riforma – in via del tutto speculare – i sostenitori della tesi traslativa ritengono irrilevante che la nuova nozione di scissione sia imperniata sul concetto di "assegnazione"».

[206] Cfr. sempre SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 122, la quale osserva altresì, a p. 123, nota 266, come appaia significativa la circostanza che nei manuali e nei commentari immediatamente successivi all'emanazione della riforma del diritto societario non venga dedicata particolare attenzione al mutamento lessicale in esame (cfr., tra gli altri citati dall'Autrice, G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2003, p. 366; F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, cit., p. 336).

In ogni caso, come si è rilevato nei primi commenti successivi alla riforma, «l'uso del verbo "assegnare" finisce [...] per non essere risolutivo, in quanto l'assegnazione comporta pur sempre un trasferimento del patrimonio»[207]

Ed allora, la formula utilizzata dal legislatore del 2003 lascia irrisolto il problema da cui si è partiti, giacché non esclude l'esistenza di un'attribuzione patrimoniale (né, come detto, ritengo

[207] P. A. SPITALERI, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 489, la quale osserva come l'uso del termine assegnazione «crea ambiguità e porta, inoltre, a ritenere che sia la società scissa a disporre l'assegnazione delle azioni o quote delle società beneficiarie ai suoi soci, conduce in breve ad un vero paradosso giuridico». L'Autrice, nel ritenere che il legislatore della riforma non abbia preso posizione sulla natura giuridica della scissione, afferma esplicitamente che, nonostante la sostituzione della locuzione trasferimento con la locuzione assegnazione, non possa negarsi il fatto che «l'operazione di scissione comunque comporta un cambio di titolarità nell'intestazione delle poste patrimoniali». Pare accogliere il rilievo dell'Autrice O. CAGNASSO, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 2356, nt. 1. Su posizioni analoghe sembra anche M. PERRINO, *La riforma*, cit., p. 516. In senso conforme, v. anche l'edizione *post* riforma del diritto societario del 2003 del manuale di G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 12ª ed., Milano, 2006, p. 489, ove, affermata l'esistenza di spostamenti patrimoniali in conseguenza dell'operazione di scissione, la scelta del termine "assegnazione" viene interpretata come volta ad evidenziare il rilievo del significato organizzativo della vicenda, comunque prevalente, nella configurazione dell'istituto, sulla pur presente vicenda traslativa. Rileva A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1028 come «nell'indagine sulla norma [di cui all'art. 2506 c.c.] un punto appare fermo: *la modifica testuale non introduce elementi di reale novità nella fattispecie della scissione*». Secondo G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 110 s., «che la scissione comporti un mutamento nell'imputazione dei diritti e dei rapporti è innegabile; e ciò è sufficiente a porre all'interprete il problema, non risolvibile semplicemente attraverso l'utilizzo di una piuttosto che di un'altra espressione linguistica, di individuare la disciplina di tale mutamento di imputazione: le regole, cioè, onde è governato il passaggio dei beni, dei diritti, dei rapporti giuridici, da un centro d'imputazione ad un altro». Rileva altresì l'Autrice (p. 111 s., nota 128) come il concetto di "trasferimento per (mediante) scissione" si rinvenga in alcune disposizioni di legge successive al d.lgs. n. 22 del 1991 quali ad esempio l'art. 57, comma 4, del d.lgs. n. 385 del 1993, contenente il t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia, secondo cui i privilegi conservano, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione, la loro validità ed il loro grado a favore della banca beneficiaria del trasferimento per scissione. Riferimenti al concetto di trasferimento si trovano nella disciplina tributaria della scissione, non solo nella versione immediatamente successiva alla emanazione del d.lgs. n. 22 del 1991, ma anche in quella attualmente in vigore, non modificata dalla riforma del diritto societario: si veda in proposito l'art. 173, commi 4, 5 e 12 del t.u.i.r. Apprezza la scelta del termine "assegnazione" P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, cit., p. 448, per la quale «a coloro che si stupiscono di fronte all'uso di un termine non giuridico in senso tecnico, è immediato rispondere che la nozione attuale di scissione si distingue con estrema chiarezza per il suo carattere neutrale sul piano definitorio, al punto che sarebbe configurabile alla stregua di una *non-definizione*».

avrebbe potuto farlo con un semplice intervento lessicale) ma anzi – sul piano letterale - parrebbe confermarla, senza nulla dire in merito al titolo giuridico dell'attribuzione[208].

Neanche la modifica in tema di fusione, nonostante il contrario avviso delle più volte citate Sezioni Unite della Suprema Corte, pare fornire un sicuro fondamento normativo alla tesi modificativa.

Invero, anche secondo parte della dottrina che ha analizzato la riforma del 2003, la sostituzione dell'espressione «società partecipanti alla fusione» a quella «società estinte» evidenzierebbe l'adesione del riformatore alla teoria modificativa[209].

---

[208] Cfr. 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 capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 718.

[209] Così M. E. SALERNO, *sub* art. 2504-*bis* c.c., in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 458 ss.; M. TAMBURINI, *sub* art. 2501 c.c., in *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di A. Maffei Alberti, Vol. IV, Padova, 2005, p. 2513; A. RICCIO, *La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 587 ss.; v., altresì, C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 41 ss., secondo il quale (p. 45) «il legislatore del 2003 ha inteso sottolineare che la fusione non è diretta alla definizione dei rapporti sociali: le determinazioni volitive che le società manifestano non hanno ad oggetto, infatti, né la definizione, né un trasferimento di rapporti e, tanto meno, esauriscono la loro portata con riferimento ai soli rapporti delle società incorporate o fuse». Cfr. anche F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005, p. 15, per il quale la modifica lessicale «senza dubbio rafforza la teoria della natura modificativa della fusione». Per L. LAMBERTINI, *sub* art. 2504-*bis* c.c., in *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, a cura di Abate, Dimundo, Lambertini, Panzani e Patti, Milano, 2003, p. 483, la novellata formulazione della disposizione «potrebbe essere di conforto» alla tesi modificativa. V. anche, in termini più sfumati, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, p. 527. Secondo E. CIVERRA, *La fusione come fenomeno successorio*, cit., p. 200, la modifica terminologica in esame confermerebbe la preesistente natura modificativa della fusione, già *ante* riforma desumibile dall'ordinamento: «l'eliminazione del termine "estinte" non deve trarre in inganno e far pensare che sia insita in questa riformulazione una presa di posizione del legislatore favorevole alla tesi modificativa in opposizione alla precedente disciplina incline a considerare nella fusione una vicenda successoria. La soppressione del termine estinte, piuttosto, si iscrive nel solco dell'esigenza di precisazione – e non di innovazione – dell'operazione di fusione presente nella legge delega n. 266/2001». Sul tema v. anche B. QUATRARO e G. QUATRARO, *La fusione e la scissione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, a cura di Ambrosini, II, Torino, 2005, p. 164.

La tesi non pare pienamente convincente: si rileva in proposito che «la modifica nell'art. 2504-*bis* del vecchio riferimento alle "*società estinte*" con quello alle società "*partecipanti alla fusione*", i cui diritti ed obblighi assume la società all'esito dell'operazione, non sembra possa essere sopravvalutata, al punto da vedervi una sorta di presa di posizione legislativa in merito alla natura stessa della fusione, la quale ne attesti l'appartenenza al novero delle vicende societarie modificative e non estintive. Una simile conclusione parrebbe infatti sinceramente eccessiva (così come, per le stesse ragioni, sembra inutile la suddetta modifica lessicale), per chi ricordi come già per Ferri la lettura della fusione come vicenda di modificazione statutaria non si opponesse affatto alla presa d'atto del compresente profilo estintivo della stessa vicenda, anzi si conciliasse necessariamente con esso, purché si avesse cura di distinguere fra modificazione del vincolo sociale ed estinzione della società come soggetto di diritto; o, come anche più di recente si è scritto, fra vicenda estintiva e/o costitutiva della società *come ente* e solo modificativa della società *come rapporto*»[210].

Anche con riferimento alla modifica lessicale intervenuta in tema di fusione non può poi omettersi di osservare l'insufficienza di una interpretazione meramente letterale dell'art. 2405-*bis*, co. 1, c.c. per escludere l'effetto estintivo-successorio della fusione, giacché «il fatto di basarsi solo sull'interpretazione letterale di una singola

[210] M. PERRINO, *La riforma*, cit., p. 527; ID, *sub* art. 2501 c.c., in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1936 (e, per ulteriori spunti, ID, *sub* artt. 2504 – 2504-*ter* c.c., in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1977). Per l'esposizione della tesi di Giuseppe Ferri, v. *infra*, il par. 3.2. "La fusione come compenetrazione di un gruppo sociale in un altro gruppo sociale che determina una successione universale per atto tra vivi". Esprime dubbi sul significato della innovazione legislativa in commento O. CAGNASSO, *sub* artt. 2504 – 2504-*quater* c.c., in *Il nuovo diritto societario*. Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Vol. ***, Bologna, 2004, p. 2342. Da ultimo, v. anche le perplessità di S. MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 788, il quale rileva che «la riforma della disciplina della fusione non è stata univocamente intesa a ritenere superato il passato orientamento» traslativista.

disposizione normativa forse non è sempre sufficiente e non sempre dà garanzia di assoluta sicurezza, specie se, come nel caso in esame, il tema è già noto per essere piuttosto controverso, almeno in dottrina»; ed infatti, come accade in tema di scissione, «da un lato, quando la formula normativa faceva espresso riferimento alla [...] estinzione, non mancavano le opinioni dottrinali orientate a sminuirne la portata, fino al punto di considerarla inutile o fuorviante e, comunque, di ignorarla, e [...], dall'altro lato, ora che il vigente art. 2504-*bis*, comma 1, c.c. omette di specificare che le società [...] si estinguono, non mancano le posizioni dottrinali favorevoli a ritenere che l'estinzione si produce, anche se non è espressamente enunciata»[211]. Parrebbe quindi corretto che, ai fini della soluzione del problema in esame, l'interprete tenesse conto non solo della specifica disposizione di cui all'art. 2504-*bis*, co. 1, c.c., ma anche «di tutte le altre formule presenti nella normazione dell'ordinamento giuridico che con quella possono connettersi e, poi, estendere, in un'ottica sistematica e teleologica, la propria attenzione a tutti gli altri aspetti della norma, diversi da quelli meramente strutturali-letterali»[212].

La pronuncia delle Sezioni Unite dell'8 febbraio 2006 (come le pronunce delle sezioni semplici che l'hanno seguita) ha posto la teoria modificativa alla base della statuizione del principio per cui la fusione di società non comporta l'interruzione del processo.

Anche a non voler tener conto delle posizioni interpretative che già hanno ritenuto la compatibilità della modifica in esame con l'inquadramento della fusione nell'ambito dei fenomeni traslativi[213], va notato che la necessità di applicare il disposto dell'art. 300 c.p.c.

---

[211] Le parole fra virgolette sono di F. MELONCELLI, *op. cit.*, p. 795 ss.

[212] F. MELONCELLI, *op. cit.*, p. 795 ss. Critica la rilevanza a fini esegetici del mero dato letterale della disposizione in esame anche F. CORSINI, *La fusione societaria non è più causa di interruzione del processo*, cit., in *RDS*, 2, 2007, p. 157

[213] V. i già citati M. PERRINO, *La riforma*, cit., p. 527 s. e F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, cit., p. 428, cui *adde* G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*[2]. *Le società*, Bologna, 2005, p. 338.

era da vedersi, nel previgente contesto normativo, come la logica conseguenza dell'assimilazione dell'estinzione della società fusa ad una successione *mortis causa*.

Ebbene, al più potrebbe dirsi che la modifica dell'art. 2504-*bis*, co. 1, c.c. fornisce un argomento utile a confutare la tesi che equipara la successione da fusione alla successione a causa di morte; tale modifica non è invece in grado di scalfire il rigore della tesi che vede la successione da fusione come un'ipotesi di successione universale *inter vivos*, e alla quale può ragionevolmente ritenersi applicabile una disciplina processuale diversa da quella di cui all'art. 300 c.p.c., relativa alla morte delle parti processuali.

In proposito, si concorda con l'opinione di coloro i quali hanno rilevato come il meccanismo dell'interruzione del processo possa trovare applicazione soltanto con riferimento all'estinzione delle persone fisiche e non anche a quella delle persone giuridiche, giacché «l'esigenza di ricorrere al meccanismo interruttivo sorge soltanto in presenza di fattori che non sono riconducibili a comportamenti umani volontari, bensì a cause del tutto estranee alla libera determinazione dei soggetti colpiti»[214], ciò che non accade nel caso di fusione e di scissione.

---

[214] D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002, p. 219; l'Autore ha ribadito successivamente la tesi in *Fusione societaria e successione nel processo senza pause*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1090 ss. Esprimono la medesima opinione anche B. IANNIELLO, *Fusione per incorporazione: gli effetti estintivi dell'operazione impongono l'interruzione del processo*, in *Le società*, 2006, p. 49 e F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione* cit., p. 471; ID, *sub* art. 2504-*bis* c.c., in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Milano, 2006, p. 839 ss.; A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1069 ss.; M.M. GAETA, *La fusione per incorporazione non è vicenda interruttiva del processo*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Dir. fall.*, 2007, II, p. 407; S. MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 798 s.; F. MELONCELLI, *op. cit.*, p. 795 ss.; F. CORSINI, *La fusione societaria non è più causa di interruzione del processo*, cit., in *RDS*, 2, 2007, p. 157. In giurisprudenza, v. Trib. Livorno, 5 dicembre 2000, su *internet* alla pagina *www.federnotizie.org/2001/genn/goa.htm*. Sulla *ratio* sottesa alla disciplina delle ipotesi di interruzione del processo civile, coincidente con l'esigenza di salvaguardare l'effettiva integrità del contraddittorio, v., fra gli altri, A. SALETTI, *Interruzione del processo*, in *Enc. giur.*, vol. XVII,

Va segnalato che, fondando la soluzione processuale qui condivisa sulla modifica intervenuta nella formulazione dell'art. 2504-*bis* c.c., la pronuncia delle Sezioni Unite ha sollevato il problema[215] della portata innovativa o meno dalla modifica introdotta dalla riforma del diritto societario: in particolare, nel fare riferimento alla *nuova* formulazione dell'art. 2504-*bis* c.c., pur richiamando al contempo l'opinione già da prima condivisa dalla prevalente dottrina, sorge il dubbio se le Sezioni Unite abbiano aderito al pensiero di chi assegna valenza innovativa all'intervento del riformatore (con ciò escludendo che tale intervento possa concernere situazioni processuali pregresse) o, al contrario, di chi scorge nella modifica testuale della norma in commento una volontà d'interpretazione autentica, in quanto tale in grado di spiegare i propri effetti anche per il passato[216].

Deve rilevarsi in proposito che le pronunce della Suprema Corte che hanno seguito la pronuncia in commento, nell'affermare che «la fusione non è *più* [corsivo mio] configurabile come un evento da cui consegua l'estinzione della società incorporata»[217], e che «la fusione, quindi, *diventa* [corsivo mio] una mera modifica che lascia sopravvivere tutte le società partecipanti alla fusione, sia pure con un nuovo assetto organizzativo reciprocamente modificato, e senza alcun effetto successorio ed estintivo»[218], parrebbero aver riconosciuto una portata innovativa alla modifica legislativa. Anche se, va osservato, le stesse pronunce continuano a far riferimento a "chiarimenti" e a "precisazioni" forniti dal legislatore della riforma.

Roma, 1989, p. 1 ss. e C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2003, p. 341 ss.

[215] Problema evidenziato da R. RORDORF, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, cit., 1739.

[216] Per la prima tesi v. M. TAMBURINI, *sub* art. 2504-*bis* c.c., cit., p. 2558; e F. MELONCELLI, *op. cit.*, p. 795 ss.; per la seconda tesi v. A. RICCIO, *La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 485 e E. CIVERRA, *La fusione come fenomeno successorio*, cit., p. 200.

[217] Cass., 23 gennaio 2007, n. 1476, cit.

[218] Cass., 23 giugno 2006, n. 14526, cit.

Nello stesso senso pare Tar Lazio-Roma, Sez. III *ter*, 17 luglio 2007, n. 6500, cit., che ha ricondotto la necessità di affermare la natura meramente «evolutivo-modificativa» della fusione alla «nuova formulazione dell'art. 2504 *bis* del c.c. (introdotta dal d.lgs. 17/1/2003, n. 6)».

Esplicita nel senso della portata innovativa della riforma è una recentissima pronuncia della Suprema Corte[219] la quale, nel ribadire la massima delle Sezioni Unite per cui il legislatore della riforma ha «(definitivamente) chiarito che la fusione tra società, prevista dall'art. 2501 c.c. e segg., non determina, nella ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria; ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione», afferma che «Nel caso di specie, tuttavia, non trovano applicazione le disposizioni richiamate, risalendo la fusione per incorporazione ad epoca precedente la modifica legislativa degli effetti della stessa».

Più che le modifiche lessicali cui si è finora fatto riferimento, altri dati normativi introdotti dalla riforma possono essere valorizzati nel dibattito relativo alla natura giuridica della fusione e della scissione.

Si tratta però di dati di segno opposto tra loro.

Da un lato, in senso "modificativista", come detto, ai sensi del novellato art. 2502, comma 1, c.c. (dettato in tema di fusione e applicabile anche alla scissione in forza del rinvio contenuto nell'art. 2506-*ter*, comma 5, c.c.), per le società di capitali l'approvazione della delibera di fusione (o di scissione) avviene secondo le norme previste «per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto»[220].

[219] Cass., 22 agosto 2007, n. 17855 cit.

[220] In termini più generali, e quindi al di là dello specifico riferimento al dibattito circa la natura giuridica della fusione e della scissione, una conferma normativa dell'esigenza di «impostare i problemi delle società come problemi dell'organizzazione e dell'attività d'impresa e non soltanto

Dall'altro lato, la riforma del 2003, come è stato osservato[221], ha contribuito a indebolire uno degli argomenti posti alla base della teoria modificativa. Si è sopra ricordato, nell'esporre la tesi, che la dottrina modificativista ha fatto leva sulla circostanza che, mentre in caso di trasformazione il codice del 1942 attribuiva al socio il diritto di recesso, l'*exit* non era invece accordato in caso di fusione (né in caso di scissione), derivando da ciò come il legislatore avesse considerato la fusione (e la scissione) come fenomeno meno grave, dal punto di vista degli effetti, della trasformazione, e perciò impossibile da ricondurre, per esigenze di coerenza sistematica, ad una vicenda estintivo-successoria.

Ebbene, se è vero che con riferimento alle società per azioni la disciplina oggi vigente continua a riconoscere il diritto di recesso dei soci soltanto in caso di trasformazione, per quanto riguarda le società a responsabilità limitata e le società di persone la regola oggi in vigore è diversa (e si vedano in proposito i vigenti artt. 2473, 2502, co. 1 e 2500-*ter*, co. 1, c.c.). Da ciò si è argomentato che «in base alla nuova disciplina, non sembra quindi più corretto desumere dall'analisi della disciplina del recesso, come facevano i fautori delle teorie modificativiste, che la fusione, in quanto considerata legislativamente meno grave di una vicenda modificativa quale la trasformazione, non potrebbe allora essere intesa – per intuitive ragioni di coerenza logica – come vicenda estintivo-successoria»[222].

---

della «società» tra i soci» (così superando la logica del sistema a soggetto) si ritrova nelle disposizioni introdotte dalla riforma del diritto societario studiate da C. ANGELICI, *Introduzione*, cit., p. 6 ss. (ID, *Società, persona e impresa*, cit., p. 333 ss.), alla cui ampia trattazione si rinvia.

[221] F. DIMUNDO, *sub* art. 2504-*bis* c.c., cit., p. 835 ss.

[222] F. DIMUNDO, *sub* art. 2504-*bis* c.c., cit., p. 836 s. Circa la valenza sistematica della disciplina del recesso con riferimento alla fusione, v. G. FERRI *JR* – G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 233 ss.

2.9. - Le posizioni dottrinali intermedie.

Si è visto come sia la tesi tradizionale che quella modificativa siano state oggetto di numerose critiche.

Potrebbe ritenersi che gran parte delle menzionate critiche avrebbe potuto evitarsi se ciascuna delle due tesi non si fosse irrigidita nei propri schemi concettuali.

La tesi traslativa, in particolare, ha perso di vista il dato fondamentale della continuità nel rapporto sociale in seguito all'operazione di fusione o scissione, arroccandosi sull'idea che la nascita di un nuovo soggetto giuridico (la società creata contestualmente all'operazione) o comunque la confluenza dei soci in società diverse (anche se preesistenti all'operazione) romperebbero necessariamente il legame che l'originario contratto sociale aveva creato tra i soci della società fusa o scissa.

Si è così sottovalutata la circostanza che è la stessa disciplina positiva a valorizzare la continuità nello svolgimento dell'attività sociale da parte dei medesimi soci (tra l'altro prevedendo come elemento caratteristico della fusione e della scissione l'attribuzione delle partecipazioni nelle società beneficiarie direttamente ai soci, e non alla società fusa o scissa).

Al versante modificativista, per contro, è stato imputato un irrigidimento dovuto alla volontà di una completa emancipazione dell'interprete da un concetto di persona giuridica che è sì vecchio e farraginoso (soprattutto se inteso come creazione normativa di un soggetto in tutto equiparabile ad una persona fisica), ma che, ha osservato la dottrina traslativista, è tutt'oggi presupposto dall'ordinamento.

Il dato della continuità del rapporto sociale ha qui prevalso fino a scalzare ogni rilevanza del fatto che questo rapporto sociale continua in nuove società, che sono diversi soggetti di diritto.

La configurazione più moderna della persona giuridica – concepita come sintesi di una disciplina normativa che si applica solo in presenza di determinati presupposti e che può essere disapplicata quando si constati che i medesimi presupposti sono venuti a mancare[223] – ha comportato che la dottrina modificativista rinunciasse a vedere un trasferimento patrimoniale tra le società, anche di fronte ad una disciplina positiva che, secondo la dottrina contraria, pare chiaramente implicarlo.

Ciò a cui può aggiungersi che, anche con riferimento alla prospettiva dei soci, nell'ambito della stessa tesi modificativista si riscontrano autorevoli posizioni interpretative che ammettono che la ricorrenza, da un punto di vista sostanziale, di fenomeni di circolazione dei beni all'interno delle operazioni in esame, quando esse determinino un mutamento nella titolarità del governo dell'impresa coinvolta nella vicenda[224].

E' sembrato quindi corretto a molti interpreti tentare di superare le posizioni più radicali espresse dalle due teorie contrapposte per cercare una conciliazione tra esse in una prospettiva che ne valorizzasse i rispettivi elementi più rilevanti.

Negli ultimi anni si è andata accrescendo la schiera di coloro che hanno sostenuto che l'aspetto di modifica insito nei nostri istituti

---

[223] F. GALGANO, *Scissione di società*, in *Vita. not.*, 1992, p. 505.

[224] Cfr. P. SPADA, *op. cit.*, pp. 164 e 155 che distingue le operazioni di ristrutturazione a seconda che comportino o meno la circolazione dei beni: da un lato la trasformazione, che non implica circolazione della ricchezza né sostituzione nell'iniziativa; dall'altro la fusione e la scissione, che possono implicare o meno circolazione della ricchezza e sostituzione nell'iniziativa e afferma che «al pari della fusione, la scissione *può comportare o non* fenomeni di circolazione della ricchezza imprenditoriale e dell'impresa a seconda che sia, in concreto, *influente o non* sulla composizione della compagine sociale o sulla ripartizione dei vantaggi e dei carichi». P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, cit., p. 445, commenta i rilievi ora riportati osservando che se un approccio meramente modificativista risulta coerente con l'ipotesi di «scissione con beneficiarie nuove e distribuzione proporzionale delle relative partecipazioni fra i soci della scissa, il dubbio si pone con riferimento alla scissione a favore di beneficiarie esistenti (con soci diversi rispetto ai soci della scissa) e, oppure, con distribuzione non proporzionale delle partecipazioni (con separazione, dunque, dei soci)».

non impedirebbe l'affermazione della loro efficacia traslativa[225], partendo dal presupposto che ogni società è una forma di organizzazione dell'attività che si fonda sulla costruzione di un centro di imputazione degli effetti giuridici prodottisi nell'ambito dell'attività stessa, distinto da quello dei soci *uti singuli*[226]: ciò comporterebbe che, se è vero che la società non è che uno strumento apprestato dall'ordinamento per il perseguimento degli interessi delle persone fisiche dei soci, va comunque riconosciuta ad essa una

[225] V., ad esempio, G. F. CAMPOBASSO, *La recente disciplina in materia di fusione e di scissione di società: profili civilistici*, in *Dir. lav.*, 1992, p. 375 ss.; M. PERRINO, *Le operazioni straordinarie*, in R. Alessi – M. Rescigno (a cura di), *Diritto delle società*, Milano, 1998, p. 910 ss. (ID, più di recente, *sub* art. 2501 c.c., in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1934 s.); F. SPERONELLO, *op. cit.*, p. 295 ss.; C. CARUSO, *op. cit.*, p. 195 ss.; G. BAVETTA, *op. cit.*, p. 360 ss.; G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 123 ss.;G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 509. Più di recente, con riferimento alla fusione, v. F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, cit., p. 407 ss., il quale, dopo aver esposto i tratti salienti della teoria tradizionale e di quella modificativa, rileva che «non v'è – a ben guardare – alcun inconciliabile contrasto fra queste visuali: l'una, incline a valorizzare la volontà di modificazione del rapporto espressa dalle deliberazioni e dall'atto di fusione; l'altra, a rimarcare gli effetti legali prodotti dall'operazione sulle situazioni giuridiche soggettive facenti capo alle società partecipanti» (p. 419) e A. CERRAI e G. GRIPPO, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, 4 ª ed., p. 370, secondo cui l'indirizzo modificativo, «apprezzabile e convincente sotto molteplici aspetti, non sembra poter essere condiviso laddove ha la pretesa di ricostruire la fusione, nel suo insieme, come mera vicenda modificativa degli atti costitutivi. Infatti, la fusione non si risolve esclusivamente sul piano dei mutamenti delle organizzazioni societarie, ma risulta caratterizzata anche da effetti successori ed estintivi, in senso lato, non riconducibili soltanto alle predette vicende modificative degli statuti sociali. Come giustamente si fa osservare, la fusione rappresenta un particolare istituto all'interno del quale *continuazione* ed *estinzione* vengono armonizzate ed i cui effetti non possono essere spiegati e giustificati sotto l'esclusivo angolo visuale delle modifiche statutarie oppure nella limitata prospettiva di una successione a titolo universale». Con riferimento alla scissione aderisce, *post* riforma del diritto societario, alla tesi intermedia G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., spec. p. 121 ss. Nell'opera di G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, cit., sembra potersi trovare la base di questa impostazione: l'illustre Autore, come si vedrà più ampiamente *infra* ("la fusione come compenetrazione di un gruppo sociale in un altro gruppo sociale") riconosce un effetto traslativo della fusione, configurato come successione universale della società beneficiaria nel patrimonio della società fusa o incorporata, ma vede questo trasferimento come conseguenza della compenetrazione di un gruppo sociale in un altro, circostanza che garantisce la continuità del rapporto sociale. Quella della compatibilità tra modificazione e trasferimento è la strada seguita anche da Cass., 11 dicembre 2000, n. 15599, cit., che ha segnato la prima "virata" dell'indirizzo interpretativo seguito dalla Suprema Corte in tema di fusione.

[226] In questi termini, C. CARUSO, *op. cit.*, p. 195 s.

piena soggettività giuridica, e quindi la capacità di essere titolare di situazioni giuridiche soggettive con autonomia rispetto ai soci che la compongono.

L'antinomia tra tesi modificativa e produzione dell'effetto traslativo si è quindi reputata superabile svincolando la nozione di trasferimento dalla rigida configurazione di vicenda circolatoria di una situazione giuridica tra soggetti formalmente e sostanzialmente distinti, e ricollegandola invece ad un più ampio *genus* comprendente tutte le vicende nelle quali si modifichi la realtà giuridica preesistente, attraverso la sostituzione di un centro di imputazione ad un altro nella titolarità di determinate situazioni giuridiche. Ciò che si verifica nel caso di modifica, nel corso dell'attività sociale, delle regole relative all'imputazione delle situazioni giuridiche, attraverso la riduzione ad unità (fusione) o la moltiplicazione (scissione) dei relativi centri[227]. Entrambi i fenomeni rileverebbero in termini di mutamento dell'identità soggettiva e perciò, ai fini dell'ordinamento, potrebbero considerarsi un trasferimento[228].

---

[227] Cfr. C. CARUSO, *op. cit.*, p. 196.

[228] G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 131, afferma che «in un procedimento volto a realizzare un risultato organizzativo attraverso la creazione di nuovi centri societari di imputazione […] può ben inserirsi una vicenda traslativa, regolata da principi diversi da quelli che disciplinano la cessione di singoli beni o rapporti giuridici». L'impostazione accolta dalla dottrina in esame consente di descrivere il mutamento di imputazione delle situazioni giuridiche soggettive che si verifica nei fenomeni in esame ricorrendo al concetto di trasferimento e senza, perciò solo, svalutare l'aspetto organizzativo presente nella fusione e nella scissione, che è di certo essenziale sul piano definitorio. Sul tema cfr. anche F. CHIOMENTI, *Scissione e prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 783 ss., il quale osserva che «la scissione, quale deliberazione o negozio corporativo, costituisce di per sé il titolo, derivativo, per il subingresso della scissionaria nelle posizioni contrattuali relative al patrimonio trasferito dalla scissa, operando […] una successione totale nel rapporto giuridico». Nell'ambito della teoria modificativista può menzionarsi la ricostruzione del fenomeno della scissione proposta da T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 89, il quale pur negando l'esistenza di un trasferimento in senso proprio come effetto della scissione, riconosce il prodursi di una fattispecie acquisitiva: al fine di conciliare i due elementi (imputazione di nuove situazioni giuridiche soggettive alla beneficiaria per effetto dell'operazione e valenza organizzativa dell'operazione stessa) propri della scissione, l'Autore afferma che la scissione comporta «una fattispecie acquisitiva non derivante da trasferimento», giacché «il mutamento dell'imputazione dei

Nell'ambito della corrente interpretativa qui considerata, che possiamo definire "intermedia" rispetto alle teorie tradizionale e modificativa, particolare attenzione merita quel gruppo di tesi il cui denominatore comune è rappresentato dalla valorizzazione del duplice momento riconosciuto come presente nei nostri istituti: quello "oggettivo", dato dal trasferimento patrimoniale; e quello "soggettivo", strettamente collegato con il primo, dato dalla distribuzione delle partecipazioni. Il trasferimento patrimoniale e l'assegnazione delle partecipazioni relative al patrimonio trasferito ai soci della società fusa o scissa vengono considerati gli elementi caratterizzanti gli istituti in esame, giacché rappresentano le uniche costanti presenti nelle varie forme di fusione e scissione disciplinate dall'ordinamento[229].

Come si è ripetuto più volte, la stessa disciplina positiva caratterizza le nostre operazioni rispetto all'ipotesi di conferimento d'azienda o di ramo d'azienda grazie alla previsione dell'attribuzione delle partecipazioni che rappresentano il patrimonio trasferito ai soci della società fusa o scissa.

Questo rilievo sembra decisivo per assegnare anche al dato dell'attribuzione delle partecipazioni un ruolo centrale nella definizione degli istituti in esame, e per valorizzarlo come elemento che esprime la continuità nello svolgimento dell'attività sociale da parte dei soci della società che dà vita all'operazione.

Sull'assegnazione delle partecipazioni è però doverosa una precisazione. Deve infatti rilevarsi che in alcuni casi manca, o è comunque limitata, l'assegnazione di partecipazioni ai soci della

---

beni separati, […] pur non implicando un trasferimento né come atto né come effetto, comporta inevitabilmente un acquisto, pena l'inammissibile eliminazione per via interpretativa della distinta soggettività della beneficiaria».

[229] V., recentemente, O. CAGNASSO, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 2356, il quale rileva come il primo comma dell'art. 2506 c.c. preveda, pur nella sua concisione, «i due connotati caratteristici dell'operazione: l'assegnazione di elementi di patrimonio dalla scissa alle beneficiarie (o anche ad una sola società, in caso di scissione parziale); l'assegnazione di azioni o quote di queste ultime alla prima».

società che effettua l'operazione[230]: basti pensare alle ipotesi di incorporazione di società interamente posseduta dall'incorporante o di scissione parziale a favore della controllante totalitaria della società scissa, oppure all'ipotesi di scissione c.d. "asimmetrica" disciplinata dall'art. 2506, comma 2, seconda proposizione, c.c., ove alcuni soci della scissa non ricevono partecipazioni nella o nelle beneficiarie ma «azioni o quote della società scissa».

Ebbene, anche nei casi ora elencati, come nell'ipotesi normale in cui ai soci della società che dà luogo all'operazione vengano assegnate partecipazioni della o delle beneficiarie, resta sempre fermo l'elemento caratterizzante delle nostre fattispecie (rappresentato, nelle ipotesi normali, dall'assegnazione delle partecipazioni ai soci) – che distingue nettamente gli istituti in esame da istituti quali il conferimento d'azienda o di ramo d'azienda -consistente nella «prosecuzione, in (almeno) una delle società che risultano dall'operazione ovvero sopravvivono ad essa, della partecipazione originaria del singolo socio»[231].

Nel caso in cui l'assegnazione delle partecipazioni ai soci della società fusa o scissa venga a mancare in quanto quest'ultima è partecipata dalla beneficiaria, il limite all'attribuzione delle partecipazioni deriva dall'assenza di rapporti di partecipazione sociale (nella società fusa o scissa) diversi da quello che fa capo alla società beneficiaria: «dunque, se si vuole, dall'estinzione per

[230] Per un'ampia analisi della questione, v. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 156 ss.

[231] G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 169 s., che richiama in proposito Trib. Udine, 27 settembre 1994 (decr.), GO.LE.MA. s.r.l. ric., in *Le società*, 1995 ed osserva, alla nota 351 a p. 170, che «dal punto di vista qui considerato, la disposizione, introdotta con il decreto di riforma n. 6/2003, che legittima la scissione asimmetrica riveste un ruolo importante, in quanto contribuisce all'identificazione del limite (di uno dei limiti o confini) della fattispecie della scissione (il che vale probabilmente a giustificare la collocazione della disposizione medesima nell'art. 2506, e precisamente al secondo comma, cioè subito dopo quella che descrive i tratti salienti dell'operazione nelle sue diverse forme). In virtù di quella disposizione si scioglie infatti ogni dubbio circa la possibilità di affermare la sussistenza della fattispecie scissione e di invocare l'applicazione della relativa disciplina anche nel caso di prosecuzione del rapporto di partecipazione nella stessa società originaria (S), e persino […] nel caso in cui detta prosecuzione non sia accompagnata dall'assegnazione di nuove azioni della S».

confusione dell'obbligo della beneficiaria di assegnare partecipazioni ai soci della [società fusa o] scissa, e comunque dalla disposizione (art. 2504-*ter*, applicabile anche alla scissione per espressa disposizione di legge) onde è vietata l'assegnazione di azioni in sostituzione di quelle che l'incorporante (o la beneficiaria) possiede nell'incorporata (o nella scissa). Non è quindi che la scissione non operi sui rapporti di partecipazione sociale, modificandoli: Gli è invece che è preclusa o paralizzata – per le ragioni normative che si sono indicate – l'assegnazione delle azioni ai soci o a taluni soci della società originaria»[232]. Si consideri, inoltre, che la norma di cui all'art. 2504-*ter* c.c. in esame deve considerarsi espressione di una regola generale, costituendo «un'applicazione in senso ampio del principio della c.d. sterilizzazione delle azioni proprie, che fa parte della disciplina delle azioni proprie»[233]: se così è, la mancata assegnazione di azioni alla beneficiaria che possieda capitale della fusa o della scissa deriva dalla necessità di applicare, anche nei nostri casi, un principio alla base della disciplina delle azioni proprie.

Si è anche sostenuto[234], con argomenti che non possono essere trascurati[235], che le ipotesi ora considerate non siano propriamente riconducibili alle *fattispecie* oggetto di esame nel presente lavoro, ma siano qualificabili come operazioni atipiche ad esse assimilabili, ciò che parrebbe confermare come l'assegnazione delle partecipazioni sociali nelle beneficiarie sia elemento costitutivo delle *fattispecie* di fusione e di scissione[236].

---

[232] G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 149 s.

[233] A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1050, ove richiami di dottrina conforme.

[234] A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1049 s.

[235] E per l'esposizione compiuta dei quali si rinvia a A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 1049 ss.; ID., *La scissione semplificata*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, p. 41.

[236] Dello stesso avviso è, se non ci si inganna, T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, cit., p. 90.

Ed infatti, con riferimento all'ipotesi di scissione parziale nella quale ad alcuni soci della scissa vengano assegnate azioni o quote della scissa «la prescrizione dell'unanimità ed il correlativo abbandono del principio maggioritario richiesto in sede di decisione dei soci (cfr. art. 2502 richiamato dall'art. 2506-*ter*) porta a ravvisare un nuovo momento contrattuale con valenza normativa rispetto a quello che ha dato luogo all'originaria costituzione della scissa e suggerisce di non considerare la fattispecie come una vera e propria operazione societaria, mancando appunto la regola maggioritaria che è evidentemente funzionale ad un *favor* per le esigenze di riorganizzazione»[237].

Analogamente, con riferimento al caso di scissione parziale di società per azioni totalitariamente posseduta da una beneficiaria si è rilevato che la disposizione, da reputarsi applicabile anche alla scissione ancorché non espressamente richiamata dall'art. 2506-*ter* c.c.[238], di cui all'art. 2505 c.c., in virtù della quale la controllante totalitaria della scissa non può vedersi assegnate azioni di quest'ultima «deve essere correttamente intesa [...] come appartenente all'ambito della disciplina e non della fattispecie della scissione, così che essa non incrina il principio dell'assegnazione di azioni della beneficiaria»[239], poiché «la mancata assegnazione di azioni alla beneficiaria che possieda totalitariamente la scissa deriv[a] dalla necessità di applicare, anche in sede di scissione, una norma che è peculiare della disciplina delle azioni proprie»[240].

---

[237] A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1049.

[238] Cfr., nel vigore della precedente disciplina, G. B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 486.

[239] A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 1050.

[240] A. PICCIAU, *op. ult. cit.*, p. 1051, che argomenta facendo riferimento al testo della Relazione di accompagnamento al d.lgs. 22 del 1991, ove si osserva che la circostanza del possesso, da parte dell'incorporante (nel caso esaminato dall'Autore, della beneficiaria), di tutte le partecipazioni dell'incorporata (nel caso di specie, la scissa) comporta l'inapplicabilità di talune delle regole che disciplinano in generale la fusione per incorporazione (nel caso di specie, la scissione).

I due elementi che la dottrina in esame individua come fondamentali nella ricostruzione della natura giuridica di fusione e scissione (il trasferimento patrimoniale e l'assegnazione delle partecipazioni ai soci), quando si osservino nella loro interazione, permettono di vedere nei due istituti una *modificazione* della società che si fonde o si scinde, quando la società venga intesa come rapporto: in sostanza il rapporto sociale continua nonostante l'operazione, inserito in strutture organizzative diverse[241]. Se la società viene invece concepita come ente, questa continuità non c'è, perché in tale prospettiva ciò che rileva è il *trasferimento* del patrimonio, accompagnato o meno dall'estinzione della società trasferente o dalla costituzione di una nuova società beneficiaria.

[241] Osserva C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 46, nt. 113, che «espressione del principio di *continuità* nella fusione deve ora considerarsi l'art. 32, d.lgs. 231/2001, secondo cui il giudice può disporre la reiterazione anche in rapporto a condanne pronunciate nei confronti degli enti partecipanti alla fusione». *Contra*, A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1046 ss., il quale afferma l'impossibilità, in un'ottica schiettamente giuridica, di affermare una continuazione dell'attività della scissa nelle beneficiarie ritenendo che «il mutamento del centro di imputazione giuridica dell'attività d'impresa impedisce di configurare, giuridicamente, la prosecuzione dell'impresa o la successione nell'impresa medesima». A parere dell'Autore, la distinzione contenuta nell'art. 2506, co. 3, c.c. fra scioglimento senza liquidazione della scissa e continuazione dell'attività «e, di più, l'alternatività tra l'una conseguenza (scioglimento senza liquidazione) e l'altra (continuazione dell'attività) induce a ritenere che, con questa norma, il legislatore finisca per riconoscere che la continuità dell'attività vi può essere soltanto nella scissione parziale, cioè laddove non vi può essere scioglimento senza liquidazione».

Capitolo terzo.

3. - La prospettiva traslativista: le caratteristiche del trasferimento patrimoniale.

3.1. - La fusione e la scissione come ipotesi di successione universale per atto tra vivi.

Come si è anticipato nella premessa al presente lavoro, il problema dell'applicabilità o meno dei limiti alla circolazione dei beni alla fusione e alla scissione si pone sia nella prospettiva in cui si affermi l'esistenza di un trasferimento patrimoniale nelle operazioni in discorso, sia nella prospettiva in cui simile trasferimento venga negato.

Nei paragrafi precedenti si è evidenziato come sia la tesi traslativista che quella modificativista siano oggetto di numerose e diversificate critiche.

I superiori rilievi suggeriscono quindi di analizzare la questione dell'operatività dei limiti alla circolazione dei beni in caso di fusione e di scissione ponendosi in ciascuna delle prospettive interpretative.

Assumendo ora come accoglibile la premessa che la fusione e la scissione, nel determinare il mutamento del soggetto titolare di beni e rapporti, realizzano un trasferimento patrimoniale, devono comunque selezionarsi, fra le varie teorie elaborate dagli interpreti, quelle che si ritengono maggiormente coerenti con il sistema.

Si è detto che, nell'ottica traslativista nella quale ora ci si vuole porre, il problema assume maggiore complessità, poiché la risposta al quesito può variare a seconda del *tipo* di trasferimento che si ritenga ricorrere in tali operazioni.

La premessa da cui ha preso le mosse il presente lavoro è la possibilità di trattare della fusione e della scissione in maniera unitaria.

Questa premessa risulta confermata per chi accolga la tesi, che verrà sviluppata nelle pagine che seguono, secondo la quale sia la fusione che la scissione si configurerebbero come operazioni che realizzano (sul piano degli effetti) il trasferimento della titolarità di situazioni giuridiche soggettive da una società ad un'altra attraverso un meccanismo che ricalca quello della successione universale. Va evidenziato[242] (e ciò assume particolare importanza nell'individuazione delle peculiarità della fusione e della scissione di società nell'ambito dei fenomeni traslativi) come la successione nella totalità delle situazioni patrimoniali dell'ente sia rilevante anche perché consente il trasferimento di posizioni altrimenti intrasmissibili: ad esempio[243] i rapporti parasociali della società estinta (non, ovviamente, dei suoi soci)[244], rapporti che non si trasferirebbero in una successione a titolo particolare.

Si vedrà che la successione universale configurabile in entrambi i casi è una successione *inter vivos*, che trova la propria origine in un atto negoziale, per cui è solo parzialmente avvicinabile (per

[242] V., in proposito, G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 505.

[243] Contrariamente a quanto ritiene F. GALGANO, *Diritto comm., Le società*, Bologna, 1990, p. 436 (v, da ultimo, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, p. 530 s.), seguito da M. C. MALAGUTI, *I limiti soggettivi di efficacia dei patti parasociali*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 523 ss.

[244] In generale, sulla successione delle società beneficiarie nei rapporti contrattuali facenti capo alla società scissa, che avviene senza che sia necessario il consenso del contraente ceduto, v. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 217 ss. (cfr. in particolare p. 229 ss. sul problema dei rapporti contrattuali "non trasmissibili"). Sul tema della successione della società risultante nei patti parasociali, l'Autrice ora citata (a p. 230, nota 89) precisa la necessità di «analizzare volta per volta il contenuto degli obblighi e dei vincoli assunti dalla società incorporata o scissa (in quanto socia di una terza società) sulla base della convenzione parasociale con altri consoci in quella medesima società: solo attraverso una siffatta analisi si potrà accertare se la successione della beneficiaria nella posizione della scissa, sia compatibile, e con l'interesse della beneficiaria, e con i presupposti di fatto dell'accordo; mentre, nel caso in cui la beneficiaria abbia interesse a subentrare e gli altri paciscenti abbiano un interesse contrapposto, questi ultimi potranno eventualmente tutelarsi, se ne ricorrono i presupposti […] con l'esercizio del recesso».

quanto concerne la disciplina da applicare) alla successione a causa di morte, l'altra ipotesi di successione universale conosciuta dal nostro ordinamento. Si tornerà, poi, sull'altro elemento essenziale per la qualificazione giuridica delle fattispecie di fusione e scissione, e cioè la prosecuzione della partecipazione originaria dei soci, in almeno una delle società che sopravvivono all'operazione (elemento, come detto, rappresentato in via generale dall'attribuzione delle partecipazioni della società beneficiaria del trasferimento ai soci della società fusa o scissa).

Tutte le summenzionate caratteristiche tipiche degli istituti in esame permetteranno, una volta delineate, di affrontare il problema relativo ai limiti che può incontrare il trasferimento patrimoniale ravvisabile – nella prospettiva traslativista – nella fusione e nella scissione, in particolare rispetto ai vincoli che possono gravare su determinati beni sociali e che sono volti a limitarne la circolazione.

Passando all'individuazione dell'effetto della successione universale, sarà necessario in un primo momento separare l'analisi della fattispecie della fusione da quella della scissione: ciò in quanto i due istituti hanno una storia diversa (come più volte ricordato, la scissione esiste nell'ordinamento positivo solo dal 1991) e la dottrina che si è formata su di essi si colloca, sul piano cronologico, in momenti diversi; ma soprattutto perché gli elementi di disciplina da cui può ricavarsi la ricorrenza dell'effetto della successione universale *inter vivos* non sono sempre i medesimi per la fusione e per la scissione (e anche tale circostanza deriva dalla diversa storia che caratterizza la loro introduzione nel nostro ordinamento). Ciò non toglie che, una volta ricostruito il fondamento di questo effetto per entrambi gli istituti, la trattazione potrà proseguire attraverso una loro analisi congiunta, in adesione a quanto si è sostenuto nella premessa al presente lavoro.

Va evidenziata fin d'ora la necessità di adottare la massima cautela ove, nel discorrere di società, si faccia riferimento ad un

istituto tradizionalmente tipico delle persone fisiche quale la successione universale.

La tradizionale definizione di successione universale identifica infatti la successione universale con quella ereditaria, contrapponendola alla successione a titolo particolare proprio per essere fondata su una qualità personale del successore: l'essere, egli, qualificabile come erede.

In tale definizione, l'acquisto del titolo di erede viene visto come la fonte della successione ereditaria, e quest'ultima viene fatta coincidere con la successione universale.

In questa prospettiva, la distinzione tra successione a titolo universale e successione a titolo particolare trova il suo fondamento «principalmente sotto il profilo della diversa natura del titolo che giustifica la successione. Infatti la successione universale presuppone prima ancora che l'acquisto dei singoli rapporti giuridici ereditari, l'acquisto di una qualità personale, il titolo di erede, di cui il primo è una mera conseguenza. La qualità di erede, acquistata in funzione del criterio testualmente posto nell'art. 588, è idonea per virtù di legge (attraverso una situazione che questa crea e che va tecnicamente sotto il nome di vocazione ereditaria) a produrre, almeno potenzialmente, l'acquisto di tutte le posizioni giuridiche, attive e passive, pertinenti al *de cuius* e ritenute trasmissibili, e conseguentemente unifica i molteplici fenomeni di successione che fra *de cuius* ed erede si attuano rispetto ad ogni singolo rapporto»[245].

[245] R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Nss. dig. it.*, XVIII, 1971, p. 613). L'Autore ora citato sottolinea che già nel più antico diritto romano «la *successio in ius*, legata all'acquisto di una qualità personale, importava […] la sostituzione integrale di un soggetto ad un altro nella titolarità di tutti i rapporti giuridici che in astratto erano suscettibili di trasmissione». Egli evidenzia come il concetto di successione fosse già allora legato ad un meccanismo attraverso il quale «un nuovo soggetto, in quanto investito del titolo di erede (*nomen heredis*), subentrava nella posizione (*in locum*) del defunto e conseguentemente acquistava tutti i diritti, gli obblighi e in genere tutte le situazioni giuridiche attive e passive pertinenti al *de cuius* (*successio in ius*). Tale meccanismo «fu realizzato in maniera adeguata nella successione *mortis causa*, sulla quale si modellarono anche antiche forme di successione universale *inter vivos* (*adrogatio*, *conventio in manum*)». «Il concetto di successione serviva perciò a qualificare un fenomeno essenzialmente unitario quanto alla sua

La successione universale è quindi un istituto nato e tradizionalmente inquadrato a livello dogmatico con riferimento alle persone fisiche, essendo la sua evoluzione legata principalmente alla successione ereditaria, forma in cui tale istituto si è da sempre manifestato nel nostro ordinamento, ciò che porta a considerare l'effetto traslativo che si voglia ravvisare nella fusione e nella scissione come un effetto "analogo" a quello della successione universale[246].

fonte (acquisto del titolo di erede), ma infinitamente complesso quanto ai suoi atteggiamenti concreti» (p. 606).

[246] Sull'identificazione della successione universale con la successione ereditaria, per cui il trasferimento patrimoniale che si verifica nella fusione viene visto come «un qualcosa di analogo alla successione universale», v. anche U. CARNEVALI, voce *Successione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, XXX, p. 1 ss. Da ultimo, definisce la fusione come un fenomeno «solo analogo» alla successione universale, riferendo di non condividere «l'idea tradizionale che la fusione realizzi un fenomeno successorio e, in particolare, una successione a titolo universale», al fine di individuare quali siano i rapporti trasmissibili e quali no, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, p. 529.

3.2. - La fusione come compenetrazione di un gruppo sociale in un altro gruppo sociale che determina una successione universale per atto tra vivi.

L'Autore che per primo ha individuato compiutamente un fenomeno successorio nella fusione, qualificabile come una successione universale per atto tra vivi, è stato Giuseppe Ferri[247]. L'illustre Autore ha ricostruito l'istituto alla luce della disciplina dettata dal codice di commercio ma i suoi insegnamenti risultano di certo apprezzabili anche oggi, nonostante i forti mutamenti subiti dalla normativa positiva.

La teoria di Ferri, paradossalmente, è stata posta alla base sia della tesi tradizionale (e ciò non stupisce, dato che l'illustre Autore, argomentando in termini di successione universale, riconosce nell'operazione l'esistenza di un momento traslativo), sia di alcune elaborazioni che tendono ad inserirsi nel filone modificativista[248] (vista la particolare attenzione che l'Autore dedica alla *continuità* del rapporto sociale, che si conserva nonostante l'operazione di fusione).

Questa "duttilità" corrisponde in primo luogo alla complessità della teoria di Ferri, facendone il prototipo delle tesi "intermedie" di cui si è sopra parlato.

Per Giuseppe Ferri la fusione importa successione universale della società risultante dalla fusione o della società incorporante nel patrimonio delle società che si fondono[249]; i rapporti giuridici sorti

---

[247] G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, cit.

[248] Ci si riferisce in particolare alla costruzione di C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, cit., p. 23 ss. il quale, come si è già detto, ritiene che la fusione si realizzi attraverso reciproche modifiche statutarie delle società coinvolte cui consegue, come effetto, la successione universale.

[249] La dimostrazione del fatto che il trasferimento patrimoniale nella fusione dia luogo ad una successione universale e non ad una successione a titolo particolare sembra più semplice per la fusione che non, come si vedrà, per la scissione, in specie parziale. Nel caso di fusione è sufficiente negare il postulato (indimostrato) da cui partono i sostenitori della tesi della successione a titolo particolare, e cioè l'idea per cui la volontarietà del trasferimento sarebbe incompatibile con una successione universale, coincidendo quest'ultima con la successione ereditaria, fenomeno

con le società che si fondono continuano con la società incorporante o che sorge dalla fusione, a meno che essi non presuppongano l'esistenza come soggetto di diritto della società fusa.

La successione che si verifica in caso di fusione è però fondamentalmente diversa da quella che l'ordinamento prevede in caso di morte di una persona fisica[250]: in particolare, Ferri individua due elementi che valgono a differenziare nettamente queste ipotesi di successione e che esercitano un'influenza decisiva nella soluzione dei problemi riguardanti la sorte dei rapporti patrimoniali delle società che si fondono.

Innanzitutto, nella fusione l'estinzione della società fusa (estinzione che, si ricorda, era all'epoca della elaborazione della teoria in esame espressamente sancita dal codice civile) assume caratteristiche particolari e una portata circoscritta: la società si estingue solo nel senso che perde la propria individualità giuridica, ma permane come "associazione" se pur compenetrata in altra o con

---

necessario e non volontario, che dipende dall'assunzione di un titolo (la qualità di erede) e non da un negozio traslativo. Se si individuano le caratteristiche salienti della successione universale semplicemente nel subentrare di un soggetto ad un altro nel complesso delle posizioni attive e passive comprese nel patrimonio di quest'ultimo, col carattere dell'unicità del titolo dell'acquisto e dell'identità fra la posizione dell'autore e quella del successore (cfr. C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 129 e A. DE CUPIS, *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1256 s.; U. CARNEVALI, voce *Successione*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 1 ss.), una volta accertato che la fusione dà luogo ad un trasferimento patrimoniale, non rimane che qualificare questo trasferimento come successione universale, alla luce della disciplina nazionale (v. art. 2504-*bis*, co. 1 c.c., sul quale si discorrerà più avanti nel testo) e comunitaria (v. soprattutto gli artt. 3 e 19, paragrafo 1, lett. a) e lett. c) della terza direttiva 78/855/CEE, cit.) che si è analizzata *supra* (v. "Critiche alla tesi modificativa"). Sul tema si vedano altresì le considerazioni di G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 139 ss.

[250] In proposito, si deve tener presente il rilievo di C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 147, secondo cui «è vero che la diversità rilevantesi nelle due ipotesi (persone fisiche e persone giuridiche), in relazione al fondamento della successione non muta i caratteri essenziali della *successione universale*: in entrambe si ha il subentrare di una persona nel complesso dei rapporti giuridici di una persona diversa, la successione nei diritti e negli obblighi, come in ogni situazione giuridica e di fatto; in entrambe la persona che succede assume l'identica posizione che competeva alla persona nel cui patrimonio succede. Ma la diversità nel fondamento della successione non è, e non potrebbe essere, senza influenza quando si tratti, non già di affermare i principi che derivano dal carattere universale della successione, ma di coglierne le deviazioni e le limitazioni».

altra. Ciò, ovviamente, non avviene nel caso di morte di una persona fisica, perché qui si ha non solo l'estinzione della persona come soggetto di diritto, ma anche il dissolvimento della materialità della persona, con tutte le qualità ad essa inerenti. Solo la persona fisica può dirsi morta; la società può considerarsi disciolta, ma non morta.

Altro elemento fondamentale che differenzia la successione per fusione dalla successione ereditaria è nel fatto che la morte della persona fisica è un fenomeno naturale. Si tratta di una vicenda non solo non dipendente dalla volontà della persona, ma neppure eliminabile dalla persona stessa, per cui il fenomeno della successione, almeno nel suo presupposto base, non è connesso alla volontà della persona, ma è un fenomeno necessario, non essendo ammissibile che alla distruzione di un centro vitale consegua la distruzione dei rapporti giuridici che a questo fanno capo. Invece la successione che si attua nella fusione è pur sempre un effetto di un atto volontario della società.

Con riferimento al carattere universale della successione, la previgente disciplina prevedeva[251] che effetto della fusione fosse l'assunzione da parte della società incorporante o che risulta dalla fusione dei diritti e obblighi delle società estinte. Già Ferri rilevava come la disposizione del codice di commercio non mirasse a porre un'antecedenza logica fra estinzione e assunzione di diritti e obblighi da parte della società beneficiaria, né a fare della successione un effetto dell'estinzione: la norma aveva solo la funzione di chiarire che, avvenuta la fusione, i rapporti giuridici delle società fuse continuano nella società che risulta dalla fusione o nella società incorporante. Questa interpretazione sembra, oltretutto, convalidata dalla formulazione che la disposizione relativa agli effetti della fusione ha assunto in seguito alle modifiche introdotte nel 2003, dato che non si fa più riferimento espresso alle «società

[251] All'art. 196 cod. comm. e, poi, all'art. 2504-*bis* c.c. che, fino all'entrata in vigore delle riforme del 2003, disponeva, al primo comma, che «la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte».

estinte», ma si parla genericamente di «società partecipanti alla fusione»[252].

Lo stesso termine *assunzione*, utilizzato dal legislatore, implica l'idea di una azione della persona il cui patrimonio viene trasmesso a prescindere dal fatto della estinzione, mentre l'estinzione di una persona è tale da importare la trasmissione dei beni senza la necessità di alcun atto da parte della persona a cui il patrimonio è devoluto.

Secondo Ferri, quindi, solo quando si escluda la distruzione dell'organismo sociale si può cogliere l'essenza della fusione e l'universalità della successione.

Poiché la successione delle persone fisiche è un fenomeno necessario, in essa la volontà della persona può avere una influenza molto limitata, potendo rilevare solo al fine di imprimere una determinata direzione alla vocazione ereditaria, nel determinare cioè il soggetto che deve succedere nel patrimonio. Il fondamento del fenomeno successorio si ritrova invece sempre nella morte, che determina il distacco di un complesso di rapporti giuridici da un determinato soggetto e la necessità di ricollegare tale complesso di rapporti giuridici a un soggetto diverso. E ciò accade, come si è detto, per soddisfare un interesse che va al di là degli interessi specifici dei soggetti coinvolti nella vicenda successoria, e cioè l'interesse dell'ordinamento ad evitare l'estinzione di determinati rapporti giuridici quando venga meno il soggetto a cui questi fanno capo.

Nelle persone giuridiche, invece, l'estinzione è non un fenomeno naturale, ma l'effetto di un procedimento giuridico, che, nel caso delle società, è conformato in modo tale che l'estinzione del soggetto risulta essere conseguente alla definizione dei rapporti

[252] Si rinvia al superiore paragrafo "Qualche riflessione sull'approccio "modificativista" del legislatore della riforma del diritto societario" per osservazioni sulla posizione interpretativa secondo cui la sostituzione dell'espressione «società partecipanti alla fusione» a quella «società estinte» evidenzierebbe l'adesione del riformatore alla teoria modificativa.

giuridici facenti capo all'ente. Nelle società, una volta estinti i debiti, il patrimonio sociale si ripartisce tra i soci: la persona giuridica si estingue senza lasciare successori. Perciò il fondamento del fenomeno successorio non può ritrovarsi nell'estinzione della società: l'estinzione della società presuppone che i rapporti giuridici che ad essa facevano capo si siano già distaccati dal soggetto e perciò impedisce addirittura di parlare di successione. È vero che il trapasso effettivo dei beni può avvenire in un momento successivo, mentre la deliberazione di fusione importa solo il sorgere di un diritto di credito, ma ciò non esclude che la successione nel patrimonio debba considerarsi effetto del negozio giuridico compiuto, e non dell'estinzione della persona. È un'ipotesi analoga a quella di una persona fisica che si sia obbligata a conferire il suo patrimonio in società e poi muoia, prima di aver effettuato il conferimento: anche in tal caso l'acquisto del patrimonio da parte della società avviene non *iure hereditario*, ma in base al contratto precedentemente stipulato, e la morte del contraente non costituisce il presupposto del diritto, che è già sorto in virtù del contratto.

L'atto che determina l'effetto della successione, inoltre, si caratterizza per essere un atto particolarmente conformato, perché risponde alla volontà di mantenere intatto l'organismo sociale e di non distruggere il diritto che i soci hanno sul patrimonio sociale[253]. Perché possa aversi una successione nel patrimonio di una società da parte di altra società è pertanto necessario, secondo Ferri, che si ponga in essere fra le due società un particolare legame: occorre cioè che l'organismo sociale di una società divenga parte integrante dell'altra. La successione nel patrimonio, per Ferri, è solo un effetto di tale compenetrazione e dipende appunto dalla sostituzione della società incorporante o della società risultante dalla fusione alle

[253] E ciò spiega perché, sia nella fusione che nella scissione, le partecipazioni alla società beneficiaria sono attribuite ai soci della società fusa o scissa, e non a quest'ultima.

società che si fondono. E la sostituzione è determinata dalla compenetrazione stessa.

La successione, perciò, in quest'ottica, non si attua direttamente in virtù di un atto di disposizione della società, quanto piuttosto «in virtù della compenetrazione degli organismi sociali e della sostituzione di una persona nella posizione giuridica di una persona diversa che ne consegue. Avviene cioè in virtù di un titolo universale»[254].

In proposito potrebbe sembrare che, facendo dipendere direttamente la successione nel patrimonio dalla compenetrazione degli organismi sociali, Giuseppe Ferri lasci in ombra un dato che verrà invece valorizzato da altra dottrina successiva[255], e cioè la volontarietà del trasferimento del patrimonio[256]. La tesi di Ferri è stata infatti posta alla base di quelle interpretazioni[257] (su cui si tornerà più avanti) secondo cui, poiché la volontà si appunta sulla modifica statutaria, il trasferimento (la successione universale) discenderebbe direttamente dalla legge, non trovando alcuna origine nella volontà negoziale. Deve precisarsi sin d'ora come Giuseppe Ferri, pur ritenendo che «la successione nel patrimonio è solo un effetto» della compenetrazione degli organismi sociali[258], affermi esplicitamente che «diversamente da quanto avviene per le persone fisiche, nelle società commerciali la successione non è un fenomeno necessario conseguente alla estinzione della personalità, ma può essere soltanto l'effetto di un atto volontario. Non essendo la

[254] G. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 220.

[255] Cfr. G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 507 ss.

[256] Si vedrà, *infra*, che la circostanza che nella fusione e nella scissione la successione nel patrimonio avvenga per effetto di un atto volontario della società fusa o scissa, ove ammessa, assume una portata rilevante nell'inquadramento dogmatico dei due istituti, perché segna un punto di contatto tra essi e il negozio di compravendita; ciò che in questa sede interessa particolarmente, nella valutazione dei limiti al trasferimento di proprietà che si realizza attraverso la fusione e la scissione.

[257] Ci si riferisce in particolare alla ricostruzione di C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964.

[258] G. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 219.

successione nelle società commerciali, e nelle persone giuridiche in genere, un fenomeno necessario, la volontà dell'ente non può avere soltanto l'effetto di imprimere una determinata direzione al fenomeno successorio, ma deve addirittura determinarlo, ponendone in essere il fondamento»[259]. Ciò che pare attribuire non poco rilievo alla volontà negoziale come fonte del fenomeno traslativo.

Per Giuseppe Ferri, il problema della individuazione dei rapporti giuridici che si trasmettono alla società incorporante o risultante dalla fusione va risolto tenendo conto della particolarità del fenomeno della fusione rispetto alla morte della persona fisica o all'estinzione della persona giuridica, e cioè ricercandone i punti di contatto e gli elementi differenziali, per stabilire poi, sulla base del fondamento delle singole disposizioni, se le norme dettate in relazione alla successione ereditaria debbano applicarsi o no anche alla fusione.

A differenza di quanto accade nel caso di morte della persona fisica o di estinzione della persona giuridica, la fusione non determina il dissolvimento dell'organismo sociale: questo rimane integro e si compenetra nell'altro o con gli altri. Tuttavia, così come avviene nella morte della persona fisica o nell'estinzione della persona giuridica, la fusione comporta, rileva Ferri, il venir meno di uno o più soggetti di diritto: le società che si fondono perdono infatti la loro individualità giuridica. Perciò, nei casi in cui la ragione dell'intrasmissibilità del rapporto singolo si ritrovi nel dissolvimento dell'organismo umano, conseguente alla morte della persona fisica, oppure nel dissolvimento dell'organismo sociale che consegue allo scioglimento/liquidazione/estinzione della persona giuridica, appare logico che tale intrasmissibilità non possa affermarsi anche rispetto alla fusione, la quale non determina il dissolvimento dell'organismo sociale. Al contrario, nei casi in cui l'intrasmissibilità del rapporto si ritrova nel venir meno della

[259] G. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 218.

persona come soggetto di diritto, sembra necessario riconoscere una identità di conseguenze giuridiche nella ipotesi di morte e di fusione[260]. Il problema di decidere quale sia il fondamento delle singole norme, va, però, comunque risolto attraverso la considerazione delle singole disposizioni e attraverso la ricerca, per ciascuna di esse, del fondamento della intrasmissibilità del diritto all'erede.

Nel valutare la trasmissibilità di specifici rapporti giuridici, Ferri individua una prima categoria di ipotesi per le quali l'impossibilità di trasferire il rapporto all'erede discende dalla circostanza che il contratto da cui il rapporto deriva è conformato in modo da rendere rilevanti le qualità personali del contraente: così, ad esempio, per i contratti di mandato e di società e, in genere, per gli altri contratti che presentano, in modo più o meno accentuato, l'elemento della fiducia. I negozi di fiducia si sciolgono con la morte del contraente, sia nel caso in cui l'elemento fiducia sia connaturale al negozio, sia ove tale elemento sia stato particolarmente voluto dalle parti. L'intrasmissibilità all'erede dei rapporti derivanti da tali negozi è connessa alla morte della persona fisica non in quanto questa determina la scomparsa del soggetto di diritto, ma in quanto produce il dissolvimento dell'organismo umano facendo venir meno quelle caratteristiche personali che, per legge o per volontà delle parti, sono rilevanti nella costituzione del rapporto. La riprova di ciò si ha nel fatto che tali rapporti possono essere fatti cessare quando, pur persistendo il soggetto di diritto, tuttavia vengano a mancare le qualità personali sulle quali il negozio è basato. Essendo questo il fondamento della intrasmissibilità

[260] Da ultimo, segnala numerosi precedenti giurisprudenziali fondati sull'affermazione dell'intrasmissibilità di «quei rapporti il cui persistere è subordinato all'esistenza della società come soggetto di diritto, e cioè al fatto che il gruppo sociale conservi la propria individualità ed autonomia anche sul piano patrimoniale», S. MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 790.

all'erede dei rapporti in questione, va riconosciuta la possibilità che gli stessi si trasferiscano alla società beneficiaria della fusione.

Si potrebbe, in proposito, obiettare che l'organismo sociale può mutare in conseguenza della compenetrazione in un altro (ad esempio la società, fondendosi con un'altra in condizioni finanziarie precarie, può perdere una qualità rilevante nel contratto), e da ciò desumere l'intrasmissibilità, in tale caso, del rapporto fondato sulla fiducia. Sennonché, va considerato che un tale mutamento dell'organismo sociale non è una conseguenza necessaria e diretta della fusione, come è invece una conseguenza necessaria e diretta della morte della persona fisica: di fronte alla modificazione prodottasi nell'organismo sociale in seguito alla fusione, il contraente avrà diritto allo scioglimento del rapporto ove possa ritenersi venuto meno l'elemento fiducia; lo scioglimento del rapporto si verifica, però, non già per effetto della fusione, ma per effetto del venir meno della fiducia.

La seconda categoria di rapporti considerati comprende quelli la cui intrasmissibilità all'erede è sancita in quanto la morte determina il venir meno del soggetto di diritto, alla cui esistenza il rapporto era subordinato, non rilevando il dissolvimento dell'organismo umano che la morte produce. Tali ipotesi includono, ad esempio, i diritti di usufrutto e di uso, attribuiti ad un determinato soggetto per la durata dell'esistenza dello stesso. La trasmissibilità di tali diritti alla società beneficiaria della fusione contrasterebbe con la loro stessa essenza, così come accade per tutte le altre ipotesi in cui il persistere del rapporto giuridico è subordinato all'esistenza della società come soggetto di diritto e cioè al fatto che il gruppo sociale abbia una propria individualità ed autonomia.

Rispetto ai rapporti giuridici che si sciolgono per effetto della fusione e non si trasmettono alla società incorporante o risultante dalla fusione, sorge una questione particolare nell'ipotesi in cui dal rapporto che si scioglie siano derivati diritti anche per il terzo

contraente. Siccome lo scioglimento del rapporto è effetto della fusione (che è un atto volontario e non un fatto naturale), si deve ritenere, in questa prospettiva, che il terzo contraente abbia diritto al risarcimento dei danni per lo scioglimento anticipato del rapporto stesso, non potendosi applicare i principi che regolano l'estinzione del rapporto in conseguenza della morte di uno dei contraenti. Così deve essere regolata, secondo Ferri, la vicenda relativa al mandato agli amministratori e sindaci della società fusa, il quale cessa in seguito alla fusione in quanto condizionato all'esistenza della società.

Altri autori[261] hanno visto, come Ferri, il fondamento della fusione nella compenetrazione di un gruppo sociale in un altro gruppo sociale[262], compenetrazione che non presuppone, ma determina l'estinzione della personalità giuridica della società. Nella fusione, si sottolinea, non è il vincolo sociale che si estingue: questo, anziché sciogliersi, si rafforza ampliandosi. Ciò che si estingue è la società come distinto soggetto di diritto[263]. Infatti, anche se inizialmente la personalità giuridica è connessa al contratto sociale, «una volta che la qualità di soggetto di diritto sia stata acquistata, la sorte della persona giuridica è indipendente da quella

[261] In particolare C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 123 ss. Di recente, descrive il fenomeno economico e giuridico della fusione come «compenetrazione o unificazione di due o più organizzazioni sociali in una società unica» M. PERRINO, *sub* art. 2501 c.c., in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1933.

[262] Solo eccezionalmente, osserva Ruperto, la compenetrazione può mancare: 1) quando una delle società che si fondono sia proprietaria di tutte le azioni o quote delle altre o la società incorporante di quelle della società incorporanda; 2) quando attivo e passivo della società incorporanda si equivalgono. Cfr. C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 144.

[263] Si presuppone che la società estinta abbia personalità giuridica. Nel caso di società personale, il fenomeno della compenetrazione sembra ancora più evidente: è chiaro che di una estinzione è ancora più difficile parlare, perché il gruppo sociale non viene meno, ma si allarga o viene assorbito in un gruppo più ampio.

del contratto sociale»[264]; tant'è che durante la fase di liquidazione la personalità giuridica della società persiste[265].

Il totale rigetto della teoria che vede nella fusione un effetto equiparabile alla successione universale da parte di corposa e autorevole dottrina[266] è, come sopra accennato, il risultato del processo di "deantropomorfizzazione" degli enti collettivi[267] che ha coinvolto sempre più massicciamente le costruzioni dottrinali più recenti.

Condivisibilmente la dottrina ha, nel corso del tempo, manifestato con sempre maggiore vigore l'«esigenza di bandire ogni riferimento a vicende attinenti alla persona fisica, per la radicale diversità della logica funzionale ed estintiva delle persone giuridiche»[268].

Di certo, alla luce dei moniti della dottrina ora citata la configurazione dell'effetto traslativo della fusione (e della scissione) come successione universale *inter vivos* piuttosto che come successione universale *mortis causa* costituisce un notevole passo in avanti della dottrina traslativista.

In tale ultima prospettiva, ad esempio, perde rilievo la critica alla tesi traslativa fondata sull'argomento che la fusione è un contratto di vita e non un contratto di morte[269], giacché il tentativo

---

[264] C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 145

[265] Cfr. G. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 49, che afferma che l'estinzione deve intendersi solo nel senso di cessazione dell'aggregato sociale sotto la veste giuridica originaria mentre i gruppi sociali rimangono, assumendo una veste giuridica diversa.

[266] V., per tutti, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 3ss.; E. SIMONETTO, *op. cit.*, pp. 24 e 327; G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società*, cit., p. 286.

[267] Avviato da T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, p. 237, con l'avvertimento che le società non sono degli "omoni" in tutto assimilabili alle persone fisiche.

[268] C. SANTAGATA, *La fusione nella riforma del diritto societario*, in AA. VV., *Temi del nuovo diritto societario*, a cura di G. Palmieri, Napoli, 2005, p. 231.

[269] Cfr. E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 215; più di recente v. E. CIVERRA, *La fusione come fenomeno successorio*, cit., p. 198, per il quale «la fusione, come operazione programmata dagli

di assimilazione alla successione universale ha luogo sul piano degli effetti.

A favore della ricostruzione interpretativa analizzata nel presente paragrafo deve poi osservarsi che, ove un trasferimento patrimoniale si ritenga di ravvisare nella fusione, esso, per quanto finora rilevato, deve ritenersi un trasferimento analogo a quello caratteristico della successione universale (salva la peculiarità che trattasi di trasferimento *inter vivos*), per quanto questa si configuri come un istituto che ricorda le vicende proprie della persona fisica piuttosto che quelle tipiche della persona giuridica.

L'esigenza di individuare la disciplina applicabile a un trasferimento patrimoniale in senso tecnico, che la dottrina traslativista ritiene di non poter negare, costringe ad attingere ad istituti di diritto comune quale è la successione universale[270].

amministratori per rispondere a situazioni strategiche e operative cui l'ente deve far fronte, non segnala uno stato morituro della società, ma, al contrario, ne attesta la piena vitalità».

[270] Cfr. C. SANTAGATA, *La fusione fra società*, cit., p. 67, il quale rileva che, per definire le regole che governano la variazione della titolarità del patrimonio sociale nella fusione «il concetto di successione universale è l'unico reperibile nel corredo tradizionale dell'interprete al fine di giustificare le caratteristiche peculiari del fenomeno».

3.3. - La scissione (totale e parziale) come ipotesi di successione universale per atto tra vivi.

Per quanto concerne la scissione, va evidenziato che secondo alcuni Autori traslativisti [271] gli artt. 2506 ss. c.c.[272] disciplinerebbero non già la scissione, bensì *le scissioni* di società, la scissione totale e quella parziale non essendo riconducibili ad unità.

Ciò sembrerebbe evidente nella diversa disciplina dettata per il caso in cui permangano incertezze circa la destinazione di elementi patrimoniali della società scissa[273].

Ebbene, rilevano questi Autori, due sono i caratteri fondamentali della successione universale (per come disciplinata dal codice, nella forma della successione universale *mortis causa*): la responsabilità per i debiti del defunto e l'unità della vicenda traslativa avente ad oggetto un intero patrimonio, da cui discende, nel caso di pluralità di eredi, l'astrattezza della quota di ciascuno (modello della comunione *pro indiviso*). Il patrimonio viene trasferito *uno actu* nella sua globalità senza la necessaria indicazione dei beni che lo compongono.

Nell'ipotesi di *scissione totale* sicuramente ricorre il primo carattere (artt. 2506-*bis*, co. 3, e 2506-*quater*, co. 3, c.c.[274]).

Qualche incertezza potrebbe al contrario manifestarsi con riferimento all'unità del titolo e all'astrattezza delle quote, dato che

---

[271] In particolare U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 538 e A. MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie*, cit., p. 36 ss.

[272] Le tesi ora in esame, invero, sono state formulate nel vigore dei previgenti artt. 2504-*septies* ss., ma le novità introdotte dalla riforma del 2003 non modificano i presupposti delle tesi medesime.

[273] Art. 2506-*bis*, co. 2 e 3, nel quale, come già ricordato, in seguito alle modifiche introdotte nel 2003, si parla di "assegnazione" dell'intero patrimonio della società scissa o di parte di esso, e non più di "trasferimento", come invece si faceva nel previgente art. 2504-*octies*, co. 2 e 3, c.c.

[274] Come, prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 6 del 2003, gli artt. 2504-*octies*, co. 3 e 2504-*decies*, co. 2 c.c.

l'art. 2506-*bis*, co. 1, c.c.[275] esige che il progetto di scissione individui gli elementi patrimoniali da trasferire indicando contestualmente la società beneficiaria cui ciascuno è destinato: ciò potrebbe far pensare che la scissione totale determini non un'unica vicenda traslativa avente per oggetto l'intero patrimonio della società scissa, bensì tante vicende distinte quanti sono i rapporti ad essa facenti capo, secondo la dinamica propria della successione a titolo particolare[276]. Ma il legislatore ha normativamente sancito la compatibilità fra successione universale e attribuzione di singoli beni con l'art. 588, co. 2, c.c.[277]; perciò per stabilire a quale titolo (se universale o particolare) abbia luogo il trasferimento degli elementi patrimoniali descritti dal progetto di scissione totale con indicazione delle società destinatarie, sarà sufficiente applicare i criteri normalmente utilizzati per distinguere i casi in cui l'attribuzione di beni determinati abbia luogo a titolo universale da quelli in cui essa avvenga a titolo particolare.

Sotto il profilo degli effetti, l'attribuzione a titolo particolare si caratterizza innanzitutto perché di per sé non espone l'onorato alla responsabilità per debiti ereditari, e in secondo luogo perché essa, oltre ad individuare l'oggetto dell'assegnazione disposta a favore del successore, costituisce il limite invalicabile del suo acquisto.

---

[275] E così il previgente art. 2504-*octies*, co. 1, c.c.

[276] E' invero frequente, anche nella manualistica, l'affermazione che la scissione totale integrerebbe un'ipotesi di successione universale mentre la scissione parziale comporterebbe una successione a titolo particolare, ma tale assunto viene per lo più formulato in termini apodittici (come rileva G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 204), richiamando l'insegnamento classico in base al quale un fenomeno qualificabile come successione universale sarebbe giuridicamente possibile solo come successione nell'intero patrimonio di un soggetto, che si estingue (v. ad es. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 10ª ed., Napoli, 2003, p. 1379).

[277] A tenore del quale «l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio». Sul tema v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, p. 592 s.; L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, pp. 12 ss., 18 ss. e 23; in giurisprudenza v. Cass., 6 novembre 1986, n. 6516, in *Mass. Giur. it.*, 1986; Cass., 4 febbraio 1999, n. 974, in *Giur. it.*, 1999, 1579; Cass., 12 luglio 2001, n. 9467, in *Gius.*, 2001, 2532.

L'attribuzione di beni determinati a titolo universale assolve invece ad una funzione meramente rappresentativa della quota astratta di patrimonio in cui il destinatario della disposizione è chiamato a succedere[278]: l'astrattezza della quota convive in questo caso con la determinatezza dei beni concretamente assegnati, e per la sua idoneità a determinare l'acquisto *pro quota* di tutti i beni del *de cuius* fornisce il coerede di un titolo che gli consente di acquistare oltre ai beni attribuitigli dal testatore, anche quelli di cui egli non abbia disposto, in quanto ignoti o sopravvenuti. Sotto il profilo degli effetti, dunque, l'attribuzione di *singularis res* a titolo di erede si distingue dalla disposizione a titolo particolare per la sua naturale *vis espansiva*.

Alla luce del disposto dell'art. 2506-*bis*, co. 2, c.c.[279], quindi, la scissione totale potrebbe configurarsi come operazione che dà luogo ad una successione universale[280] dato che l'assegnazione di singoli elementi patrimoniali operata dal progetto di scissione «non costituisce il limite dell'acquisto di ciascuna società beneficiaria, ma un semplice apporzionamento non in grado di escluderne ulteriori»[281].

In questa prospettiva, le indicazioni relative alla destinazione dei singoli elementi patrimoniali, contenute nel progetto di scissione, possono essere viste come atti divisori, dato che il concetto di

---

[278] L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 12.

[279] Come in base al previgente art. 2504-*octies*, co. 2, c.c.

[280] Per quanto concerne la scissione totale, quindi, possono valorizzarsi le norme sulla destinazione degli elementi patrimoniali non risultanti dal progetto di scissione che dispongono la ripartizione proporzionale dell'attivo (art. 2506-*bis*, co. 2, c.c.) e la responsabilità solidale per il passivo (art. 2506-*bis*, co. 3, c.c.) rispettivamente a favore e a carico delle beneficiarie. Di conseguenza tali regole portano ad assimilare le assegnazioni che avvengono attraverso la scissione a quelle di «beni determinati come quota del patrimonio» – c.d. *institutiones ex re certa* – di cui all'art. 588 co. 2 c.c. e a rilevare conseguentemente la qualificazione dell'intera vicenda in termini di successione universale: così A. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 37. Nella vicenda in esame si rintraccerebbero, infatti, i «caratteri fondamentali del fenomeno ereditario», la «responsabilità per i debiti del defunto» e «l'unità della vicenda traslativa avente ad oggetto un intero patrimonio». V. anche C. CARUSO, *op. cit.*, p. 179.

[281] A. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 40.

divisione accolto dal legislatore non indica solo atti che pongano fine a una comunione, ma anche atti che prevengano l'instaurarsi di uno stato di comunione[282]; e dato che nella scissione totale la fonte del fenomeno traslativo avente ad oggetto l'intero patrimonio non sembra risiedere nelle indicazioni del progetto circa la destinazione dei singoli elementi attivi e passivi quanto piuttosto nella volontà di dar luogo ad un'operazione che realizza il trasferimento integrale del patrimonio sociale[283].

Come sopra ricordato, secondo parte della dottrina[284], poi, nella scissione totale la disciplina legale configurerebbe il fenomeno traslativo (per *tutte* le società beneficiarie) in termini di successione universale, senza però escludere che, convenzionalmente, attraverso il progetto di scissione, le stesse società possano disciplinare il trasferimento in modo che non tutte ma solo *alcune* (o magari una soltanto) succedano a titolo universale.

Così, pure nel caso di *scissione parziale*, secondo un'autorevole opinione[285], v'è successione a titolo universale, dato che le società beneficiarie rispondono dei debiti e divengono titolari di beni che, benché determinati, vanno considerati alla stregua di quote astratte.

Secondo altri autori[286], invece, gli artt. 2506-*bis*, co. 2 e 3, c.c. (la tesi è stata sviluppata nel vigore dei vecchi artt. 2504-*octies*, co. 2 e 3, sul punto equivalenti alle disposizioni oggi vigenti) evidenzierebbero come nel caso di scissione parziale non vi sia l'espansività della quota propria della successione universale. A differenza di quanto accade per la scissione totale, infatti, nella

[282] Cfr. l'art. 734 c.c. che definisce come divisione anche quella attuata dal testatore, la quale non scioglie, bensì previene la formazione di una comunione incidentale fra coeredi.

[283] Questo perché, *ex* art. 2506-*bis*, co. 2 e 3, c.c., anche elementi non menzionati dal progetto di scissione vengono trasferiti alle beneficiarie: quindi può ritenersi che le disposizioni contenute nel progetto non integrino il titolo dell'acquisto di ciascuna beneficiaria, bensì lo presuppongano.

[284] In particolare U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 531.

[285] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 507 ss., seguito da R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in *Il codice civile*, commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1993, p. 67.

[286] U. BELVISO, *op. cit.*, p. 532 e A. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 45 ss.

scissione parziale le indicazioni del progetto circa la destinazione del singolo elemento patrimoniale costituiscono *condicio sine qua non* del trasferimento. Con riguardo ai debiti, ciò significa che tali indicazioni sono indispensabili affinché la società scissa sia sollevata dal peso economico del debito nei rapporti interni con le società beneficiarie. Da ciò si desumerebbe che la responsabilità per gli elementi patrimoniali passivi la cui destinazione non risulti dal progetto opera a favore dei creditori come forma di rafforzamento della garanzia patrimoniale per un debito che non ha subito nessuna reale vicenda modificativa se non una complicazione soggettiva passiva con funzione di garanzia. La medesima funzione assumerebbe, in relazione ai debiti attribuiti dal progetto di scissione alle singole beneficiarie, la responsabilità che *ex* art. 2506-*quater*, co. 3, c.c. (vecchio art. 2504-*decies*, co. 3) investe la società scissa e tutte le altre beneficiarie in aggiunta a quella della società destinataria del debito.

La scissione parziale sarebbe, perciò, riconducibile al *genus* della successione a titolo particolare[287].

La logica sottesa a tale distinzione negli effetti prodotti dalla scissione totale e da quella parziale, si ricaverebbe quindi dall'analisi della disciplina dell'istituto.

---

[287] Diversamente che nel caso di scissione totale, per la scissione parziale – seppure la disciplina preveda per i debiti "sopravvenuti" una responsabilità solidale tra trasferente e beneficiaria (art. 2506-*bis*, co. 3, c.c.) – poiché l'attivo, se non descritto nel progetto di scissione, rimane esclusivamente in capo alla trasferente (art. 2506-*bis*, co. 2, c.c.), le assegnazioni non potrebbero che ricondursi nell'ambito della successione a titolo particolare. Riconduce espressamente la scissione parziale al *genus* della successione a titolo particolare, così contrapponendola alla scissione totale, F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, cit., p. 432 s., definendo la scissione come «una modificazione dell'atto costitutivo, che è volta a realizzare una profonda riorganizzazione delle società partecipanti ed è accompagnata, nella scissione "parziale", da effetti traslativi particolari; nella scissione "totale", da un effetto successorio universale, peraltro soggetto a regole singolari». Cfr., per una ripartizione tra successione a titolo particolare e universale L. COVIELLO JR., *Lezioni di diritto successorio*, Bari, 1958, p. 54, perentorio nell'affermare che «l'esclusione diretta o indiretta, dell'onorato dal partecipare a tale riparto è preclusiva dell'attribuzione della qualità di istituito in una quota dell'*universum ius*, giacché questa comporta per definizione questo diritto». Sul tema v. C. CARUSO, *op. cit.*, p. 179.

Si è già accennato[288] come la Corte di Cassazione[289] paia aver accolto tale distinzione, affermando che nella scissione totale, come si evince dalla complessiva funzione e dalla disciplina dell'istituto, «non si verifica il trasferimento da un soggetto ad un altro di singoli beni, e neanche di un complesso organizzato di beni come nel trasferimento di azienda, ma, come rilevato in dottrina, una vera e propria successione a titolo universale tra i soggetti implicati, anche se con frazionamento tra soggetti diversi del patrimonio e dei relativi rapporti», realizzandosi infatti la contemporanea e immediata estinzione della società originaria, con totale omissione della fase di liquidazione.

Inquadrata in questi termini la scissione totale, la Corte ha contrapposto la stessa alla scissione parziale, riconducendo implicitamente quest'ultima nell'ambito della successione a titolo particolare. Nella pronuncia in esame si afferma infatti che «non sembra che Cass., n. 9897 del 1998, che parla della necessità di accertare la sussistenza o meno di un trasferimento di azienda in ipotesi di scissione societaria[290], presupponga necessariamente un'impostazione sostanzialmente contrastante con quella qui seguita, poiché tale sentenza riguardava una vicenda di scissione parziale con trasferimento di solo parte del personale alla società beneficiaria della scissione, e la pronuncia di merito, la quale aveva escluso il diritto di tutti i dipendenti a passare alle dipendenze della società beneficiaria della scissione, è stata confermata in base al rilievo della permanenza di un nucleo aziendale presso la società scissa».

La distinzione tra scissione totale e scissione parziale, formulata in questi termini, non sembra però fondata su basi incontrovertibili.

[288] V., *supra*, "Le posizioni della giurisprudenza".

[289] Cass. civ., Sez. V, 27 aprile 2001, n. 6143, cit.

[290] Al fine di stabilire il foro competente per le controversie con i dipendenti della società scissa.

Si può infatti ritenere[291] che, nella prospettiva traslativista, anche la scissione parziale vada ricostruita come un'ipotesi di successione universale. Il carattere qualificante di fusione e scissione può essere visto in una successione avente ad oggetto, complessivamente o per quote, un patrimonio integralmente considerato (attivo e passivo) e non solo elementi che lo compongono. «La successione così intesa non richiede né la unicità del successore, né che il trasferimento includa per lo meno una quota di tutti i beni»[292]: così è regolata la stessa successione ereditaria (artt. 713, 752, 754 c.c.).

Il nodo più difficile da sciogliere rimane perciò quello relativo alla vicenda che caratterizza i debiti nel caso in cui vi siano più successori: ma anche qui la responsabilità limitata dell'erede beneficiato e la responsabilità parziaria di ciascun erede nell'ipotesi di pluralità degli stessi dimostrano che perché vi sia successione universale non è essenziale la responsabilità illimitata (e solidale) del successore (o dei successori).

Dall'art. 2506-*bis*, co. 2 e 3 c.c.[293] e dall'art. 2506-*quater*, co. 3 c.c.[294], si desume che «le società beneficiarie, sopravviva o meno la società scissa, acquistano *quote* del suo patrimonio[295], sia pure determinate negli elementi attivi, e rispondono *pro quota* verso i terzi dei debiti della società trasferente anche "facenti carico" (secondo il progetto di scissione) ad altra società beneficiaria ma da questa non soddisfatti»[296]. Questa disciplina impedisce ai creditori di agire per l'intero (anche nel caso in cui il debitore originario sia sopravvissuto), ma conserva comunque ad essi la possibilità di agire

[291] D'accordo con G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 504 ss., seguito da R. ROMEI, *op. cit.*, p. 67 e da G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 203 ss.

[292] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 506.

[293] E già dal vecchio art. 2504-*octies*, co. 2 e 3 c.c..

[294] E così dal previgente art. 2504-*decies*, co. 2 c.c..

[295] È importante notare che nell'art. 2506-*bis*, co. 2, c.c. (come nel vecchio art. 2504-*octies*, co. 2, c.c.) si parla effettivamente di *quota*.

[296] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 507.

pro quota contro le società beneficiarie, anche se soltanto nei limiti della quota di patrimonio netto ricevuta da ciascuna. Tutto ciò, in effetti, comporta il pregiudizio processuale derivante dalla divisione del debito (che caratterizza oltretutto la stessa successione di più eredi), ma «fa sostanzialmente salva l'unitarietà della garanzia costituita dal patrimonio originario e sembra sufficiente per concludere che le società partecipanti sono succedute o rimaste titolari per quote del patrimonio medesimo»[297]. Non contrasta con questa conclusione la circostanza che le quote siano costituite da elementi determinati dell'attivo, perché ciò può accadere anche nella quota di eredità. E neanche impedisce questa conclusione la limitazione della responsabilità dei successori (le società beneficiarie), possibile anche a favore dell'erede (beneficiato); anzi, nel nostro caso[298], la responsabilità dei successori è anche solidale[299].

Si può perciò concludere che, ove si ritenga di individuare nella scissione uno spostamento patrimoniale, esso, sia nel caso di scissione totale che in quello di scissione parziale, abbia l'identica natura di successione universale, realizzando in concreto una successione delle società beneficiarie nell'intero patrimonio o in quote dell'intero patrimonio (attivo e passivo) della società scissa.

A conferma di questa ricostruzione si può inoltre osservare che, così come nella scissione totale, neanche nella scissione parziale la

[297] G. OPPO, *op. loc. ult. cit.*.

[298] E a differenza che nella successione ereditaria, v. art. 754 c.c.

[299] Sulla responsabilità solidale delle società partecipanti alla scissione, v. G. CABRAS, *La scissione delle società*, cit., p. 281 s., che sottolinea la responsabilità anche della società scissa in caso di scissione parziale a norma dell'art. 2504-*decies*, co. 2, c.c. (oggi art. 2506-*quater*, co. 3, c.c.). Si evidenzia anche che la responsabilità delle società partecipanti all'operazione, oltre ad essere limitata entro il valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna delle beneficiarie (ma, entro questi limiti, le società rispondono con il loro intero patrimonio e non con i beni ricevuti con l'operazione in questione), è anche sussidiaria, potendosene avvalere il creditore solo dopo aver preteso l'adempimento dalla società debitrice. La regola della responsabilità solidale (riguardante soltanto i debiti esistenti al momento in cui ha efficacia la scissione, art. 2506-*quater*, co. 1, c.c. e, prima della riforma del 2003, art. 2504-*decies*, co. 1, c.c.) viene vista anche nella sua funzione di «rinsaldare il filo di continuità che lega la società scissa con le società beneficiarie».

legge richiede l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli rapporti giuridici[300]: indizio, questo, che parrebbe indicare l'unicità del titolo dell'acquisto da parte del successore (*una causa transmissionis*), confermando altresì la perdita di individualità dei beni che compongono la quota di patrimonio trasferita.

Anche se la scissione parziale è spesso accomunata in via interpretativa alle vicende tipicamente ricondotte alla successione a titolo particolare dall'applicazione del regime processuale di cui all'art. 111 c.p.c.[301], si può osservare che nella regolamentazione della scissione non si ritrovano disposizioni del tenore dell'art. 1543, co. 2, c.c., che per la vendita di eredità prevede l'obbligo del venditore di «prestarsi agli atti che sono necessari per rendere efficace, di fronte ai terzi, la trasmissione di ciascuno dei diritti compresi nell'eredità», e dell'art. 2556, co. 1, c.c., che per il trasferimento d'azienda fa «salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto»[302]. L'assenza di

---

[300] Cfr. A. MORANO, *Prime osservazioni in tema di scissione*, in *Le società*, 1991, p. 1308.

[301] Che disciplina il regime processuale della successione a titolo particolare nel diritto controverso. Cfr. C. CARUSO, *op. cit.*, p. 199.

[302] Per quanto riguarda la qualificazione della vendita di eredità come fattispecie che dà luogo ad una successione a titolo particolare, cfr., ad es., C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 132, che evidenzia come nella vendita di eredità non si verifichi «uno svestimento della qualità di erede che trapassa da un soggetto all'altro, ma solo il passaggio degli effetti vantaggiosi di questa qualità, del diritto ad avere ciò che l'erede avrebbe effettivamente lucrato dall'eredità». Ciò che diversifica il nostro sistema da quello di diritto romano classico, in cui era possibile il passaggio della qualità di erede da un soggetto all'altro mediante la *in iure cessio hereditatis*, ove l'erede fosse *legitimus* e nel caso in cui l'atto avvenisse *ante aditionem hereditatis*. Rileva Ruperto come si operasse così una *successio in locum*, «mercé la quale s'attuavano in capo al cessionario gli effetti che erano necessariamente collegati a quella qualità». Con riferimento al trasferimento d'azienda, la sua riconducibilità alla successione a titolo particolare è quasi unanimemente riconosciuta (così C. CARUSO, *op. cit.*, p. 199, nt. 96), ad eccezione delle opinioni isolate di quegli autori i quali, considerando un presupposto della fattispecie la "successione nell'impresa", cioè una sostituzione dell'acquirente nell'esercizio dell'impresa del cedente equivalente a quella dell'erede al *de cuius*, sostengono la sua riconducibilità nell'ambito della successione universale. Per una critica a tale orientamento, cfr. A. GUACCERO, *Conferimento d'azienda bancaria e successione processuale: le*

norme di questo tipo sembra avvalorare l'assunto che il legislatore ha considerato unitariamente il complesso di beni e rapporti sia nel caso in cui l'effetto traslativo riguardi l'intero patrimonio della società scissa nella scissione totale, sia quando sia relativo ad una parte soltanto di esso[303].

vicende dell'impresa, in *Riv. soc.*, 1999, p. 1044 ss., e i riferimenti contenuti alla nt. 17 a p. 1032. Per una conferma della concezione accolta nel testo, v. anche C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 134.

[303] In questi termini, G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 121 ss., che, pur non condividendo l'impostazione che vede nella scissione parziale un'ipotesi di successione universale in senso tecnico (p. 135), tiene distinte le ipotesi di scissione di società da quelle operazioni che invece «involgono un fascio di alienazioni aventi per oggetto singoli beni».

Capitolo quarto.

4. - La prospettiva traslativista: l'atto negoziale alla base del trasferimento patrimoniale e il significato dell'attribuzione ai soci della società fusa o scissa delle partecipazioni nelle società beneficiarie.
Il rapporto fra il trasferimento del patrimonio e l'assegnazione delle partecipazioni.

4.1. - La volontà alla base del trasferimento del patrimonio e il ruolo dei soci.

Dopo aver analizzato la natura del trasferimento patrimoniale che, nella prospettiva traslativista, può individuarsi nelle fattispecie della fusione e della scissione, ci si deve ora occupare della circostanza che la successione universale che si può configurare nel descritto fenomeno traslativo si verifica in seguito ad un atto volontario della società fusa o scissa (e non è quindi fenomeno necessario come accade nella successione *mortis causa*) e del significato, nell'ambito della vicenda traslativa, della prosecuzione della partecipazione originaria dei soci nella o nelle società che sopravvivono all'operazione (elemento, come detto, rappresentato in via generale dall'attribuzione delle partecipazioni della società beneficiaria del trasferimento ai soci della società fusa o scissa).

Innanzitutto, va osservato che, ove di trasferimento si voglia parlare, deve riconoscersi che il patrimonio o la parte di patrimonio della società fusa o scissa si trasferisce in conseguenza di una manifestazione di volontà della stessa[304]. Vero è che, ove si ritenga,

[304] Così G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 507. A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1031 s., per il quale «la fonte dell'effetto del trasferimento patrimoniale e dell'effetto dell'assegnazione delle

come suggerisce ad una autorevole dottrina[305] la ricostruzione di Giuseppe Ferri cui si è fatto sopra riferimento, che la successione non si attua direttamente in virtù di un atto di disposizione della società, quanto piuttosto in virtù di un atto diretto alla compenetrazione degli organismi sociali e della sostituzione di una persona nella posizione giuridica di una persona diversa che ne consegue, la volontà alla base del trasferimento assume non eccessiva importanza a fini definitori delle nostre fattispecie.

Potrebbe però forse apparire eccessivo ritenere, come pure sembra l'autorevole dottrina da ultimo menzionata[306], che, essendo la volontà diretta alla compenetrazione degli organismi sociali, l'effetto successorio sarebbe una conseguenza implicita di tale manifestazione di volontà, discendente direttamente dall'ordinamento statuale. La tesi è certo coerente con le premesse da cui muove, ma forse accosta eccessivamente i nostri istituti a fenomeni necessari (e non volontari) come la successione ereditaria. D'altronde, come sopra ricordato, lo stesso Giuseppe Ferri vedeva nella volontà alla base della successione un elemento di discrimine essenziale fra la successione da fusione e la successione ereditaria,

---

azioni o quote è […] la volontà (intesa in senso precettivo) delle società interessate, cui l'ordinamento attribuisce rilevanza e efficacia», ciò da cui l'Autore fa derivare la constatazione che «il trasferimento patrimoniale e l'assegnazione delle azioni o quote non sono propriamente l'uno conseguenza dell'altro e viceversa. La scissione, infatti, è, allo stesso tempo, sia trasferimento di quote di patrimonio sia assegnazione di partecipazioni sociali, programmati dalle società partecipanti. Non sarebbe corretto, perciò, disgiungere i due elementi e intendere l'assegnazione delle azioni o quote quale effetto stabilito dall'ordinamento a fronte del trasferimento patrimoniale disposto dalle parti ovvero, al contrario, interpretare il trasferimento quale effetto prescritto dall'ordinamento a fronte dell'assegnazione».V. anche la decisione inedita del Tribunale di Milano nella quale si è affermato che «la successione universale determinata dalla fusione appare accomunata all'ipotesi di successione particolare (prevista dall'art. 111 c.p.c.) dagli elementi della volontarietà e della consapevolezza» (Trib. Milano, 19 gennaio 1998, Fall. L'Asfalto Ansani s.r.l. c. Banca Agricola Milanese s.p.a., la cui massima è reperibile su *internet*, alla pagina *www.ghidini-associati.it*).

[305] C. SANTAGATA, *La fusione fra società*, cit., p. 181.

[306] C. SANTAGATA, *op. loc. ult. cit.*.

e, in particolare, configurava espressamente tale volontà come fondamento del fenomeno successorio[307].

In una diversa prospettiva potrebbe concludersi[308] che, anche ove la volontà dei soci non si ritenga immediatamente diretta al trasferimento patrimoniale, perché diretta alla modifica dell'organizzazione sociale, essa resta sempre e comunque causa efficiente del trasferimento stesso, che non diviene mai fenomeno necessario, come invece accade nella successione ereditaria. In sintesi, potrebbe dirsi, il trasferimento patrimoniale è il risultato di una manifestazione di volontà della società fusa o scissa diretta a conseguire un certo assetto[309].

E come si è detto, non solo la volontarietà del trasferimento (che è nella volontà di realizzare la compenetrazione degli organismi sociali) ma anche la diretta partecipazione alla vicenda traslativa dei soci della società fusa o scissa, che sono i soggetti concretamente interessati al patrimonio trasferito[310], determinano le peculiarità delle vicende in esame rispetto ad altre comunque traslative di un patrimonio o di parte di esso.

Viene sottolineato, a tal proposito, che «essenziale per la qualificazione di fusione e scissione è infatti l'imputazione del risultato sostanziale dell'operazione, dell'effetto attivo corrispondente alla (se non corrispettivo della) attribuzione ad altri del patrimonio o di quote del patrimonio sociale. Si estingua o no la società fusa o scissa, questo risultato appartiene *ai soci*»[311]. È la

---

[307] G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, cit., p. 218.

[308] Questa sembra essere la tesi di A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1031 s.

[309] Cfr. G. MUSCO, *La natura giuridica della scissione di società*, in *Dir. fall.*, 1995, I, p. 1014.

[310] Dato che, pur essendo la società il soggetto *formalmente* titolare del patrimonio destinato all'attività sociale, è chiaro che, concretamente, questa risulta essere soltanto uno strumento di cui si avvalgono le persone fisiche dei soci (che quindi considereremo *sostanzialmente* titolari del patrimonio sociale), per lo svolgimento dell'attività d'impresa con quel patrimonio. E ciò perché alla base dell'esercizio dei poteri di gestione e di disposizione del patrimonio stanno degli interessi (nucleo sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive) che, in quanto tali, non possono che far capo a persone fisiche.

[311] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 508.

struttura stessa delle fattispecie in commento, così come delineata dalla disciplina positiva, che afferma esplicitamente la strumentalità della società rispetto al rapporto tra i soci e all'interesse dei soci, permettendo di considerare le società "parti in senso formale" e i soci "parti in senso sostanziale" del negozio di fusione o scissione[312].

Il recupero da parte dei soci della posizione di parti sostanziali comporta l'attribuzione ad essi delle partecipazioni alla società beneficiaria sia nel caso in cui la società fusa o scissa venga meno come soggetto di diritto, sia nel caso in cui la persona giuridica sopravviva all'operazione[313].

Va ribadito[314] che anche nella particolare ipotesi di scissione "asimmetrica", possibile a partire dall'entrata in vigore della riforma introdotta con il d.lgs. n. 6 del 2003, in cui, per consenso

---

[312] Considerando "parti in senso formale" le società, G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 508, colloca le fattispecie in esame tra quelle in cui l'effetto passivo incombe all'agente, mentre dell'effetto attivo beneficia il reale interessato (a prescindere dal contratto a favore di terzo e, per certi aspetti, dal mandato senza rappresentanza, Giorgio Oppo ne individua altre in materia assicurativa e anche societaria: cfr. G. OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 146 ss.). La distinzione fra "parti in senso formale" e "parti in senso sostanziale" nella scissione di società è accolta anche da G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 187 ss.

[313] In sostanza, come si è già detto in sede di analisi del dato dell'attribuzione delle partecipazioni ai soci nell'ottica della teoria modificativa (v. *supra*, "La teoria modificativa"), lo stesso legislatore, nel disciplinare i nostri istituti, ha superato l'idea della sostanziale (e non soltanto formale) alterità della società rispetto ai soci che la compongono. La disciplina positiva evidenzia che l'assegnazione del patrimonio a favore della società beneficiaria non proviene concretamente da un astratto ente, terzo rispetto agli individui che assumeranno la partecipazione, quanto piuttosto dalla collettività dei soci che decide la particolare destinazione del patrimonio sociale. Questo perché, anche nei casi in cui la società fusa o scissa si estingue – come soggetto giuridico – a seguito dell'operazione, il patrimonio che forma oggetto dell'operazione stessa risulta ancora concretamente riferibile all'insieme dei soci che hanno deciso l'operazione. E ciò rende chiaramente l'idea della "continuità" dell'attività svolta dal gruppo sociale nonostante l'avvenuto formale mutamento di titolarità del patrimonio, evidenziando la permanenza della società come rapporto anche nei casi di estinzione della società intesa come ente. A maggior ragione, nei casi in cui la società che dà vita all'operazione sopravvive ad essa, l'attribuzione delle partecipazioni nelle beneficiarie ai soci invece che alla società rende palese la posizione preminente di questi nella dinamica dei nostri istituti.

[314] V. già quanto rilevato nel paragrafo "Le posizioni dottrinali intermedie".

unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite partecipazioni di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni della società scissa (nuovo art. 2506, co. 2, c.c.), rimane fermo quanto ora affermato, poiché anche qui il risultato sostanziale dell'operazione pertiene ai soci, e non alla società che trasferisce il patrimonio.

Anche in tale caso, come in ognuno dei peculiari casi in cui manchi, o sia comunque limitata, l'assegnazione di partecipazioni delle beneficiarie ai soci della società che effettua l'operazione di fusione o di scissione[315] (anche volendo considerare le ipotesi di scissione "asimmetrica" come riconducibili alle *fattispecie* oggetto di esame nel presente lavoro, anziché come operazioni atipiche ad esse assimililabili[316]), la vicenda che investe l'ente fuso o scisso comporta i propri effetti tipici «*senza che sia tuttavia liquidato l'investimento effettuato originariamente dai soci, e che costituisce il titolo giuridico della loro partecipazione all'attività*»[317], in modo tale che, le operazioni in esame, in qualunque forma si realizzino, e anche nell'ipotesi in cui non siano attribuite ai soci della società fusa o scissa partecipazioni nelle beneficiarie, implicano comunque «*continuazione dell'attività* (da parte della compagine sociale che delibera l'operazione) e *continuità nell'originario rapporto di partecipazione sociale*»[318].

Un dato rilevante in tal senso, che merita di essere sottolineato, è la circostanza incontrovertibile che, nelle operazioni in esame, in ogni ipotesi e anche ove si verifichi l'estinzione dell'ente originario, «non vi è mai liquidazione, e cioè estinzione, del rapporto sociale; l'assenza della fase liquidatoria, che non è in

---

[315] V. un'esemplificazione di tali ipotesi in G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 156 ss.

[316] V. *supra* il paragrafo "Le posizioni dottrinali intermedie".

[317] Con esplicito riferimento alla scissione, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 188.

[318] G. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*, la quale rileva altresì, a p. 189, come al centro del fenomeno della scissione vi sia «l'intento dei soci della società scissa, titolari in senso sostanziale del patrimonio trasferito, di continuare l'attività, *pro parte*, nelle società beneficiarie, ovvero nella stessa scissa (in questo caso allo scopo di separarsi da altri soci che la continuano, invece, nella o nelle beneficiarie)».

principio sopprimibile in quanto assolve ad una funzione di tutela degli interessi dei terzi, si spiega e si giustifica in quanto vi sia prosecuzione dell'attività»[319].

La menzionata distribuzione di ruoli tra parti formali e sostanziali si presenta come un ponte tra le due opposte concezioni (traslativa e modificativa), che si sono viste fronteggiarsi nel tentativo di definire la natura giuridica di fusione e scissione. Infatti, come si è visto[320], la valorizzazione di questo aspetto degli istituti in commento consente di contemperare l'idea del trasferimento della titolarità formale del patrimonio o di parte di esso da una società all'altra (a cui può accompagnarsi o meno l'estinzione della società trasferente), con l'idea della continuità dell'attività sociale e della permanenza della società come rapporto che è alla base della teoria modificativa. In altre parole, la distinzione tra parti formali e sostanziali permette di conciliare l'innegabile funzione di modifica dell'organizzazione sociale propria della fusione e della scissione con l'effetto traslativo che la dottrina traslativista ravvisa in tali operazioni[321]. Anche ove le vicende in esame vengano considerate estintive e/o costitutive della

[319] G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 189, nota 6.

[320] V. *supra*, "Le posizioni dottrinali intermedie".

[321] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 509, esprime questa idea affermando che la distinzione tra parti formali e parti sostanziali sembra in grado di conciliare gli opposti punti di vista sulla costruzione delle fattispecie di fusione e scissione, attenuando il contrasto tra chi le incentra sulle società come soggetti che «si danno un nuovo ordinamento» (è questo, secondo Oppo, il senso anche del "negozio corporativo" di G. FERRI, ora in *Le Società*, Torino, 1987, p. 980 ss.) e chi le incentra sui soci come reali titolari dell'interesse e dell'azione: prospettazioni alle quali corrispondono, rispettivamente, una concezione estintivo-creativa e una concezione soltanto modificativa della fusione e della scissione. Va notato che il particolare rilievo della posizione dei soci nelle operazioni societarie considerate emerge chiaramente già nella disciplina comunitaria, la quale, come si è visto, sembra per converso valorizzare più della disciplina nazionale gli aspetti della fusione e della scissione legati al trasferimento patrimoniale che si verifica tra gli enti. In proposito v. M. CASSOTTANA e A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2002, p. 100, dove si evidenzia come «gli interessi in gioco nella fusione e nella scissione appartengano ai soci e non alla società partecipante».

società intesa come ente[322], ad esse può però essere assegnata solo una funzione modificativa della società, ove questa venga intesa come rapporto[323]. Così, si è efficacemente esemplificato[324], «se diciamo che si sono unificate le due Germanie non intendiamo che le due collettività siano estinte, ma che il legame nazionale continua all'interno di esse, comunicato ai componenti di entrambe, anche se uno dei due Stati si è estinto. Qualcosa di simile può dirsi anche della scissione, in cui il rapporto sociale continua tra gli appartenenti a ciascun gruppo, ridotto o arricchito dall'ingresso di altri partecipanti».

L'idea di continuità del rapporto e dell'attività sociale può vedersi anche alla base della scelta effettuata dal legislatore per i criteri del bilancio *di esercizio* da utilizzare in sede di fusione o scissione nella valutazione delle situazioni patrimoniali (artt. 2501-*quater*, co. 1 e 2506-*ter*, co. 1, c.c., come già i previgenti artt. 2501-*ter*, co. 2 e 2504-*novies*, co. 1 c.c.)[325]; e forse anche alla base

[322] Almeno quando l'estinzione o la costituzione di una società non siano escluse dalla struttura stessa dell'operazione. Si ripete l'esempio della scissione parziale, che non ha effetto estintivo della società scissa, come la fusione per incorporazione non estingue la società incorporante né ha effetto costitutivo di quest'ultima; così un effetto costitutivo va escluso nella scissione a favore di società preesistenti.

[323] G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 1988, p. 517 s., sottolinea un contemperamento normativo tra continuità ed estinzione.

[324] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 509.

[325] La disposizione per cui la situazione patrimoniale è redatta «con l'osservanza delle norme sul bilancio di esercizio», introdotta nel 1991, chiude definitivamente la disputa tra chi riteneva che la situazione patrimoniale (che le società già dovevano redigere in applicazione dell'art. 2502, co. 2, c.c. del 1942) fosse un documento contabile predisposto con i criteri del bilancio di esercizio e chi invece assegnava al bilancio di fusione il compito di dare ai soci dati precisi per la determinazione del rapporto di cambio, dovendo quindi la situazione patrimoniale indicare il valore effettivo del patrimonio della società anziché quello prudenziale del bilancio di esercizio. La scelta del legislatore chiude la vertenza applicando la sesta direttiva comunitaria, e sembra giustificarsi anche perché le informazioni ai soci sulla congruità del rapporto di cambio sono assicurate dalla relazione degli amministratori e degli esperti. La situazione patrimoniale quindi, costituisce oggi «un vero e proprio bilancio di esercizio infraannuale (c.d. bilancio di fusione), la cui funzione prevalente è quella di fornire ai creditori sociali informazioni *aggiornate* per il consapevole esercizio del diritto di opposizione *ex* art. 2503» (G. F. CAMPOBASSO, *La recente disciplina in materia di fusione e*

dell'altra scelta normativa che vieta l'operazione nel caso di società in stato di liquidazione giunto alla distribuzione dell'attivo (artt. 2501, co. 2 e 2506, u.c., c.c., come già i vecchi artt. 2501, co. 2 e 2504-*septies*, co. 2 c.c.).

La distinzione tra parti in senso formale (le società) e parti in senso sostanziale (i soci), e più in particolare la qualificazione della società come strumento a disposizione dei soci per perseguire i loro interessi adottando una precisa disciplina nello svolgimento della loro attività, permette alla società, e cioè alla maggioranza dei soci, di intervenire sul rapporto sociale secondo la regola sociale[326].

Si tratta ora di verificare come questa affermazione possa incidere sulla qualificazione giuridica delle operazioni di fusione e scissione, in particolar modo sulla configurabilità di una natura contrattuale delle medesime.

Accertata la possibilità che attraverso le operazioni di fusione e scissione avvenga la costituzione di nuove società, intese come enti, rimane aperto il problema, a cui si è già accennato (e per vero oggi da ridimensionarsi notevolmente per quanto *supra* evidenziato in tema di costituzione unilaterale di società), della compatibilità di questo effetto costitutivo con il principio generale espresso dall'art. 2247 c.c., che richiede la genesi contrattuale della società, e quindi l'esistenza di una pluralità di soggetti (almeno due) che assumano la veste di contraenti[327].

---

scissione di società: profili civilistici, in *Dir. lav.*, 1992, p. 381 s.). Sul tema v. anche G. DE FERRA, *La scissione di società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 219 s.

[326] Cfr., in tema di scissione, l'efficace affermazione di G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 191, secondo cui «i soci "attraversano" la vicenda (dalla fase prodromica, antecedente l'effetto tipico, a quella post-scissione), accettando o subendo (sulla base di una deliberazione maggioritaria) una modifica, che può essere anche molto profonda, del loro originario rapporto di partecipazione, ma non la sua cessazione, neppure parziale».

[327] Si è parlato di questo problema in sede di esposizione delle obiezioni che la dottrina modificativista muove alla tesi traslativa (v. *supra*, "critiche alla tesi tradizionale"). Si è visto che la posizione da cui gli autori modificativisti muovono è quella di considerare i nostri istituti come mere modifiche del contratto sociale, vedendo così fin dall'inizio l'esistenza di una pluralità di soci (non essendoci perciò costituzione unilaterale di nuove società) e attribuendo al conferimento

Si è già detto che la questione non sembra porsi per la fusione da cui scaturisca una società nuova. In questa ipotesi, infatti, vi è una pluralità di società preesistenti che partecipano all'operazione, potendo in essa acquisire la qualifica di contraenti. Lo stesso vale per la scissione parziale per incorporazione. Ma questa spiegazione del fenomeno non può valere per la scissione con creazione di una o più società nuove. Il legislatore non fornisce alcuna indicazione per identificare un meccanismo che renda possibile la nascita di tali società secondo i principi generali dell'ordinamento, che, va ricordato, nell'anno 1991 (quando fu introdotta la scissione), non soffrivano le massicce deroghe legislative oggi vigenti (in base alle quali è stata sempre più diffusamente ammessa la costituzione unilaterale di società).

A ciò si aggiunga che la maggior parte degli autori, nel panorama normativo anteriore al 1991, tendeva a negare l'ammissibilità della stessa scissione proprio affermando l'incompatibilità di questa con la regola dell'origine contrattuale della società.

In proposito si è evidenziato[328] come il legislatore si sia limitato a riprodurre troppo fiduciosamente le previsioni della direttiva comunitaria, quasi che esse fossero autosufficienti anche trasportate nel diritto interno, perché se la "partenogenesi" di nuove società con gli stessi soci della società scissa può ritenersi conforme all'orientamento della sesta direttiva, all'incontro con il nostro

originario di questi la funzione di giustificare l'assegnazione diretta delle quote o azioni della o delle nuove beneficiarie. Comunque, l'ammettere che le nostre vicende siano modificative del rapporto tra soci, non esime dall'identificare il meccanismo, contrattuale o meno, di una "modificazione" che crea gruppi giuridicamente soggettivizzati o "individualizzati". Va ribadito, inoltre, che anche nei casi in cui sia ormai ammissibile la costituzione unilaterale della società (v., in proposito, l'art. 6, co. 2, del d.lgs. 20 novembre 1990, n. 365; gli artt. 2247 e 2475 c.c., come modificati dal d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88; l'art. 10, lett. a) del d. l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito nella l. 30 luglio 1994, n. 474; il nuovo art. 2328 c.c. come risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), non può trascurarsi l'esigenza di stabilire se le società risultanti dall'operazione societaria debbano considerarsi o meno costituite attraverso un atto unilaterale.

[328] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 510.

diritto non potrebbe prescindersi da un atto (contratto) costitutivo stipulato da più soggetti, sia pure soci della società scissa, che dia vita alle società nuove[329].

Una soluzione del problema che merita attenta considerazione è quella fornita da Giorgio Oppo[330], per il quale «anche a ritenere che la società – benché "soggetto collettivo" – non possa costituire una società nuova con proprio atto unilaterale (e quindi a negare che la scelta legislativa deroghi implicitamente alla contrattualità dell'atto costitutivo), resta la possibilità di configurare [...] un mandato conferito all'amministratore dai soci che hanno deliberato la scissione (sia pure a maggioranza e "in rappresentanza" degli altri), nella qualità di parti sostanziali del futuro rapporto sociale perché li rappresenti nella costituzione della società nuova: una sorta di contratto con se stesso, reso possibile dalla predeterminazione del contenuto contrattuale, che l'amministratore concluderebbe "in rappresentanza" di più parti *ex* art. 1395 c.c.».

Attraverso questa configurazione, l'Autore riesce a fornire una spiegazione del fenomeno inquadrandolo nei principi generali, e quindi facendolo apparire come la manifestazione di una "regola", piuttosto che un'eccezione. In particolare, attraverso questa elaborazione si riesce ad evitare il riferimento ai vari esempi legislativi di costituzione unipersonale di una società[331], i quali hanno costituito normalmente l'unico appiglio della dottrina tradizionale per giustificare nel sistema la costituzione di società attraverso le nostre operazioni. Si aggiunga che la costruzione ora proposta si coordina perfettamente con il diritto di tutti i soci della società scissa alle azioni o quote delle società nuove: «diritto che suppone la partecipazione di tutti all'atto prima che al rapporto»[332].

---

[329] G. DE FERRA, *La scissione delle società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 212 ss.

[330] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 510.

[331] Che, oltretutto, sono in continuo aumento. Cfr. le ipotesi già sopra citate.

[332] G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 510.

La tesi qui analizzata mette in luce come la disciplina dei nostri istituti riaffermi che la società è uno strumento di attuazione dell'interesse dei soci il cui impiego non è condizionato dalle esigenze della persona giuridica; non assume infatti rilevanza la soggettività della società, bensì la sua funzione strumentale che permette di imputare gli effetti dell'operazione ai soci, anche quando sia stato trasferito, in tutto o in parte, il patrimonio sociale[333].

[333] Cfr. S. PESCATORE, *Il procedimento di scissione*, in *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni Griffi, Milano, 1995.

4.2. – Il rapporto fra l'assegnazione delle partecipazioni ai soci della società fusa o scissa e l'attribuzione patrimoniale alla società beneficiaria.

Della costruzione proposta nel paragrafo precedente, rimane da verificare se e in quali termini sia possibile accogliere la configurazione dell'assegnazione ai soci della società fusa o scissa delle partecipazioni nella società beneficiaria quale "corrispettivo" dell'attribuzione patrimoniale che, nella prospettiva traslativista, si realizza attraverso l'operazione[334].

Una giurisprudenza "traslativista" ha ritenuto di espressamente qualificare il nesso fra il trasferimento patrimoniale e l'assegnazione delle partecipazioni in termini di attribuzioni patrimoniali corrispettive: il Tribunale di Verona[335], in motivazione del decreto 6 novembre 1992 già citato, ha affermato che «la *causa*» della scissione risiede «nel trasferimento di attività e passività della società *in cambio* dell'attribuzione di quote o azioni della beneficiaria ai soci della scissa *per somma pari alla differenza tra l'attivo e il passivo trasferito*».

Tale ricostruzione, si osserva[336], inserisce l'istituto nella categoria dei contratti sinallagmatici, ed in particolare nella *species* di tali contratti rappresentata da quelli con attribuzioni patrimoniali corrispettive.

Il riferimento induce alcune precisazioni, non potendosi trascurare, neanche nella prospettiva traslativista, il rilievo secondo cui la scissione non potrebbe essere inquadrata nel contesto dei

---

[334] Si è visto (cfr. *supra*, nell'esposizione della teoria modificativa) come gli autori modificativisti siano, coerentemente con l'approccio da essi adottato, portati in linea di principio a non considerare le operazioni in esame in una logica "di scambio".

[335] Trib. Verona, 6 novembre 1992 (decr.), C.B.E. Elettrodomestici s.r.l. e C.B.E. s.r.l. ric., in *Riv. not.*, 1993, p. 479 ss., in *Le società*, 1993, p. 362 ss., con nota di G. VIDIRI ed in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 434 ss., con nota di E. GELATO, *Sull'ammissibilità delle scissioni di società senza assegnazione di azioni o quote: osservazioni a Trib. Verona, 6 novembre 1992 (decr.)*.

[336] Cfr., ad esempio, F. SPERONELLO, *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale*, cit., p. 297, nt. 71.

contratti sinallagmatici, non essendovi coincidenza tra i destinatari e autori delle attribuzioni patrimoniali corrispettive[337].

Parte della dottrina[338], in senso sostanzialmente conforme alla soluzione offerta da Giorgio Oppo, sostiene che il legislatore, nel prevedere l'attribuzione delle partecipazioni nella beneficiaria ai soci della società scissa, ha fatto «sintomatica applicazione» di una peculiare concezione della partecipazione sociale, coerente con i più volte richiamati orientamenti della dottrina che riconoscono il carattere meramente strumentale della persona giuridica.

Riconoscendo ai soci la caratteristica di "titolari in senso sostanziale" del patrimonio destinato all'attività sociale, la fusione e la scissione di società parrebbero compatibili con il meccanismo sinallagmatico: i soci ricevono le partecipazioni nelle beneficiarie in quanto titolari "sostanziali" del patrimonio a queste trasferito.

È a favore di questa ricostruzione anche un'attenta dottrina che non sembra ricondurre il fenomeno della scissione al principio sinallagmatico, ma considerarlo piuttosto un'eccezione a quel principio[339]. Questo perché «gli organi sociali della società che si scinde agiscono all'esterno e il soggetto terzo (la società beneficiaria) deve considerare controparte *nello stesso tempo* la società, come soggetto distinto dai soci, e i singoli soci individualmente»; infatti, l'effetto del trasferimento patrimoniale si produce tra la società scissa e le beneficiarie, mentre l'effetto dell'assegnazione delle partecipazioni si produce tra le beneficiarie e i soci della scissa. Questa "deviazione" di effetti, secondo la tesi

---

[337] Rilievo formulato da A. CERRAI, *La scissione*, in AA. VV., *Diritto commerciale*[3], Bologna, 1999, p. 479. Cfr. anche, successivamente alla riforma del 2003, A. CERRAI e G. GRIPPO, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, 4[a] ed., p. 379, secondo cui «in ogni caso l'istituto della scissione non può essere inquadrato nel contesto dei contratti sinallagmatici, atteso che la causa giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale di una società ad altra società non risiede in un corrispettivo, del quale dovrebbe fruire la società che compie l'atto di disposizione, bensì nell'assegnazione ai soci di essa di azioni o quote della o delle società beneficiarie dell'attribuzione patrimoniale».

[338] M. LAMANDINI, *Riflessioni*, cit., p. 523 ss.

[339] U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 538 s.

in esame, non si realizza a causa dell'*alterità* dei soci rispetto alla società (come porterebbe ad affermare la ricostruzione dell'istituto in termini di contratto a favore di terzi), quanto piuttosto grazie al «superamento della persona giuridica», che consente di riferire direttamente ai soci ciò che formalmente dovrebbe dirigersi verso la società[340].

Quanto sopra comporta anche che, se talora, in concreto, può mancare l'assegnazione delle partecipazioni ai soci, in astratto, un vantaggio patrimoniale diretto in capo agli stessi, corrispettivo del divisato trasferimento patrimoniale, possa ritenersi realizzato sempre e comunque[341]. In proposito, si è rilevato[342], con riferimento a una fattispecie di scissione in cui la quota di patrimonio trasferito aveva valore pari a zero e, quindi, non si faceva luogo a concambio né ad assegnazione, che in simili ipotesi, «l'esclusione dell'assegnazione di quote è dovuta al solo verificarsi della particolare coincidenza soggettiva, e dunque, di per sé, non integra un'eccezione alla regola, ma anzi è un'applicazione dei principi generali»; e questo perché «la vicenda traslativa in capo ai soci, nei limiti della peculiarità del caso, si verifica: i rapporti sociali della società scissa proseguono in quella beneficiaria», ricorrendo pertanto «quella peculiare caratteristica della scissione per cui in esito all'operazione gli effetti sono attribuiti direttamente in capo ai soci».

Si è detto come, nel caso in cui l'assegnazione delle partecipazioni ai soci della società fusa o scissa venga a mancare in quanto quest'ultima è partecipata in tutto dalla beneficiaria, il limite all'attribuzione delle partecipazioni deriva dall'assenza di rapporti

---

[340] Ed è qui che Belviso richiama M. LAMANDINI, cit.

[341] Cfr. F. SPERONELLO, *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale*, cit., p. 296 s., nt. 69.

[342] E. GELATO, in nota a al decreto del Tribunale di Verona, 6 novembre 1992, *Sull'ammissibilità delle scissioni di società senza assegnazione di azioni o quote: osservazioni a Trib. Verona, 6 novembre 1992 (decr.)*, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 438.

di partecipazione sociale (nella società fusa o scissa) diversi da quello che fa capo alla società beneficiaria e può quindi immaginarsi l'estinzione per confusione dell'obbligo della beneficiaria di assegnare partecipazioni ai soci della società fusa o scissa.

Si è già osservato, d'altronde, come anche in altri casi in cui non si verifica l'assegnazione delle partecipazioni delle società beneficiarie ai soci della società che dà luogo all'operazione (anche ove tali ipotesi si ritenessero propriamente riconducibili alle *fattispecie* oggetto di esame nel presente lavoro, piuttosto che qualificabili come operazioni atipiche ad esse assimilabili[343]), il risultato sostanziale dell'operazione pertiene ai soci, e non alla società che trasferisce il patrimonio.

Sulla base delle premesse di cui sopra, si è quindi concluso che la fusione e la scissione di società trovano la propria "causa" nella vicenda di scambio tra il patrimonio della società fusa o scissa e le partecipazioni nelle società beneficiarie[344] (o anche nella società scissa, nel caso particolare di scissione "asimmetrica"); in questa prospettiva, l'anomalia, rappresentata dal fatto che lo scambio non avviene tra le parti *formali* del trasferimento patrimoniale, si spiegherebbe perché sono i soci ad avere *sostanzialmente* sopportato il peso economico del trasferimento. Vi sono due attribuzioni patrimoniali nell'ambito dello stesso istituto, e il nesso esistente tra esse sarebbe ragionevolmente spiegabile avendo riguardo al diverso ruolo dei soggetti coinvolti (società e soci).

Ritengo però che il nesso esistente fra l'assegnazione delle partecipazioni ai soci della società fusa o scissa e l'attribuzione

---

[343] V., *supra*, il paragrafo "Le posizioni dottrinali intermedie".

[344] F. SPERONELLO, *op. cit.*, p. 298, le cui riflessioni in ordine alla scissione possono estendersi anche alla fusione. *Contra*, G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla "circolazione" dell'azienda per scissione*, in *Riv. dir comm.*, 2001, p. 450, la quale, con riferimento alla scissione, nega che il momento traslativo, e quindi la vicenda di scambio tra patrimonio e partecipazioni sociali, attenga alla "causa" dell'operazione, la quale risiederebbe «piuttosto nella riorganizzazione dell'attività e nella ristrutturazione del soggetto a cui questa è imputata», pur restando la fase del trasferimento patrimoniale «una componente indefettibile del profilo attuativo dell'operazione medesima».

patrimoniale che la teoria tradizionale riconosce come effetto imprescindibile della fusione e della scissione debba trovare una spiegazione (almeno in astratto) diversa.

In particolare, deve osservarsi che i soci della società fusa o scissa ottengono quote o azioni non perché effettuino attualmente un apporto, ma perché il patrimonio formato dagli apporti compiuti in origine viene frammentato tra più società diverse. Come ha chiaramente rilevato Paolo Ferro-Luzzi[345], le azioni o quote assegnate ai soci della società fusa o scissa rappresentano la traslazione nell'altra organizzazione della partecipazione collegata alla struttura "trasferita"[346].

In questa prospettiva si può affermare che le partecipazioni nella società beneficiaria ottenute dal socio "surrogano" una parte di quelle che a questi erano state attribuite in ragione dell'originario conferimento a suo tempo effettuato nella società poi fusa o scissa[347].

Ed infatti, come si è rilevato[348], «è il rapporto di partecipazione (l'investimento) del singolo socio nella società d'origine a costituire

[345] P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit., p. 1065 ss.

[346] V. *supra* l'esposizione della tesi di Ferro-Luzzi nell'ambito della teoria modificativa.

[347] Cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 148 e *ivi* nt. 70. V. anche C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in AA. VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni Griffi, Milano, 1995, p. 5, ove si afferma che nella fusione, «il titolo della partecipazione non si costituisce *ex novo* in dipendenza della stipulazione a favore del socio del negozio di fusione: il fondamento della partecipazione è invece già precostituito. Infatti, è incontestabile il duplice dato che il titolo esclusivo per la partecipazione ad una società è un conferimento ad essa effettuato, laddove, in sede di fusione, alcun ulteriore apporto effettuano i soci della società incorporante o risultante dalla fusione. A tale stregua, l'unica giustificazione plausibile consiste nel ritenere che la partecipazione a questa società si fondi sullo stesso titolo e, precisamente, in virtù dell'adesione già prestata al contratto sociale presso la società alla quale essi hanno originariamente effettuato il proprio apporto». V. da ultimo S. MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 796, secondo cui «la partecipazione alla società incorporante trova giustificazione (ed ha quindi la medesima radice causale) nell'originario conferimento effettuato alla società incorporata».

[348] G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 191.

il fondamento giuridico della sua partecipazione in una o più delle società risultanti» dall'operazione[349].

Quanto ora rilevato è il fulcro della caratteristica *continuità* dell'attività esercitata dal gruppo sociale che si verifica nelle operazioni di fusione e scissione.

[349] Osserva C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 53 s. che «i soci non effettuano alcun ulteriore apporto in prò della società risultante dalla fusione: ciò basta ad escludere che il titolo della partecipazione (alla società incorporante o risultante) si (ri)costituisca *ex novo* in dipendenza della fusione. Pertanto, rappresentando il conferimento il titolo esclusivo per la partecipazione ad una società, l'unica giustificazione plausibile consiste nel ritenere il fondamento già precostituito: fondare, cioè, la partecipazione alla società incorporante (o risultante dalla fusione) sullo stesso titolo, in virtù dell'adesione già prestata al contratto sociale presso la società alla quale essi hanno effettuato originariamente il loro apporto. La partecipazione alla società incorporante (o risultante dalla fusione) trova, pertanto, la sua esclusiva giustificazione nell'originario conferimento effettuato alla società nel cui àmbito è sorto il rapporto sociale; il che presuppone la persistente radice causale della partecipazione in virtù della perdurante vigenza del contratto cui afferisce». Lo stesso Autore, a p. 105 *op. ult. cit.*, si occupa della «scissione, che, pur nel suo "polimorfismo", presenta come elemento caratterizzante rispetto a fattispecie analoghe – oltre all'applicazione dell'integrale procedimento della fusione – il dato significativo, per la società che si scinde, della continuità della partecipazione dei suoi soci: essa prosegue nell'originaria radice causale anche nella società beneficiaria. La peculiarità di questo dato si coglie osservando che, pur costituendo la scissione (al pari della fusione) titolo autonomo e specifico per la costituzione della società che sorge per "partenogenesi" (in virtù dell'"atto unilaterale della società che si scinde") ovvero per l'aumento di capitale nella scissione per incorporazione, non ricorre nuovo conferimento né, tanto meno, sottoscrizione del capitale». Al contrario, condivisibilmente, secondo A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1041, il *titolo* che giustifica la partecipazione sociale nella beneficiaria va individuato più propriamente nel negozio di fusione o di scissione. L'Autore da ultimo citato giustifica l'affermazione che la partecipazione nelle società risultanti dall'operazione si radica nella volontà negoziale espressa nel procedimento di scissione e consacrata nell'atto di scissione precisando che «l'osservazione secondo la quale il fondamento della partecipazione del socio della scissa nelle beneficiarie risiederebbe nell'originario conferimento eseguito a favore della scissa […] trascura […] la rilevanza e l'incidenza del rapporto di cambio nel determinare la partecipazione del socio nelle beneficiarie. Essa, infatti, presuppone un'assoluta neutralità del rapporto di cambio, che invece non trova riscontro nelle norme in tema di scissione»; ed infatti «il rapporto di cambio non è neutro, non deriva cioè da un semplice rapporto matematico tra le frazioni patrimoniali oggetto di raffronto. In proposito, è opinione da tempo diffusa che il concambio non sia il portato di un semplice calcolo matematico e che sia espressione di una certa discrezionalità, purché entro il limite della ragionevolezza. E la discrezionalità – che deve rimanere nell'alveo della congruità, della non arbitrarietà, esprime in sostanza la valenza negoziale dell'operazione. Se così è, il rapporto di cambio rappresenta allora una cesura, una *variatio* rispetto al conferimento iniziale. In questo modo, *la misura delle azioni o quote assegnate ai soci della scissa non deriva dal conferimento iniziale*, mediato da un concambio asettico, neutro appunto, bensì *discende dal valore della frazione del patrimonio* (della scissa) *trasferita alla beneficiaria*, valore fissato e sintetizzato nel concambio».

La logica nella quale si muovono tali operazioni è quindi più vicina a quella dei contratti associativi, ovvero a quella dei fenomeni divisionali, piuttosto che a quella dei contratti di scambio[350].

Ciò potrebbe portare a concludere per l'impossibilità di parlare di corrispettività (in senso tecnico) dell'assegnazione delle partecipazioni rispetto all'attribuzione patrimoniale, ove si ritengano concettualmente contrapposti ai contratti a prestazioni corrispettive i contratti associativi[351] o i fenomeni divisionali[352].

Quanto finora esposto potrebbe invece ritenersi non compromettere la possibilità di identificare una sorta di nesso di corrispettività tra le prestazioni (secondo le tesi sopra esposte), ove l'assegnazione di partecipazioni si consideri "corrispettiva" dell'attribuzione patrimoniale nel senso che essa impedisce che, mediante l'operazione di fusione o di scissione, i soci della fusa o della scissa perdano il valore del patrimonio che trasmigra da una società all'altra.

Una "corrispettività" fra le prestazioni in discorso potrebbe anche ritenersi implicita nella possibilità di sostituire, nei limiti imposti dalla legge, parte delle partecipazioni sociali da attribuire ai soci con conguagli in denaro.

Quanto sopra detto deve in ogni caso portare a differenziare tale "corrispettività" da quella che si realizza nello schema della compravendita (dove, fra l'altro, la prestazione dell'acquirente incide direttamente sulla sfera giuridica dell'alienante), impedendo

---

[350] Deve comunque ricordarsi il monito di G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, cit., p. 79, secondo cui «è vana fatica quella di voler ricondurre la fusione nell'uno piuttosto che nell'altro schema negoziale, nella società piuttosto che nella cessione: perché, in base a tali tentativi, non si riuscirà mai a spiegare come mai socio della società che risulta dalla fusione o di quella che rimane sussistente non diviene già la società che trasmette il patrimonio, ma i soci di essa; non si riuscirà mai a giustificare la estinzione della società trasmittente».

[351] Come ritiene, ad es., P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 12ª ed., Milano, 1998, p. 281.

[352] Cfr. C. CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, cit., p. 185.

di vedere nell'assegnazione delle partecipazioni ai soci il "prezzo" del trasferimento patrimoniale.

Deve in particolare escludersi che i nostri istituti, per come strutturati dal legislatore, si muovano naturalmente in una logica "di scambio" equiparabile a quella che governa, ad esempio, il contratto di compravendita[353]. Ciò perché, anche tenendo fermo l'effetto traslativo del patrimonio a livello di enti, i soci non "scambiano" tale patrimonio con delle partecipazioni; essi, più semplicemente, sostituiscono le partecipazioni da essi possedute che tale patrimonio rappresentavano *prima* dell'operazione, con altre partecipazioni (nella o nelle beneficiarie), che tale patrimonio rappresentano *dopo* l'operazione[354].

---

[353] Conforme C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 82. Così anche, recentemente, G. FERRI *JR* – G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 236, secondo i quali il cambio delle partecipazioni «prescinde del tutto […] da un loro "scambio", e più in generale da un atto di disposizione del loro titolare». Sul tema v. anche Così F. SPERONELLO, *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale*, cit., p. 298, nt. 73.

[354] Cfr. A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1054, secondo cui «leggere la scissione come mera operazione di trasferimento patrimoniale e di assegnazione di azioni o quote ai soci della scissa condurrebbe ad un esito interpretativo insoddisfacente, se non addirittura fuorviante, in quanto porterebbe ad una qualificazione in termini di scambio, che tradirebbe lo spirito e la ragion d'essere dell'istituto» che «ha causa societaria», attenendo la produzione di effetti traslativi «al mero profilo effettuale e non a quello funzionale». Si veda, a conferma di quanto affermato nel testo, la disciplina (richiamata da SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 195 s.) delle eccezioni alla caduta nella comunione legale dei coniugi di cui all'art. 179, comma 1, lett. *a), b), f)* c.c., in base alla quale non si considerano oggetto della comunione legale ai sensi dell'art. 177, lett. *a)* c.c. le partecipazioni acquisite dal coniuge a seguito di concambio per fusione o per scissione di partecipazioni dallo stesso precedentemente possedute nella società incorporata o in quella scissa, e rientranti fra i suoi beni personali. Si è osservato in proposito che «la partecipazione assegnata in sede di scissione rappresenta un valore già insito nell'originaria partecipazione personale, il cui valore viene corrispondentemente a ridursi per effetto del trasferimento patrimoniale operato dalla società che si scinde a favore di quelle beneficiarie della scissione» (G. F. CAMPOBASSO, *Comunione coniugale e partecipazioni in società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 458 ss.; *contra* M. TANZI, *Azioni e diritto di famiglia*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2/2, Torino, 1991, p. 519 ss., secondo cui, in tale caso, il coniuge deve rendere la dichiarazione di cui alla lett. *f)* dell'art. 179 c.c. se vuole evitare che le azioni assegnategli in cambio di quelle originarie cadano in comunione legale). Si consideri altresì, sempre a conferma dei rilievi formulati nel testo, che, come si ritiene (cfr. F. CHIOMENTI, *Scissione e prelazione*, cit., p. 784 e G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 196) il diritto di prelazione o di pegno o altro diritto reale attribuito dal socio della società scissa ad un terzo, sulle azioni che egli ha in quella società, dovrebbe "spostarsi", con una sorta di surrogazione reale, sulle azioni che il socio riceve a titolo di

Come è stato efficacemente osservato - con riferimento alla scissione ma potendosi ben riferire anche alla fusione - nell'ambito della stessa teoria traslativista, infatti, «la funzione della scissione non consiste nella nascita e nello spostamento di situazioni giuridiche soggettive, dal momento che l'operazione è *strumentale allo svolgimento di rapporti societari* e la sua finalità non si concretizza con il prodursi del trasferimento e dell'assegnazione, ma unicamente con l'esplicazione di tali rapporti»[355].

Ciò non toglie che anche la fusione e la scissione possano soddisfare esigenze "di scambio".

Si è in proposito sottolineato che sarebbe «eccessivo affermare *tout court* che il trasferimento "da scissione" abbia necessariamente una connotazione del tutto distinta da quella che caratterizza il trasferimento patrimoniale che è effetto dei contratti di scambio. La scissione, infatti, si muove e resta nel solco societario, ma ciò può avvenire attraverso una divisione sia oggettiva (concernente il patrimonio sociale) sia soggettiva (concernente i soci). E va soggiunto che la combinazione di tali profili può condurre a realizzare in concreto un'operazione che, pur permanendo nell'alveo societario, sia caratterizzata da una concreta finalità "traslativo-acquisitiva"»[356]. In tutti i casi in cui l'operazione sia finalizzata ad ottenere non una semplice riorganizzazione societaria, ma il trasferimento del controllo imprenditoriale su un certo patrimonio ad un soggetto diverso[357], essa, «pur continuando a radicarsi in una

---

concambio in occasione dell'operazione (diversa è la soluzione data al problema da Trib. Roma, 21 febbraio 2000, in *Nuovo dir*., 2000, 321, che, in caso di azioni gravate da pegno applica l'art. 2743 in materia di deterioramento o perimento della cosa data in pegno). Altro argomento a conferma della circostanza che l'assegnazione delle partecipazioni al socio non può inquadrarsi puramente e semplicemente in un'operazione di "scambio", quanto piuttosto costituisce il riflesso oggettivo della modificazione intervenuta nel rapporto sociale, è dato dalla irrilevanza fiscale dell'attribuzione in capo al socio (art. 173, comma 3, t.u.i.r.), su cui v. G. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*, ove riferimenti alla dottrina tributaristica).

[355] A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1054.

[356] A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1056 ss.

[357] Sei vedano gli esempi fatti, in tema di scissione, da A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1057 s.

causa societaria perviene nel contempo a risultati sostanziali non dissimili da quelli perseguibili mediante un trasferimento patrimoniale operante in virtù di un contratto di scambio»[358].

Come si è autorevolmente osservato, qualora mediante una scissione si proceda «all'imputazione del bastone di comando della nuova società titolare dell'azienda a taluni dei soci ed agli altri del controvalore in denaro o in natura [...] ci si ritroverà, malgrado l'indubbio carattere peculiare della vicenda riorganizzativa, né più e né meno che in una fattispecie di cessione reciproca di quote sociali presidiata dal nesso di equivalenza proprio della finalità divisoria»[359].

Va in proposito tenuto presente che, nella prospettiva economica, la maggior parte delle operazioni di fusione o scissione concretamente realizzabili sono state da tempo considerate come operazioni di acquisizione, ove, fra gli amministratori delle società interessate si svolgono negoziati che hanno ad oggetto l'acquisizione di una o più aziende e che si incentrano, oltreché sul valore delle aziende stesse, sul "peso" relativo che i soci delle società interessate avranno, dopo l'operazione, sulla compagine sociale della società beneficiaria: «l'elemento che assume rilievo fondamentale è quello del "trasferimento del controllo"»[360] sull'azienda che forma oggetto dell'operazione. Le fusioni e le scissioni sono state quindi, nella stragrande maggioranza dei casi, reputate, sulla base di quanto previsto dal principio contabile IAS n. 22 sulle «*business combinations*», come *acquisitions* (piuttosto che

[358] A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1058.

[359] S. MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1485 ss., il quale precisa altresì che la divisione, ritenuta negozio dichiarativo e non traslativo, ove manca il profilo della corrispettività, «approda comunque alla imputazione di distinti cespiti; la ripartizione che ne consegue obbedisce quanto meno ad una logica di equivalenza tant'è che l'ineguaglianza in natura si compensa con l'equivalente in danaro ed ancora la divisione può essere rescissa in caso di lesione oltre il quarto. La divisione, quindi, conosce un rimedio tipicamente sinallagmatico».

[360] M. CARATOZZOLO, *Fusione, scissione e principio di continuità dei bilanci*, in *Le società*, 2000, p. 1296 ss.

come *uniting of interests*[361]), ove si ha in sostanza lo scambio di un patrimonio verso un corrispettivo, costituito da partecipazioni sociali[362], da contabilizzarsi in base al *purchase method* (piuttosto che in base al *pooling of interests method*): nelle *acquisitions* costituite da fusioni e scissioni «il valore di acquisizione dell'azienda (nel nostro caso, dell'intero patrimonio delle società incorporate o fuse, o della frazione di patrimonio della scissa trasferita alla beneficiaria) è costituito dal valore normale (*fair value*) delle azioni consegnate in concambio, più gli eventuali conguagli in denaro, più i costi sostenuti per realizzare l'operazione che siano ad essa direttamente riferibili (spese legali, notarili, imposte indirette, consulenze, ecc.)»[363].

Deve poi considerarsi che, in base all'IFRS 3, emanato il 31 marzo 2004 (che ha sostituito lo IAS 22), analogamente a quanto previsto nel documento statunitense SFAS 141 del Giugno 2001, tutte le *business combinations* vengono considerate come

---

[361] Le ipotesi di *uniting of interests* si esauriscono ai casi in cui vi è una "messa in comune", da parte dei soci delle imprese interessate, dei patrimoni e delle aziende, con «gestione comune su base sostanzialmente paritetica dell'impresa che ne risulta, così da realizzare una continua e reciproca partecipazione ai rischi ed ai benefici correlati all'entità unificata creata con l'operazione» M. CARATOZZOLO, *Fusione, scissione e principio di continuità dei bilanci*, cit., p. 1296 ss.

[362] Le partecipazioni assegnate ai soci della società fusa o scissa vengono quindi considerate il "prezzo", sia pure "in carta", del patrimonio che viene assegnato alla beneficiaria (o alle beneficiarie).

[363] M. CARATOZZOLO, *Fusione, scissione e principio di continuità dei bilanci*, cit., p. 1296 ss., il quale sottolinea in proposito come «i profili organizzativi dell'operazione, che indubbiamente esistono, assumono un rilievo secondario e non possono influenzare la scelta del criterio di contabilizzazione ritenuto più appropriato». Di M. CARATOZZOLO, v. anche *I criteri di formazione del primo bilancio successivo alle fusioni e scissioni*, in *Le società*, 2004, p. 1340 ss., ove anche viene spiegata la necessità di considerare, normalmente, dal punto di vista economico, fusioni e scissioni come operazioni di scambio. Assimila la fusione, dal punto di vista economico, ad un'operazione di scambio la cui prestazione ha ad oggetto il patrimonio della società fusa e la controprestazione, invece, partecipazioni della società incorporante o risultante dalla fusione, che vengono attribuite ai soci della società fusa, B. QUATRARO, *La fusione: profili e natura giuridica*, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 376, alla cui posizione aderisce esplicitamente G. ZAGRA, *Rinunciabilità da parte dei soci della relazione degli esperti ex art. 2501 quinquies c.c.*, in *Le società*, 2001, p. 326 ss.

«*acquisitions*, in cui è sempre individuabile un *acquirer*, che è la società o impresa che ottiene il controllo delle altre società, imprese o aziende "aggregate"»[364].

[364] M. CARATOZZOLO, *Gli IAS/IFRS e la rappresentazione contabile delle operazioni straordinarie*, negli atti del Convegno, organizzato da ABI e Giurisprudenza Commerciale, "IAS/IFRS: la modernizzazione del diritto contabile in Italia", Roma 23 e 24 novembre 2006.

4.3. - Inesistenza di un conferimento in senso tecnico ex art. 2342 ss. c.c. nelle operazioni di fusione e scissione.

Quanto rilevato nel precedente paragrafo porta ad escludere, dal punto di vista giuridico, l'esistenza di un (nuovo) conferimento nelle operazioni di fusione e scissione, ed in specie di un conferimento fatto dalla società fusa o scissa in favore della società beneficiaria.

Il problema della configurabilità delle operazioni di fusione e scissione come particolari ipotesi di conferimento è comunque dibattuto in dottrina[365].

Chi sostiene (e trattasi di dottrina minoritaria) la possibilità di individuare un conferimento in senso tecnico nelle operazioni di fusione e scissione distingue il caso in cui il divisato trasferimento patrimoniale avvenga a favore di società neocostituita da quello in cui le società beneficiarie dell'apporto siano preesistenti rispetto all'operazione[366].

Nel primo caso, si afferma che le società, per essere di nuova costituzione, non potranno disporre di azioni o quote da assegnare che in seguito ad un conferimento, dovuto a sottoscrizione di azioni o quote.

---

[365] Negano la possibilità di riconoscere natura di conferimento allo spostamento patrimoniale che si realizza nella fusione e nella scissione, tra gli altri, F. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 926 ss.; G. MEO, *Attribuzione patrimoniale e apporto di capitale nella scissione di società*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 575 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *La recente disciplina in materia di fusione e di scissione di società: profili civilistici*, in *Dir. lav.*, 1992, I, p. 379 ss.; S. LANDOLFI, *I valori nella scissione e il trasferimento del patrimonio*, in *Le società*, 1994, p. 890 ss.; P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, cit. p. 1071; E. CUSA, *op. cit.*, p. 35; più di recente, v. C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 49 ss.; F. SCALABRINI E G. A. M. TRIMARCHI, *Le Sezioni Unite sulla natura giuridica della fusione: un punto d'arrivo nel dibattito tra teoria e pratica?*, nota a Cass. sez. unite 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Riv. not.*, II, p. 1142. Reputa il trasferimento da scissione equiparabile ad un conferimento U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 536 ss.

[366] Così U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 536.

Quando invece le società beneficiarie siano preesistenti, queste possono, come si è visto[367], partecipare all'operazione assegnando ai soci azioni proprie. Questa circostanza sembrerebbe portare a negare la possibilità di individuare in tale ipotesi un conferimento in senso tecnico. Ma, secondo la dottrina in esame, «se è vero che l'acquisto delle azioni proprie mette la società in una condizione che può assimilarsi a quella di una società che abbia deliberato di aumentare il capitale mediante nuovi conferimenti[368], deve essere anche vero che chi "acquista" dalla società azioni proprie è sullo stesso piano di chi sottoscrive azioni di nuova emissione, facendo nuovi conferimenti»[369].

Da ciò deriverebbe, nell'ipotesi di assegnazione di azioni proprie, come nel caso di azioni di nuova emissione, la soggezione dei beni ricevuti dalla società beneficiaria a causa dell'operazione alla disciplina dei conferimenti[370].

Per contestare questa ricostruzione, l'opposta dottrina maggioritaria fa soprattutto leva sul dato per cui, a differenza che nel conferimento, nelle operazioni in esame chi trasferisce (ossia la società fusa o scissa) nulla ha in cambio, perché le partecipazioni sono attribuite ai soci della società fusa o scissa.

Ciò sembra provare che «in capo ai soci si verifica soltanto una frantumazione, valoristicamente neutrale, della loro iniziale partecipazione che è conseguenza diretta della disaggregazione organizzativa che si proietta sulla struttura sino alla partecipazione

---

[367] V. *supra*, "Critiche alla tesi modificativa".

[368] Cfr. A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1990, p. 153.

[369] U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., p. 537.

[370] Secondo questa tesi, il conferimento sarebbe *formale*, e quindi direttamente percepibile, qualora la beneficiaria fosse di nuova costituzione o quando utilizzasse il netto pervenutole per coprire le azioni al servizio del rapporto di cambio. Sarebbe invece *sostanziale* ed indirettamente percepibile, qualora la beneficiaria servisse il rapporto di cambio con azioni proprie in portafoglio: riallocando queste azioni, infatti, la società realizzerebbe una riattivazione di azioni quiescenti a fronte di un incremento di cassa. Sul punto, cfr. S. LANDOLFI, *op. cit.*, p. 890.

medesima»[371]. Nelle operazioni di fusione e scissione, quindi, la vicenda dei beni appare come il riflesso della vicenda dell'organizzazione.

L'aumento del capitale che si verifica nella società beneficiaria non dovrebbe perciò giustificarsi sulla base di un conferimento.

Inoltre, si sottolinea, a differenza che nel conferimento, nella fusione e nella scissione l'assegnazione delle azioni o quote ai soci non deve necessariamente avvenire per un valore coincidente con quello dell'attribuzione patrimoniale realizzatasi nell'operazione. Questo perché la delibera di fusione o scissione potrebbe stabilire che il patrimonio trasferito venga destinato al capitale delle società beneficiarie soltanto per una parte del suo valore: in tale ipotesi «tecnicamente inteso, l'apporto di capitale si avrà per quella sola porzione del valore dell'attribuzione patrimoniale che la delibera […] avrà inteso assoggettare al vincolo di piena indisponibilità proprio del capitale sociale»[372].

A ciò si aggiunga che, secondo parte della dottrina in tema di scissione, l'operazione sarebbe ammissibile anche nell'ipotesi in cui il valore del complesso dei beni assegnati alla società beneficiaria sia negativo[373]: ipotesi che si troverebbe in netto contrasto con i

---

[371] S. LANDOLFI, *op. cit.*, p. 891. V. anche E. CUSA, *op. cit.*, p. 33 ss.

[372] Cfr. G. MEO, *op. cit.*, p. 576. In proposito, v. anche G. CABRAS, *La scissione delle società*, cit., c. 280 s.

[373] V., in particolare, F. LAURINI, *op. cit.*, p. 929 ss., il quale afferma che la scissione non va configurata «come un semplice conferimento caratterizzato dall'attribuzione ai soci della società conferente anziché a quest'ultima delle azioni o quote della società conferitaria ma come un istituto avente una causa diversa, per cui se dall'accordo tra le due società risulta utile per le stesse procedere alla scissione anche a fronte di un apporto da parte della società scissa di valore nominale negativo […] la scissione potrebbe comunque attuarsi» purché, in tal caso, la società beneficiaria già esistente riduca in corrispondenza il proprio precedente patrimonio netto. Sul tema v. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 145 ss., secondo la quale il trasferimento per scissione di un patrimonio solo contabilmente negativo è ammissibile, a condizione che siano comunque salvaguardati i diritti patrimoniali (e, in particolare, il diritto al concambio) dei soci della scissa, mentre non è possibile il trasferimento per scissione di un patrimonio effettivamente (e non solo contabilmente) di valore nullo, se non nella forma della scissione parziale a favore di società preesistenti (giacché la costituzione di una società presuppone indefettibilmente l'apporto di elementi patrimoniali positivi) e a condizione che tale operazione comporti un'incidenza sui

principi generali del diritto societario, ove nella scissione potesse ravvisarsi un conferimento in senso tecnico. Il sistema vuole, infatti, che la partecipazione in una società si possa acquistare soltanto conferendo beni di un valore almeno pari (per le società di capitali non inferiore ai quattro quinti, art. 2343 c.c.) a quello delle azioni o quote sottoscritte, per cui non apportando nulla in società, nulla dovrebbe riceversi. La dimostrazione della tesi ora esposta, che se accolta dovrebbe potersi estendere anche alla fusione, viene ricercata nella diversa funzione economica che caratterizza la scissione (ma anche la fusione) rispetto al semplice conferimento. Si consideri però anche che nessuna delle disposizioni che disciplinano fusione e scissione richiama le norme imperative relative ai conferimenti, e questo potrebbe costituire un argomento sistematico abbastanza forte da scongiurare di per sé qualunque assimilazione tra i nostri istituti e la fattispecie disciplinata dagli artt. 2342 ss. c.c.

Residuano comunque questioni relative alla disciplina applicabile nel caso di formazione di nuovo capitale sociale delle società beneficiarie per effetto dell'operazione, questioni che la prassi tende a risolvere mediante il ricorso alla disciplina propria dei conferimenti.

In proposito, nella "Massima n. 72" del Consiglio Notarile di Milano, approvata sul finire del 2005[374], si afferma che «Il principio della continuità dei bilanci in sede di fusione [...] implica che, di regola, il capitale sociale della società risultante dalla fusione non possa eccedere la somma del capitale sociale e delle riserve delle

---

rapporti di partecipazione sociale secondo lo schema della c.d. "scissione inversa" (per chi la ammetta). In ogni caso, per l'Autrice, se l'operazione è congegnata in maniera tale da provocare, in capo alla scissionaria, una perdita di capitale rilevante ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c., sugli amministratori graverà un onere particolarmente intenso di motivazione, da assolvere attraverso la relazione prevista dall'art. 2506-*ter*, comma 1, c.c. (G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 154 s.)

[374] CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, Massima n. 72, *Imputazione del disavanzo "da concambio" nella fusione e nella scissione (art. 2504-bis, comma 4, c.c.)*, reperibile sul sito *internet www.scuolanotariatodellalombardia.org.*

società partecipanti alla fusione. Tale assunto è peraltro suscettibile di deroga in caso di disavanzo 'da concambio', dovuto alla differenza tra il capitale sociale dell'incorporata *ante* fusione e l'aumento di capitale sociale deliberato dall'incorporante a servizio della fusione, in misura necessaria per soddisfare il rapporto di cambio, qualora non vi siano sufficienti riserve (nel patrimonio netto dell'incorporata e/o dell'incorporante) per 'coprire' detta differenza. Deve infatti ritenersi consentita anche in questo caso – oltre che nell'ipotesi di disavanzo 'da annullamento', pacifica in giurisprudenza e in dottrina – l'imputazione del disavanzo da concambio 'agli elementi dell'attivo e del passivo [...]' a norma dell'art. 2504–*bis*, comma 4, seconda frase, c.c.».

Ebbene, i Notai milanesi rilevano in proposito che «siffatta imputazione del disavanzo da concambio, a differenza di quello da annullamento, comporta la formazione *ex novo* di capitale sociale non coperto da valori già risultanti nelle scritture contabili e nei bilanci delle società partecipanti alla fusione», con la conseguenza che, in tal caso, è «necessario che venga redatta anche la relazione di stima del patrimonio della società incorporata a norma dell'art. 2343 c.c., la quale potrà pertanto essere affidata agli esperti incaricati della relazione sulla congruità del rapporto di cambio, in analogia a quanto dispone l'art. 2501-*sexies*, comma 7, c.c.».

Nonostante, quindi, l'art. 2504–*bis* co. 4 c.c. espressamente prescriva il rispetto del principio di continuità contabile nella redazione del primo bilancio *post* fusione, tale principio è, a parere dei Notai milanesi, derogabile in caso di disavanzo 'da concambio' solo ove si faccia comunque ricorso alla verifica, mediante lo strumento della relazione di stima *ex* art. 2343 c.c., della effettiva esistenza dei maggiori valori che emergono nel caso concreto.

La medesima conclusione è ritenuta valida, da parte dei Notai milanesi, anche in caso di scissione, «sia in ipotesi di scissione a favore di società preesistenti (nella quale si riproduce una situazione

sostanzialmente analoga a quella della fusione per incorporazione), sia in caso di scissione a favore di società di nuova costituzione (nella quale, invece, l'imputazione del disavanzo da concambio rappresenta addirittura una "*condicio sine qua non*" per poter dar corso all'operazione, ogni qual volta la parte di patrimonio assegnata ad una beneficiaria di nuova costituzione, pur avendo un valore effettivo positivo, presenti valori contabili negativi)».

Capitolo quinto.

5. - La prospettiva traslativista: inapplicabilità dei limiti alla circolazione dei beni alla fusione e alla scissione.

5.1. - Le peculiarità del fenomeno traslativo nelle operazioni di fusione e scissione e il problema dell'applicabilità ad esso delle previsioni (legali o pattizie) che limitano la circolazione dei beni.

Nei capitoli precedenti si è evidenziato come nella prospettiva traslativista possa giungersi ad una qualificazione unitaria del fenomeno traslativo ravvisabile nella fusione e nella scissione.

Si sono in particolare enucleati gli argomenti a supporto di quelle tesi che riconoscono il verificarsi negli istituti in esame dell'effetto corrispondente alla successione universale delle società beneficiarie nel patrimonio (o in quote di esso) della società fusa o scissa e si sono specificate ulteriormente le caratteristiche di tale successione. Si è analizzata la possibilità di definire la fusione e la scissione come istituti in cui si realizza il trasferimento del patrimonio (o di parte di esso) di una società a favore di un'altra, attraverso una successione a titolo universale, operante *inter vivos* (e quindi, a prescindere dall'estinzione dell'ente società trasferente) e configurabile come l'effetto di un negozio giuridico, in cui una manifestazione di volontà negoziale è (anche se indirettamente) alla base del subentrare del successore nel complesso delle posizioni giuridiche facenti capo al dante causa. La possibilità, da taluni prospettata, di qualificare l'assegnazione delle partecipazioni nelle beneficiarie ai soci della società fusa o scissa come "corrispettivo" del trasferimento patrimoniale è stata precisata in funzione della qualificazione della società fusa o scissa come *titolare in senso formale* e dei soci come *titolari in senso sostanziale* del patrimonio

oggetto di trasferimento, evidenziandosi come le partecipazioni nella società beneficiaria ottenute dal socio "surrogano" una parte di quelle che a questi erano state attribuite in ragione dell'originario conferimento, non potendosi le operazioni in esame inquadrare, dal punto di vista giuridico e per come astrattamente costruite dal legislatore, in una logica di scambio. Si è visto che l'analisi delle operazioni in esame dal punto di vista economico può portare a conclusioni diverse.

Si tratta ora di paragonare le caratteristiche di questo trasferimento patrimoniale a quelle proprie di altri negozi traslativi, per i quali possono essere previsti, dalla legge o per effetto di convenzione tra privati, particolari vincoli che limitano la circolazione dei beni.

In particolare, va stabilito se, ove siano previsti vincoli relativi a fattispecie precisamente individuate come "vendita", o "alienazione", o, più genericamente descritte come "trasferimento a titolo oneroso", il limite alla circolazione dei beni si applichi comunque, direttamente, alle nostre operazioni, rientrando le fattispecie della fusione e della scissione in quelle più ampie previste dalle disposizioni che prevedono tale limite; ovvero se possa ipotizzarsi un'applicazione analogica delle suddette disposizioni, fondata sulla possibilità di estendere la loro *ratio* ispiratrice anche alle operazioni in esame, sul presupposto della omogeneità degli interessi coinvolti e tutelati nei diversi casi[375]; oppure, infine, se debba ritenersi che nella fusione e nella scissione

[375] Il ricorso all'analogia (art. 12, co. 2, preleggi) riguarderebbe, ovviamente, solo i casi in cui i limiti alla circolazione dei beni siano previsti in disposizioni normative. Quando tali limiti derivano dall'autonomia privata, l'estensione del significato del testo che li prevede, attuata fino a farvi rientrare le ipotesi di fusione e scissione, potrebbe eventualmente avvenire facendo leva sulla necessità che il contratto sia interpretato secondo buona fede, così come disposto dall'art. 1366 c.c. Ciò sul presupposto che: 1) l'intenzione delle parti (v. art. 1362 c.c.) inferibile dall'interpretazione della formula ambigua utilizzata nel contratto, sia quella di assoggettare al vincolo ogni atto traslativo lesivo di un particolare assetto di interessi; 2) la fusione e la scissione risultino concretamente lesive degli interessi che con la clausola contrattuale in questione si intendono salvaguardare.

il trasferimento patrimoniale presenti caratteristiche e risponda a esigenze talmente peculiari, che tali fattispecie non possono ricondursi alla previsione di tali disposizioni, né direttamente né per mezzo dell'analogia.

In quest'ultima ipotesi, però, ci si dovrà chiedere se l'utilizzo della fusione e della scissione, quando leda in ogni caso gli interessi protetti dalle disposizioni in questione, non possa essere comunque sanzionato dall'ordinamento.

Le disposizioni limitatrici della circolazione dei beni a cui si può far riferimento sono le più disparate: le norme di legge che prevedono oneri particolari (ad esempio autorizzazioni amministrative) a carico dell'alienante per la dismissione di determinati beni o che sottopongono questi ultimi a prelazione legale a favore di enti pubblici o soggetti privati; ma anche le convenzioni fra privati tramite le quali si sottopone a particolari limiti (ad esempio costituendo un diritto di prelazione a favore di un contraente) l'alienabilità di certi beni; oppure clausole contenute nello statuto di una società che limitano la circolazione delle partecipazioni sociali[376] con la previsione di diritti di prelazione a favore dei soci, o subordinando l'assunzione della qualità di socio da parte dell'acquirente delle partecipazioni al gradimento degli amministratori o dell'assemblea, o vietando la circolazione.

È evidente che il problema dell'applicabilità di tali previsioni al caso in cui i beni vincolati vengano trasferiti mediante fusione o

[376] Le partecipazioni sociali si possono configurare, almeno ai limitati fini del trasferimento, come *res mobili* (così F. MACCABRUNI, *Clausole statutarie e prelazione*, nota a Trib. Milano, 25 febbraio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 99). Nessun dubbio sembra sussistere per le azioni (G. SANTINI, *Natura e vicende della quota di s.r.l.*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, II, p. 437 ss.), ma anche le quote di s.r.l. possono considerarsi cose mobili, come espressamente era riconosciuto dall'art. 418 del codice di commercio del 1885 (cfr. B. BIONDI, *Osservazioni circa la natura giuridica della quota di società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1957, I, p. 543 ss.; G. ROSSI, *Pegno e pignoramento delle quote di s.r.l. e diritto di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 469 ss.; G. ZUDDAS, *Vendita a un terzo di quota di s.r.l. attuata senza rispettare il diritto di prelazione dei soci*, in *Dir. giur.*, 1971, p. 771 ss.; in giurisprudenza, v. Cass., 12 dicembre 1986, n. 7409, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, p. 2119 ss. e in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 771 ss.).

scissione va risolto analizzando singolarmente le diverse disposizioni, per valutarne il tenore letterale e quindi ricostruirne l'ambito di operatività[377]. Perciò sarà necessario affrontare la questione attraverso alcuni esempi, nei quali si analizzi l'effettiva portata di specifiche regole che limitano la circolazione dei beni.

Può però fornirsi un criterio generale per la soluzione del problema, che è quello evidenziato all'inizio di questo paragrafo: in tutte le ipotesi di discussa applicabilità di una disciplina vincolistica alle operazioni di fusione e scissione, ci si deve innanzitutto chiedere se il trasferimento preso in considerazione dalle disposizioni in esame sia assimilabile, nei suoi elementi caratteristici, a quello ravvisabile, nella prospettiva traslativista, nella fusione e nella scissione. Si vedrà, infatti, come le peculiarità del trasferimento patrimoniale che si verifica nel caso concreto risultino determinanti per stabilire l'operatività o meno delle disposizioni vincolistiche, quando queste ultime individuino il loro campo di applicazione in modo generico.

[377] Cfr. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 147, il quale, con riferimento all'operatività delle ipotesi di prelazione legale nel caso di scissione, afferma che «il problema non può essere risolto in via generale, né può dipendere esclusivamente dall'inquadramento giuridico della scissione, ma va dipanato valutando caso per caso se la stessa rientri nelle previsioni normative che individuano gli atti di disposizione per i quali scatta la disciplina vincolistica».

5.2. - Analogie e differenze intercorrenti fra il trasferimento di proprietà che avviene attraverso una alienazione (compravendita) e la circolazione dei beni che è effetto della fusione e della scissione. Gli impedimenti all'applicazione dei limiti alla circolazione dei beni che derivano dalle peculiarità della vicenda circolatoria propria della fusione e della scissione.

Le disposizioni che limitano la circolazione dei beni a cui si è accennato, nel definire il proprio ambito di applicazione, spesso fanno diretto riferimento alla "vendita" dei beni stessi, ovvero pur utilizzando espressioni diverse quali "alienazione" o "trasferimento a titolo oneroso", presentano, come si vedrà meglio nell'analisi della casistica, una disciplina che fa chiaro riferimento a negozi che presentano il sinallagma tipico della compravendita.

Nel valutarne l'applicabilità alle fattispecie di fusione e scissione, vanno perciò preliminarmente chiarite le affinità e le differenze che esistono, con riferimento al tipo di trasferimento che si realizza, tra la vendita di un bene e la sua assegnazione ad altra società attraverso la fusione e la scissione (per come questa è stata ricostruita nella prospettiva traslativista).

Una analogia potrebbe ritenersi esistente in relazione alla volontarietà dell'atto traslativo: nel contratto di vendita il trasferimento di proprietà avviene in seguito ad una manifestazione di volontà, e così, si è visto[378], potrebbe dirsi accadere nel caso di fusione e scissione, con la precisazione che la successione non si attua direttamente in virtù di un atto di disposizione della società, quanto piuttosto in virtù della compenetrazione degli organismi sociali e della sostituzione di una persona nella posizione giuridica di una persona diversa che ne consegue. Ciò ritenendosi non necessario accogliere le conclusioni di quella dottrina[379] che afferma essere la successione universale, nelle nostre fattispecie, fenomeno

[378] V. *supra*, "La volontà alla base del trasferimento del patrimonio e il ruolo dei soci".

[379] C. SANTAGATA, *La fusione fra società*, cit., p. 181.

che deriva dall'ordinamento, e non dalla volontà negoziale, diretta alla compenetrazione degli organismi sociali.

Una analogia certa è nel fatto che in entrambi i casi il trasferimento si ha per atto tra vivi.

Inoltre, se un trasferimento si ravvisa nella fusione e nella scissione, esso, ritengo, può considerarsi un trasferimento a titolo oneroso.

Ciò poiché l'assegnazione delle partecipazioni ai soci della fusa o della scissa, se è vero che opera in modo tale da realizzare una surrogazione delle partecipazioni che questi già detenevano nella fusa o nella scissa, costituisce comunque prestazione che consente ai soci in discorso di non perdere il valore del patrimonio che forma oggetto dell'operazione. In conseguenza di ciò, l'operazione stessa non può certo ritenersi dar luogo ad un trasferimento a titolo gratuito. Se trasferimento c'è, esso di certo non è gratuito, e quando un trasferimento non è gratuito, esso è oneroso[380].

In proposito, ho già sopra fatto riferimento alla necessità di considerare dal punto di vista economico, fusioni e scissioni come *acquisitions* ai sensi della disciplina degli IAS/IFRS: ciò che porta la più autorevole dottrina aziendalistica ad affermare che «ferme restando sul piano giuridico le innegabili differenze tra fusione e compravendita o conferimento di azienda, dal punto di vista economico la fusione (come anche la scissione), quando comporta il

[380] Cfr. sul tema T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, cit., p. 62 ss, il quale, al fine della valutazione dell'applicabilità delle norme in tema di revocatoria, equipara esplicitamente l'acquisto da scissione ad un trasferimento a titolo oneroso, «nonostante la distanza dalla sfera sistematica del contratto di scambio». In giurisprudenza, v. Trib. Livorno, 2 settembre 2003, in *Il fallimento*, 2004, 10, p. 1138, con nota contraria sul punto di F. MONTALDO, *Revocatoria fallimentare dell'atto di scissione di società*. Per l'affermazione della natura onerosa dell'assegnazione di azioni ai soci in conseguenza di una operazione di riduzione di capitale sociale (essendo l'onerosità dell'atto nella riduzione del valore reale delle quote di partecipazione), nonché, in generale, per la affermazione della non coincidenza fra la categoria degli atti a titolo oneroso e quella dei contratti con prestazioni corrispettive e per la affermazione della possibilità di includere nella categoria degli atti a titolo oneroso i contratti associativi ovvero gli atti collettivi, v. Trib. Napoli, 28 aprile 2004, in *Le società*, 2004, p. 1403, con nota adesiva sul punto di F. FUNARI, *Applicabilità della clausola di prelazione alla assegnazione di beni ai soci.*

trasferimento del controllo sull'azienda della società incorporata, equivale ad un acquisto di azienda ed è dunque un'operazione di scambio»[381].

Conferma di quanto sopra pare trovarsi nella disciplina dettata dall'art. 2504-*bis* c.c., come modificato dalla riforma del diritto societario: il quarto comma della disposizione prescrive che nel primo bilancio successivo alla fusione le attività e le passività siano iscritte ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della fusione, aggiungendo che «se dalla fusione emerge un disavanzo, esso deve essere imputato, ove possibile, agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione e, per la differenza e nel rispetto delle condizioni previste dal n. 6) dell'art. 2426, ad avviamento»; tale ultima disposizione permette l'iscrizione nell'attivo dell'avviamento solo ove esso sia «acquisito a titolo oneroso», nei limiti del costo per esso sostenuto[382]. Si è osservato, al riguardo, che «nell'ipotesi di disavanzo da annullamento, l'avviamento deriva, in un certo qual modo, da un acquisto a titolo oneroso dal momento che la società incorporante ha acquisito la partecipazione nell'incorporata ad un valore superiore rispetto al patrimonio netto di quest'ultima. La fusione per incorporazione comporta, infatti, nel bilancio della società incorporante, la sostituzione di un bene di secondo grado, quale la partecipazione, con beni e diritti di primo grado. In altre parole, in luogo del valore della partecipazione posseduta nella società incorporata vengono indicati beni che integrano l'azienda sottesa alla stessa società; il prezzo della partecipazione, pertanto, viene

[381] M. CARATOZZOLO, *I criteri di formazione del primo bilancio successivo alle fusioni e scissioni*, cit., p. 1340 ss., nota 17.

[382] Si consideri in proposito che la relazione governativa al d.lgs. 127 del 1991 (che ha modificato la disposizione da ultimo citata nel testo) afferma che «in ordine all'avviamento, le formule "se acquisito a titolo oneroso" e "nei limiti del costo per esso sostenuto" consentono di superare i dubbi originati dalla precedente formulazione dell'art. 2427 c.c. sulla iscrivibilità dell'avviamento in caso di acquisto a titolo oneroso ma non mediante un prezzo».

imputato ai beni che ne hanno giustificato la corresponsione da parte della società acquirente (incorporante)»[383].

I sopra evidenziati elementi comuni alle fattispecie della fusione e della scissione e a quella della compravendita potrebbero portare ad affermare l'applicabilità dei limiti alla compravendita di determinati beni anche nelle ipotesi di fusione e scissione, se in tali elementi si ravvisassero le caratteristiche salienti delle fattispecie che, attraverso il riferimento alla vendita, sono prese in considerazione dalle disposizioni che introducono i limiti in questione.

Vanno perciò valutate le differenze che ricorrono fra il trasferimento di proprietà che si verifica nella vendita e quello ravvisabile nella fusione e nella scissione.

Pure assumendo particolare importanza al fine di ricostruire le fattispecie di fusione e di scissione, potrebbe ritenersi non determinante nella soluzione delle problematiche che qui interessano la considerazione, già esposta, per cui le partecipazioni vengono attribuite ai soci della società fusa o scissa non in ragione di un apporto da essi attualmente effettuato, ma in conseguenza del trasferimento, ad altre società, del patrimonio formato con gli apporti che essi in origine avevano compiuto a favore della società fusa o scissa (ciò che, come si è detto, comporta che le azioni o quote che i soci ricevono possono considerarsi in un certo senso "sostitutive" di quelle che rappresentavano l'originario conferimento nella società poi fusa o scissa).

E' vero che, come si è sopra rilevato, nella prospettiva dei soci, reali titolari del patrimonio che forma oggetto dell'operazione, l'acquisto delle nuove partecipazioni non si configura come il

[383] D. FICO, *Aspetti civilistici e fiscali del disavanzo da annullamento imputato ad avviamento*, in *Le società*, 1998, p. 471 ss. V. anche, *post* riforma del diritto societario, G. D'ALAURO, *Differenze di fusione e riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2004, p. 669 ss. e, soprattutto, M. CARATOZZOLO, *I criteri di formazione del primo bilancio successivo alle fusioni e scissioni*, cit., p. 1340 ss.

corrispettivo della perdita della titolarità (sostanziale) del patrimonio, ma come assunzione di un nuovo titolo sullo stesso patrimonio, mai uscito dalla sfera di controllo di quei soci. Epperò, come si è detto, l'assegnazione di partecipazioni potrebbe considerarsi in un certo senso prestazione contrapposta all'attribuzione patrimoniale, nel senso che essa impedisce che, mediante l'operazione di fusione o di scissione, i soci della fusa o della scissa perdano il valore del patrimonio che trasmigra da una società all'altra; inoltre, come si è detto, dal punto di vista economico potrebbe valorizzarsi in proposito la funzione "di scambio" che assumono nella normalità dei casi la fusione e la scissione.

Non pare poi assumere particolare rilevo ai fini che qui interessano la circostanza che, mentre nella compravendita il corrispettivo dell'alienazione della proprietà spetta in via di principio all'alienante, nelle ipotesi di fusione e scissione la "controprestazione" consistente nella assegnazione delle partecipazioni sociali è diretta ai soci della società fusa o scissa, e non direttamente a quest'ultima, che pur formalmente si atteggia come il soggetto che effettua il trasferimento patrimoniale. La perfetta specularità o meno delle prestazioni contrapposte (per quanto concerne i destinatari delle stesse), infatti, non pare da ritenersi rilevante ai fini della valutazione dell'applicabilità o meno delle disposizioni vincolistiche, specialmente una volta chiarito il ruolo di *parti in senso sostanziale* che i soci assumono nella vicenda. La formale asimmetria relativa ai destinatari delle prestazioni non sembra comunque in alcun modo incidere sul rapporto esistente fra interessi protetti dalla disciplina delle fusioni e delle scissioni e dalla disciplina dei limiti alla circolazione dei beni[384].

[384] Le considerazioni ora svolte nel testo portano a considerare non condivisibile, prima ancora che non riferibile alla fusione e alla scissione, quella posizione interpretativa (di cui dà conto G.

Fermo quanto sopra, nelle ipotesi in cui il riferimento delle disposizioni vincolistiche alla vendita del bene vada inteso come un rinvio al contratto di compravendita quale individuato dagli artt. 1470 ss. c.c., un altro dato (che questa volta pare dirimente) va sottolineato: oltre che in relazione al *tipo* di corrispettività che caratterizza il negozio, la fusione e la scissione si differenziano dalla compravendita per le caratteristiche proprie del corrispettivo del trasferimento della proprietà del bene.

Nella compravendita il suddetto corrispettivo ha ad oggetto il *prezzo*, e cioè una somma di denaro, bene fungibile per antonomasia.

Nella fusione e nella scissione, invece, l'oggetto della prestazione che si contrappone (nei termini più volte precisati) all'assegnazione del patrimonio è costituito da un insieme di partecipazioni sociali, bene infungibile perché unico in grado di soddisfare uno specifico interesse del suo titolare[385].

SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 247 s., ove riferimenti) secondo cui la prelazione legale prevista in caso di trasferimento di fondi rustici non opererebbe nelle ipotesi in cui la circolazione del fondo rustico sia l'effetto di *vicende societarie*, ed in particolare del conferimento in società del fondo medesimo, mancando, «nel rapporto fra il conferente e la società conferitaria, quella contrapposizione di interessi che tipicamente caratterizza i contratti sinallagmatici, a prestazioni corrispettive, a cui ha riguardo la norma istitutiva della prelazione agraria».

[385] In realtà, in ambito societario vale tipicamente un principio di monetizzazione delle prestazioni, per cui, facendo riferimento ad esso, potrebbe sostenersi la fungibilità tra l'assegnazione di azioni o quote della società beneficiaria della fusione o della scissione e l'attribuzione di una somma di denaro equivalente al loro valore. L'esistenza del principio di monetizzazione delle prestazioni è dimostrata, ad esempio, se si osserva la disciplina dei conferimenti. È vero, infatti, che l'ordinamento ammette il conferimento in natura, ma «l'evento è visto come eterodosso, e comunque se ne prevede un'apposita disciplina al fine di consentire, di nuovo, una monetizzazione della prestazione (cfr. art. 2343 c.c.). Lo stesso art. 2441 c.c., escludendo il diritto di opzione in caso di aumento di capitale effettuato tramite conferimenti in natura, riconosce l'eccezionalità del fenomeno e la necessità di una disciplina speciale, data appunto dalla limitazione del diritto di opzione. La naturale caratteristica della moneta di costituire *mensura* dei valori, è quindi ancor più forte nell'ambito societario, con una conseguente, naturale traduzione del bene infungibile in una somma di denaro» (R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 73; sulla contrapposizione della moneta come *mensura* e come *mensuratum*, cfr. T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1960, p. 67 s. e, più di recente, P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*, Torino, 2004, p. 250 ss.). Pare difficile, però, sostenere che le partecipazioni sociali nelle società beneficiarie di un'operazione di fusione o scissione, in quanto

Tale particolarità, come emergerà nella disamina della casistica relativa ai limiti alla circolazione dei beni sociali, assume notevole rilievo nella presente trattazione, poiché molti dei vincoli al trasferimento dei beni che si analizzeranno sono in grado di colpire soltanto negozi nei quali il corrispettivo del trasferimento si configura come una prestazione fungibile[386].

Ma la differenza fondamentale esistente tra fusione e scissione, da un lato, e compravendita, dall'altro, è nel tipo di trasferimento individuabile nelle diverse ipotesi. Si è visto che sia la fusione che la scissione possono ritenersi, nell'ottica traslativista, dare luogo ad una successione universale delle società beneficiarie nel complesso delle posizioni giuridiche facenti capo, prima dell'operazione, alla società fusa o scissa.

È acquisizione pacifica che, invece, la successione che si realizza con il contratto di compravendita sia solamente a titolo particolare.

---

oggetto di una prestazione, siano sempre sostituibili con una somma di denaro che ne rappresenta il valore, senza che in tal modo sia frustrato l'interesse dell'avente diritto alla prestazione stessa. Soltanto in caso di società le cui azioni siano facilmente acquistabili (società quotate in borsa) potrebbe affermarsi, con molta approssimazione, tale fungibilità, perché la somma di denaro attribuita alla società trasferente (che non si sia estinta in seguito alla fusione o alla scissione, o prima della sua estinzione) permetterebbe ad essa di acquistare sul mercato quelle partecipazioni da attribuire ai soci per portare a completamento l'operazione di fusione o scissione. Ma, anche a prescindere dalla macchinosità di un simile procedimento, esso non funzionerebbe in tutti i casi in cui le partecipazioni delle società beneficiarie non siano immediatamente reperibili sul mercato, e cioè, sostanzialmente, in tutti i casi in cui le società stesse non siano quotate in borsa. In tali ipotesi appare evidente l'infungibilità del "bene" rappresentato dalle partecipazioni sociali, poiché soltanto esso è in grado di soddisfare gli interessi che sono legati al completamento della fattispecie di fusione o di scissione. Va in proposito ricordato che «una partecipazione sociale ha una potenzialità economica ben diversa rispetto al valore della stessa cristallizzato in un determinato momento» (M. MAIENZA, *Inapplicabilità del patto di prelazione alle cessioni a titolo gratuito di quote sociali*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 293). Configura l'assegnazione di partecipazioni sociali (corrispettiva di un conferimento in società) come prestazione infungibile, F. BONELLI, *La prelazione prevista in caso di "vendita" delle azioni non opera in caso di "conferimento" delle azioni*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 976.

[386] Si tratta, in specie, di tutte le ipotesi di prelazione per le quali vale il c.d. principio della "parità di condizioni", sul quale v. *infra*.

È anche noto che la successione universale non si distingue dalla particolare per una ragione puramente quantitativa, essendo il loro criterio discriminativo anche qualitativo.

Deve in primo luogo considerarsi che, nella successione universale, il successore è collocato, in ordine ai rapporti in cui subentra, nella stessa posizione del suo autore, cosa che non avviene nella successione a titolo particolare[387], nella quale la conformazione della situazione giuridica che si costituisce[388] in capo all'avente causa dipende dalle caratteristiche proprie del titolo in base al quale si realizza il fenomeno traslativo[389], e risente, quindi, dei particolari

[387] Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 23 ss.

[388] Si parla qui di "costituzione" di una situazione giuridica soggettiva nell'ambito di un fenomeno traslativo in considerazione del fatto che, parte della dottrina, tende a negare la legittimità logica del concetto di "trasferimento" di una posizione giuridica, rilevando che le situazioni giuridiche soggettive, come entità logicamente legate al soggetto, non sono suscettibili di "passare" da un soggetto ad un altro. La nozione di trasferimento andrebbe perciò intesa in senso traslato, in quanto sostanzialmente composta da due momenti concettualmente autonomi, e precisamente l'estinzione della situazione giuridica in capo ad un soggetto e la costituzione della stessa in capo ad un altro (v. R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Nss. dig. it.*, XVIII, 1971, p. 608): nonostante ciò, si riconosce che l'ordinamento può comunque procedere ad una identificazione formale delle due situazioni (risolvendosi il problema della nozione di trasferimento in un problema di stretto diritto positivo), ponendo fra esse un nesso di dipendenza obiettiva, che si fonda sul fatto che la seconda situazione sorge in quanto si estingue la prima, e sul fatto che la seconda situazione esiste in quanto esisteva la prima. Va evidenziato, comunque, che numerosi altri autori negano la possibilità di individuare i due momenti (estintivo e costitutivo) nel concetto di trasferimento: l'estinzione della situazione giuridica, infatti, sarebbe incompatibile con la stessa idea di trasferimento. Il trasferimento viene perciò definito da questa dottrina come «la sintesi unitaria del distacco da un precedente soggetto e dell'acquisizione ad altro» di posizioni giuridiche, consistente in una vicenda non estintiva delle posizioni soggettive, rimanenti in vita insieme ai rapporti in cui sono inserite (v. A. DE CUPIS, *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p 1250 ss.). Sul problema, v., per tutti, R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 47 ss.

[389] Tant'è che, proprio sulla base di questa considerazione, una parte della dottrina (in particolare, G. STOLFI, *Note sul concetto di successione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 541 ss.) nega la legittimità dello stesso concetto di successione a titolo particolare. Si afferma, in specie, che l'unica forma di successione sarebbe quella a titolo universale, poiché la posizione dell'avente causa a titolo particolare non potrebbe dirsi identica a quella del dante causa, mancando così la nota caratteristica della successione. Nella successione a titolo particolare, infatti, non solo muta il soggetto del rapporto, ma di quest'ultimo cambia anche il titolo costitutivo, perché l'avente causa acquista in base ad un titolo (es. vendita, donazione, cessione di credito, cessione di contratto, ecc.) che non ha nulla a che vedere con l'atto che in precedenza aveva provocato l'acquisto

limiti, legislativi o convenzionali, che possono colpire il negozio che tale titolo integra.

Nel caso di fusione e scissione, potrebbe perciò affermarsi che il subentrare del successore nell'identica posizione del dante causa, conseguenza del carattere universale della successione verificatasi, impedisca di considerare applicabili le disposizioni che limitano la circolazione dei beni oggetto di successione.

Si è autorevolmente ritenuto che ciò accada perché il successore acquisterebbe la proprietà dei beni patrimoniali sulla base dello *stesso titolo* prima spettante al dante causa, e non sulla base di un titolo diverso, identificabile con il negozio di alienazione, al verificarsi del quale sarebbe integrato il presupposto dell'applicazione delle disposizioni vincolistiche. Per cui, nelle operazioni di fusione e scissione, pur essendovi un trasferimento patrimoniale, non vi sarebbe alienazione, dato che il negozio di fusione o di scissione non avrebbe la funzione di far acquistare all'avente causa un nuovo titolo sul patrimonio trasferito[390].

---

dell'alienante, laddove invece il successore universale continua ad essere compratore, donatario, cessionario, ecc. Nonostante questi rilievi critici, deve ritenersi che il concetto di successione a titolo particolare rimanga legittimo nel nostro ordinamento. Lo stesso legislatore parla di «successore a titolo particolare» (artt. 588, co. 1, e 1146, co. 2 c.c.; art. 111 c.p.c.), contrapponendolo al «successore a titolo universale» (art. 1141, co. 2 c.c.; artt. 110 e 111 c.p.c.). In proposito, cfr. U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 2 s.

[390] Rileva un'attenta dottrina (C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in AA. VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni Griffi, Milano, 1995, p. 11) che caratteristica della successione universale è la neutralità, per cui il successore subentra nella stessa situazione giuridica soggettiva, come questa era disciplinata presso il dante causa. Per converso, nella successione a titolo particolare che si realizza con una semplice "alienazione" dei beni, la disciplina della posizione giuridica acquistata è influenzata *anche* dalla regolamentazione (e dalle vicende) del negozio causale di trasferimento; nella fusione e nella scissione, invece, «il c.d. acquisto è immune da tale incidenza giacché anche i rapporti "aziendali" restano ancorati al preesistente titolo giustificativo: persiste a collegarsi alla perdurante funzione dell'attuazione – destinata a protrarsi nel tempo – dell'iniziale rapporto associativo, costituitosi con l'apporto degli originari conferimenti eseguiti in adesione al contratto costitutivo della strumentale organizzazione deputata al conseguimento dell'oggetto sociale».

Tale ricostruzione, prospettata da autorevole dottrina[391], ritengo colga nel segno nella parte in cui afferma che il subentrare del successore nell'identica posizione del dante causa, in conseguenza del carattere universale della successione, impedisce in via di principio l'applicazione delle disposizioni vincolistiche. Essa però merita qualche puntualizzazione.

Si è visto, nei capitoli precedenti che il trasferimento patrimoniale viene sovente considerato, nelle operazioni in esame, la conseguenza di un atto volontario[392].

La dottrina qui esaminata afferma l'inesistenza, nella fusione e nella scissione, di un atto di alienazione del patrimonio, poiché gli istituti in esame si configurerebbero come operazioni volte alla modifica dell'ordinamento sociale, e solo di riflesso del patrimonio[393], ma riconosce l'esistenza di un trasferimento patrimoniale, con le caratteristiche della successione universale, dalla società fusa o scissa alla società beneficiaria.

Si è già sopra esposta la tesi secondo la quale deve affermarsi che la successione è, nelle operazioni di fusione e scissione, una

[391] Cfr. C. SANTAGATA, cit. alla nota precedente.

[392] V., *supra*, "La fusione come compenetrazione di un gruppo sociale in un altro gruppo sociale che determina una successione universale per atto tra vivi" e "La volontà alla base del trasferimento del patrimonio e il ruolo dei soci". Con riguardo all'individuazione della fattispecie acquisitiva nelle varie ipotesi di successione, R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 612, osserva che «nell'ipotesi di trasferimento volontario la volontà del titolare originario è un elemento essenziale della fattispecie cui la legge ricollega l'effetto successorio», e ciò a differenza delle ipotesi «in cui l'acquisto del diritto non è conseguenza di un atto di disposizione del titolare». L'esempio tipico di queste ultime ipotesi è dato dall'acquisto dell'erede (ma vi si ricomprende, ad esempio, anche il caso dell'acquisto dei soci di una società commerciale dei beni di questa residuati dopo la liquidazione); in esse, afferma l'Autore, «la volontà non giuoca alcun ruolo», poiché «il fenomeno successorio si attua quando la norma ponga, indipendentemente da ogni volontà del titolare diretta al trasferimento, quella relazione di dipendenza obiettiva della situazione dell'acquirente rispetto a quella del titolare originario» che caratterizza il concetto stesso di successione.

[393] Afferma in proposito G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 241, che «la vicenda modificativa comporta, nel caso di scissione (così come nella fusione), lo spostamento del bene da uno ad altro centro di imputazione della titolarità: un mutamento, cioè, dell'imputazione stessa, ed in questo senso una vicenda traslativa. Ma quest'ultima non è […] che il riflesso o la conseguenza necessaria dell'altra: il divieto o il limite non la colpiscono in quanto si indirizzano alla fattispecie traslativa che sia fine a se stessa e munita in quanto tale di un'autonoma, specifica rilevanza».

conseguenza della volontà della società di modificare il proprio ordinamento. In particolare, si sono analizzate quelle teorie (che paiono da condividersi) secondo le quali, nella fusione e nella scissione, la volontà si dirige sulla modifica statutaria e il trasferimento, effetto diretto della compenetrazione degli organismi sociali, dipende solo mediatamente dalla volontà della società che realizza l'operazione.

Partendo da tale ricostruzione, l'impossibilità di individuare nella fusione e nella scissione una fattispecie di alienazione viene giustificata dalla dottrina in esame considerando la successione della beneficiaria come la conseguenza di una manifestazione di volontà diretta alla produzione di un effetto che non è quello traslativo, ma è quello coincidente con la modifica dell'organizzazione sociale.

Epperò, come già sopra accennato, ritengo che la volontà che è alla base della vicenda di fusione o di scissione, pur se non diretta immediatamente all'effetto traslativo (perché diretta immediatamente alla modifica dell'organizzazione sociale), costituisce comunque, come insegna Giuseppe Ferri, il fondamento del fenomeno successorio: ciò sembra poter implicare la conclusione che il *titolo* in base al quale la società beneficiaria del trasferimento patrimoniale acquista le posizioni giuridiche della società dante causa, va ritenuto *diverso* da quello in base al quale la società dante causa aveva a sua volta acquistato i singoli cespiti patrimoniali prima dell'operazione, fermo restando che la successione universale propria della fusione e della scissione comporta che la società beneficiaria risulterà titolare dei beni e dei rapporti trasferiti, *così come essi erano conformati*, prima dell'operazione, in capo alla società fusa o scissa.

Il titolo su cui si fonda l'acquisto da parte della società beneficiaria deve quindi ritenersi costituito dal negozio di fusione o

scissione[394], e questa viene ad essere una particolarità dei nostri istituti che ne segna una differenza fondamentale con la successione ereditaria. Mentre in quest'ultima la successione universale è indipendente dalla volontà del dante causa che, come si è visto[395], può avere al massimo la funzione di imprimere una determinata direzione alla vocazione ereditaria, nella successione da fusione o da scissione la volontà viene a configurare il fondamento stesso (seppure indiretto) del fenomeno successorio, e può quindi ritenersi costituire il titolo dell'acquisto da parte dell'avente causa[396].

Ritenendosi possibile che la successione universale da fusione o da scissione sia l'effetto di un atto negoziale, l'atto negoziale viene a configurare il titolo su cui si fonda l'acquisto della società beneficiaria. La conseguenza della riferita condivisa impostazione è che le caratteristiche e le vicende proprie di questo titolo potrebbero astrattamente condizionare l'acquisto dell'avente causa (per cui, essendo il titolo in questione un atto volontario *inter vivos*, avente effetto traslativo, non potrebbe escludersi *a priori* che, ad esempio, il legislatore consideri lo stesso come presupposto per l'applicabilità di una disposizione limitatrice della circolazione dei beni patrimoniali).

Ciò fermo, nei casi in cui simile titolo non sia espressamente considerato presupposto di applicazione della norma vincolistica, deve osservarsi quanto segue.

Si è già detto essere caratteristica peculiare della successione universale la possibilità di trasferire beni e rapporti intrasmissibili con un atto che dia luogo ad una successione a titolo particolare. Si

[394] Cfr. A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1040 ss.

[395] V., *supra*, "La fusione come compenetrazione di un gruppo sociale in un altro gruppo sociale che determina una successione universale per atto tra vivi".

[396] Cfr. il già citato passaggio argomentativo sviluppato da A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1041, secondo cui il *titolo* che giustifica la partecipazione sociale nella beneficiaria va individuato nel negozio di fusione o di scissione piuttosto che nel conferimento effettuato originariamente dai soci.

è fatto l'esempio dei rapporti parasociali della società estinta[397]; si può citare, poi, l'esempio del possesso *ad usucapionem*[398]; potrebbero quindi aggiungersi i beni la cui circolazione è limitata per legge o per convenzione, ove si ammettesse che il vincolo su tali beni non opera nel caso di successione universale.

Potrebbe in proposito ritenersi che i limiti alla circolazione dei beni non si applichino, in via di principio (e cioè tanto nelle ipotesi in cui le disposizioni vincolistiche facciano riferimento a fattispecie riconducibili alla successione a titolo particolare, quanto nei casi in cui il legislatore o i contraenti si riferiscano ad un generico "trasferimento", astrattamente compatibile sia con la successione a titolo particolare sia con quella a titolo universale[399]), al caso di

---

[397] V., *supra*, "La fusione e la scissione come ipotesi di successione universale per atto tra vivi". In proposito, afferma C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in AA. VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni Griffi, Milano, 1995, p. 14, che l'assunzione di diritti ed obblighi da parte della società beneficiaria della fusione (e, si può aggiungere, della scissione), «è caratterizzata dalla continuità; sicché, oltre che nelle proposte e accettazioni contrattuali nonché nelle garanzie che assistono i crediti, ecc. […] la società beneficiaria subentra altresì nel patto parasociale stipulato, prima dell'operazione dalla società fusa in ragione delle proprie partecipazioni in una società terza».

[398] Cfr. C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 125.

[399] Il caso più problematico rimane quello in cui disposizioni vincolistiche di origine pattizia estendano espressamente il proprio campo di applicazione ad ipotesi di successione universale. Si prendano ad esempio le clausole contenute nello statuto di una società che sanciscono il diritto dei soci ad essere preferiti agli eredi del socio defunto nell'acquisto delle partecipazioni di quest'ultimo. Si è scelto questo esempio per tacere dell'ipotesi in cui clausole di questo tipo si riferiscano espressamente al trasferimento delle partecipazioni per effetto di fusione o scissione, dato che di queste ultime si tratterà in seguito (v. *infra*, nell'analisi della casistica, "limiti alla circolazione delle partecipazioni sociali: le clausole di prelazione e di gradimento negli statuti delle società"). L'argomento sviluppato nel testo, ove applicato a questo tipo di disposizioni limitatrici della circolazione dei beni, potrebbe forse portare fino al punto di riconoscerne l'illegittimità, ove si tratti, come nell'esempio, di disposizioni nate dall'autonomia privata, poiché contrastanti con un carattere tipico e inderogabile della successione universale, così come delineata dalla legge. Potrebbe in proposito opinarsi che soltanto nel caso in cui sia lo stesso legislatore a limitare la successione universale con riferimento a particolari beni, la deroga ai principi potrebbe ritenersi consentita, in quanto proveniente dall'unico soggetto in grado di piegare la normale essenza delle categorie giuridiche alle esigenza pratiche dell'ordinamento, in funzione della tutela di particolari valori, di volta in volta riconosciuti meritevoli (in proposito, v., *infra*, nel testo). Una deroga legislativa (e quindi legittima) alle regole vigenti in tema di successione universale dovrebbe comunque ritenersi esistente anche nell'ipotesi in cui la normativa positiva autorizzi espressamente

l'autonomia privata a escludere che la successione universale riguardi determinati beni: è quanto avviene, ad esempio, per la fattispecie disciplinata dall'art. 2469, co. 1, c.c. (cfr. già l'art. 2479, co. 1, c.c. *ante* riforma del 2003), che autorizza l'atto costitutivo delle s.r.l. a limitare la circolazione *mortis causa* delle quote di partecipazione dei soci. A sostegno dell'ipotesi formulata, si consideri la disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 2322 c.c. che sancisce la trasmissibilità a causa di morte della quota di partecipazione del socio accomandante di una s.a.s. Tale previsione conferma l'esistenza di un principio di non libera trasferibilità delle quote di società personali, valido in tutti i casi diversi da quello considerato, poiché stabilisce un'espressa eccezione al principio stesso relativamente alle sole società in accomandita semplice, per quanto riguarda la quota del socio accomandante. Ciò che più interessa in questa sede è la circostanza che il dettato legislativo sembra doversi interpretare nel senso che il trasferimento *mortis causa* della quota dell'accomandante non può essere limitato convenzionalmente (v., in proposito, M. BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 961 ss.; nello stesso senso, G. JORIO, *Il trasferimento di quote nelle società di persone*, su *internet*, alla pagina *http://www.agatavvocati.it/Conv/conv03-01/convAgat003-Jorio.rtf*). Tale conclusione supera l'affermazione, ricorrente in dottrina e in giurisprudenza, secondo cui la disposizione in questione sarebbe derogabile da parte dell'autonomia privata (così, ad esempio, Trib. Milano, 17 aprile 1989, in *Le società*, 1989, p. 1157; App. Milano, 22 febbraio 1994, in *Le società*, 1994, p. 1496, con nota adesiva di E. PAOLINI, *Circolazione mortis causa della quota del socio accomandante*. In dottrina, v. per tutti F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, fondato da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1982, p. 87 ss.). Va considerato, infatti, che «un confronto fra i due commi dell'art. 2322 sembra […] condurre a ritenere che in tema di trasferimenti *mortis causa* non sono ammesse diverse disposizioni dell'atto costitutivo» (M. BUSSOLETTI, *op. cit.*, p. 971; nello stesso senso, v. anche M. GHIDINI, *Società di persone*, Padova, 1972, p. 650): poiché il primo comma dell'art. 2322 c.c., nel disporre la trasmissibilità *mortis causa* della quota di partecipazione del socio accomandante, non contiene l'inciso «salva diversa disposizione dell'atto costitutivo», che figura invece nel secondo comma a proposito della trasmissione *inter vivos*, sembra doversi escludere la possibilità di derogare validamente alla prima delle due citate disposizioni. Ciò, del resto, appare coerente con il carattere essenzialmente capitalistico della partecipazione alla società dell'accomandante e con la conseguenziale irrilevanza dell'elemento soggettivo di tale partecipazione. Una conferma di tale impostazione si ha nella lettura congiunta degli artt. 2322 c.c. e 2469, co. 1, c.c. In quest'ultima disposizione, la possibilità di incidere statutariamente sulla trasmissibilità *mortis causa* della quota di partecipazione del socio di una s.r.l. è espressamente prevista, a differenza che in quella in tema di s.a.s., e ciò sembra indicare la necessità di una espressa autorizzazione legislativa perché lo statuto possa limitare la trasmissione a titolo universale (in questo caso *iure hereditario*) delle partecipazioni sociali. La disposizione contenuta nell'art. 2322, co. 1, c.c., così interpretata, potrebbe sembrare riaffermare, per la fattispecie a cui si riferisce, il principio della unitarietà e inscindibilità del patrimonio oggetto di successione universale, derogato, per quanto riguarda la successione ereditaria, nella disciplina della s.r.l., con l'art. 2469, co. 1, c.c. Va segnalato che il tema si interseca con quello del divieto di patti successori (art. 458 c.c.), da ritenersi operante con esclusivo riferimento alla successione *mortis causa* e sulla base del quale numerosi interpreti ritengono illegittime disposizioni pattizie (quali clausole statutarie di prelazione e di gradimento) che estendano il proprio ambito di operatività alla successione universale (per riferimenti v. G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 158). L'impossibilità per le clausole statutarie di limitare la

successione universale, poiché nella successione universale vengono trasferiti tendenzialmente *tutti* i beni e rapporti compresi nel patrimonio o nella quota di patrimonio oggetto della vicenda[400].

---

circolazione delle partecipazioni sociali quando questa avvenga attraverso una successione universale (eccettuate le ipotesi in cui ciò sia espressamente concesso dalla legge: cfr. l'art. 2469, co. 1, c.c., in tema di s.r.l. e l'art. 2355-*bis*, co. 3, c.c., relativo alle s.p.a.) è ampiamente sostenuta per quanto riguarda la successione ereditaria. In Francia l'applicazione della *clause d'agrément et de préemption* ai trasferimenti *mortis causa* è esclusa espressamente dalla legge stessa: *art. 274, al. 1er, l. 24 juillet 1966* (v., in proposito, V. MELI, *op. cit.*, p. 195, nt. 72). In Italia, per la giurisprudenza, v. Trib. Cagliari, 24 febbraio 1976 e App. Cagliari, 4 giugno 1976, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 784 ss. (si trattava, nel caso specifico, di clausole di gradimento). In dottrina, v. G. DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, Milano, 1964, p. 266 s.; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 176 ss., con riferimento alla prelazione volontaria in generale; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1987, p. 338 (limitatamente alla clausola di gradimento). *Contra*, con riferimento alla clausola di prelazione, G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, 5ª ed., p. 252; R. ALESSI, *op. cit.*, p. 74; V. MELI, *op. cit.*, p. 197. Diversamente da quanto ora rilevato opina G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 256 s., secondo la quale, in tema di applicabilità delle clausole di gradimento al trasferimento di partecipazioni che avviene mediante scissione «imprudente sarebbe argomentare la soluzione negativa soltanto dalla premessa che, nel caso considerato, l'acquisto della partecipazione sarebbe l'effetto della successione della società beneficiaria nel (in una quota del) patrimonio unitariamente considerato della società scissa o, altrimenti detto, della trasmissione universale per quote del patrimonio di quest'ultima all'altra società: invero, che il meccanismo della successione *in universum ius* non escluda, di per sé, l'operatività delle clausole del genere ora esaminato trova conferma in ciò, che il nostro ordinamento prevede (esplicitamente a seguito della riforma del 2003) l'assoggettabilità al gradimento o ad altre clausole limitative dell'acquisto di partecipazioni societarie da parte dell'erede, e cioè di una fattispecie traslativa sicuramente riconducibile al concetto di successione universale». Alla posizione dell'Autrice ora citata potrebbe però obiettarsi che altro è la deroga ai caratteri essenziali della successione universale effettuata dall'autonomia privata *in conseguenza di esplicita autorizzazione legislativa* (v. l'esempio fatto dall'Autrice), altro è simile deroga ove la legge nulla disponga, in tale ultimo caso essendo meno arduo sostenere la illegittimità dell'opzione esercitata dall'autonomia privata.

[400] Cfr. F. CHIOMENTI, *Scissione e prelazione*, cit., p. 783 ss. L'Autore nega l'applicabilità, all'ipotesi di scissione, del patto di sindacato, intercorso tra due società, entrambe partecipanti al capitale di una terza società, per il quale l'alienazione da parte di ognuna di esse delle azioni sindacate è soggetta ad un diritto di prelazione dell'altra. Il percorso argomentativo proposto per arrivare a tale conclusione fa leva, fra l'altro, sull'impossibilità di qualificare il trasferimento patrimoniale da scissione come un'alienazione, proprio perché la successione che si determina va considerata universale: si afferma che «la scissionaria si surroga, si sostituisce, nella posizione giuridica, attiva e passiva, già occupata dalla scissa nel sindacato azionario, tanto cioè nell'esercizio del diritto di prelazione, quando ne ricorre il presupposto, quanto, correlativamente, nell'adempimento dell'obbligo di offrire in prelazione l'acquisto. […]». L'Autore precisa comunque, per ciò che interessa particolarmente in questa sede, che «La scissione, quale

Per spiegare la superiore affermazione è necessario interrogarsi sulla ragione per cui l'ordinamento consente la trasmissibilità di determinati rapporti soltanto nel caso di successione universale.

La trasmissibilità nella successione universale di rapporti altrimenti intrasmissibili può innanzitutto spiegarsi in ragione della necessità di mantenere integro il patrimonio, quando la successione lo riguardi nella sua interezza e non sia possibile lasciare perciò soltanto alcune delle situazioni giuridiche che lo compongono in capo al dante causa, il quale potrebbe, oltretutto, essere venuto a mancare (nel caso di successione ereditaria) o estinguersi in seguito alla vicenda che determina la successione (l'ente nel caso di fusione e scissione totale)[401].

Nell'ipotesi in cui, però, la successione universale non riguardi un intero patrimonio (es. scissione parziale), altre ragioni debbono essere individuate per spiegare la trasmissibilità delle suddette posizioni giuridiche.

In proposito, va considerato che, anche quando la successione non abbia ad oggetto l'intero patrimonio, essa avviene in *quote* dello stesso.

---

deliberazione o negozio corporativo, costituisce di per sé il titolo, derivativo, per il subingresso della scissionaria nelle posizioni contrattuali relative al patrimonio trasferito dalla scissa, operando […] una successione totale nel rapporto giuridico». Secondo l'Autore, permanendo identica in tutti i suoi elementi soggettivi ed oggettivi la posizione giuridica del nuovo titolare delle azioni sindacate (la società beneficiaria del trasferimento patrimoniale), non può individuarsi, nel caso di scissione (e la soluzione, ove accolta, dovrebbe valere anche per la fusione), l'alienazione che costituisce il presupposto di operatività della prelazione. V. anche, in termini più generali e più di recente, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., la quale afferma che, nella scissione, «la successione in quote del patrimonio unitariamente considerato, piuttosto che in singoli, specifici elementi del patrimonio o in singoli rapporti, comporta […] l'esonero dalle regole che governano la circolazione dei beni atomisticamente considerati» (p. 215), essendo la circolazione per scissione «una circolazione *sui generis*, sicuramente diversa da quella che si realizza attraverso contratti di scambio, […] posta […] a servizio di una vicenda di *modificazione nella continuità*» (p. 240).

[401] Vi sono, come si vedrà più diffusamente *infra*, situazioni giuridiche soggettive che non sono suscettibili di trasferimento neanche in caso di successione universale. Tali posizioni giuridiche sono quindi destinate ad estinguersi quando la vicenda successoria comporti o presupponga il venir meno del soggetto trasferente.

Il concetto di quota (come quello di patrimonio, nel caso in cui la successione universale lo riguardi integralmente) comprende l'idea della (quantomeno tendenziale) perdita di individualità dei singoli beni e rapporti che la compongono, poiché la quota, nella vicenda successoria, si configura come un'entità unitaria, che si trasmette da un soggetto all'altro come tale, e non come somma di beni e rapporti giuridici specifici[402], attraverso un unico evento traslativo.

[402] Cfr. A. DE CUPIS, *Successione ereditaria*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1260, il quale esclude che la quota di patrimonio oggetto della successione universale possa identificarsi con la somma di taluni beni, singolarmente considerati, del soggetto dante causa: la quota di patrimonio viene quindi definita come una frazione ideale del complesso di beni che forma oggetto della successione. L'Autore evidenzia (con riferimento alla successione ereditaria, ma con osservazioni che possono ritenersi valide per qualunque tipo di successione universale) che il patrimonio oggetto della successione, prima dell'inizio della vicenda successoria, può considerarsi come somma di elementi attivi e passivi (diritti ed obblighi patrimoniali) che «non costituiscono una unità giuridica organica ed inscindibile»; quando si verifica la vicenda successoria, però, il patrimonio deve essere visto come una *universitas iuris*, cioè come una «inscindibile unità così dei diritti come degli obblighi patrimoniali che sono oggetto della successione». (A. DE CUPIS, *Successione ereditaria*, cit., p. 1261. V. anche gli autori citati in nota). L'inscindibilità del patrimonio oggetto di successione è evidenziata, per la successione ereditaria, da una serie di disposizioni, quali, ad esempio (ma l'elenco potrebbe essere molto più lungo) l'art. 486 c.c., che stabilisce che il chiamato, oppure un curatore nominato dall'autorità giudiziaria, rappresenti in giudizio, nella veste di convenuto, l'eredità, considerata come complesso unitario di situazioni giuridiche in attesa di collegarsi alla persona dello stesso chiamato; l'art. 529 c.c., che prevede che il curatore dell'eredità giacente svolga un'attività di conservazione della stessa eredità considerata come un tutto unitario; l'art. 530, co. 2, c.c. (facente richiamo agli artt. 498 ss. c.c.) che prevede che lo stesso curatore, a seguito dell'opposizione di alcuno dei creditori o dei legatari, provveda alla liquidazione dell'eredità nell'ambito di una procedura concorsuale a carattere universale. Per quanto concerne la quota di patrimonio oggetto della successione, la sua unitarietà e inscindibilità è confermata anche nel caso in cui essa non sia individuata come frazione ideale del patrimonio, bensì attraverso l'individuazione di specifici beni: si è già parlato, infatti, della c.d. *institutio ex re certa*, disciplinata dall'art. 588, co. 2, c.c., a norma del quale «l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota di patrimonio». In giurisprudenza, v. Cass., 7 dicembre 1999, n. 13704, in *Riv. not.*, 2000, p. 1201, secondo cui il diritto di retratto riconosciuto ai coeredi dalla norma di cui all'art. 732, 1º comma, c.c. può attuarsi soltanto nel caso di alienazione (onerosa) della quota ereditaria, o di parte di essa, e non anche quando sia stato alienato un cespite determinato; una tale limitazione, tuttavia, non ostacola l'esercizio del diritto in questione nel caso in cui gli elementi concreti che caratterizzano la fattispecie evidenzino, comunque, l'intento dei contraenti di sostituire nella comunione ereditaria il terzo estraneo, al coerede alienante, e di considerare pertanto, in vista di una tale finalità, il bene, o i beni, oggetto della traslazione, in

Questo vale a giustificare la circostanza che nella successione universale non è richiesto dalla legge il rispetto delle formalità che essa prescrive per il trasferimento dei singoli beni, quando questo avvenga con un atto che dà luogo a successione a titolo particolare.

Ciò che è stato espressamente riconosciuto, nell'ordinamento tedesco, con riferimento alla scissione, essendo la *Spaltung* intesa come un procedimento che si attua *durch gleichzeitige Vermögensübertragung jeweils als Gesamtheit* (par. 1 *SpTrUG*), in cui gli elementi patrimoniali vengono trasferiti in capo alle beneficiarie senza la necessità che siano rispettate le regole relative alla circolazione dei singoli beni e diritti[403].

Ed allora, nella successione universale da fusione e da scissione, come non operano formalità per il trasferimento di singoli beni (che invece operano nella successione a titolo particolare), in ragione dell'unicità del titolo dell'acquisto compiuto dal successore (*una causa transmissionis*)[404], - di talché «l'effetto traslativo (*rectius*, il

---

funzione rappresentativa e come indice espressivo della quota o di parte di essa; ciò in quanto anche la traslazione di un solo bene finisce per individuare, nel caso in questione, la fattispecie presa in considerazione dall'art. 732 cit.

[403] V. sul punto G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 53.

[404] Rileva C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in AA. VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni Griffi, Milano, 1995, p. 13, che peculiarità della successione universale che si realizza nell'ipotesi di fusione (e anche, si può aggiungere, nel caso di scissione) rispetto alla successione a titolo particolare è nel fatto che l'accrescimento del patrimonio sociale della società beneficiaria, pur avendo ad oggetto una molteplicità o un complesso di situazioni giuridiche soggettive, si verifica tuttavia contestualmente e in virtù di un unico atto: il completamento della fattispecie di fusione (o scissione). In giurisprudenza v., nello stesso senso, Trib. Genova, 20 giugno 1960, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1961, II, 469, citato da C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 67, nt. 168, Autore che osserva, nel testo dell'*op. ult. cit. loc. cit.*, che «il completamento della fattispecie (quale risulta dal comb. disp. artt. 2504 e 2504-*bis*, 2° comma, c.c.) è decisivo e sufficiente per realizzare l'imputazione, in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione, di tutti i rapporti pertinenti alle società incorporate o fuse senza imporre "l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda" (art. 2556 c.c.) delle società incorporate o fuse». Con riguardo alla scissione, v. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 216, la quale osserva che lo spostamento patrimoniale che si realizza per mezzo della scissione «avendo ad oggetto, nella concezione del legislatore, non singoli beni, bensì quote del patrimonio della società scindente, investe appunto la quota, e cioè un insieme di elementi attivi e passivi, il cui passaggio in capo al nuovo titolare avviene *uno actu*, e cioè per tutti nello stesso

mutamento dell'imputazione della titolarità dei beni e dei diritti) si produce, sia fra le società, sia rispetto ai terzi, senza bisogno che siano soddisfatti, in rapporto ai singoli beni, i particolari requisiti di efficacia del trasferimento richiesti dal diritto comune (mentre restano salve, conformemente alle previsioni dei diversi ordinamenti nazionali, le formalità previste ai fini della pubblicità dichiarativa, e cioè dell'opponibilità del trasferimento stesso)»[405] – così si giustifica che vengano meno anche i limiti di trasmissibilità per beni e rapporti la cui titolarità non dipenda strettamente dalle caratteristiche proprie della persona del dante causa[406; 407].

---

momento, che coincide con il momento in cui si realizza l'operazione». V. anche G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 140 s., il quale, pur non ritenendo corretto descrivere il fenomeno come un'ipotesi di successione universale in senso tecnico, riconosce che il passaggio degli elementi dell'attivo e del passivo dalla società scissa alle beneficiarie «si attua *uno actu* con l'iscrizione dell'atto di scissione nel registro delle imprese, senza che sia necessario osservare le prescrizioni formali imposte dalle norme di diritto comune per quanto riguarda validità, efficacia e opponibilità ai terzi dei singoli atti di cessione delle entità patrimoniali».

[405] G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 216.

[406] «La contestualità del trasferimento (dalla scissa alla o alle beneficiarie) degli elementi patrimoniali secondo la ripartizione indicata nel progetto di scissione, indica non solo un fenomeno temporale, rilevante sul piano della cronologia degli atti e degli effetti; essa comporta ed esprime altresì l'assoggettamento dei diversi elementi patrimoniali coinvolti nella vicenda ad una medesima legge di circolazione, quella della (circolazione per) scissione» (G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 216).

[407] Rimangono intrasmissibili, anche nella successione universale, alcune situazioni giuridiche soggettive: per quanto concerne i diritti reali, alcuni di essi (uso, abitazione), strettamente inerenti al proprio titolare, sono sottratti a qualunque tipo di successione (il divieto di cessione per atto tra vivi è espressamente comminato dall'art. 1024 c.c.); l'usufrutto può essere oggetto di successione per atto tra vivi, ma, data la sua temporaneità, è escluso dalla successione ereditaria (artt. 979 e 980 c.c.); per quanto concerne i diritti di credito, un'eccezione alla possibilità della successione si verifica per quelli, tra essi, nei quali la persona del creditore è elevata a momento essenziale del rapporto (crediti derivanti da mandato, contratto di lavoro, ecc., crediti familiari). Non possono, poi, essere oggetto di successione i diritti della personalità, i quali, «essenziali estrinsecazioni della personalità dell'individuo, aventi per oggetto i beni più elevati di questo, ad esso legati da un nesso organico, sono strettamente legati al medesimo, sì da non potersene distaccare»; né possono essere oggetto di successione «quei poteri i quali, diversi dai diritti soggettivi, essendo attribuiti per lo svolgimento di una funzione a favore di altri soggetti, sottoposti al loro esercizio, non possono prescindere dalla qualità personale del proprio titolare, giustificante la loro attribuzione». Per quanto concerne le posizioni giuridiche passive, la successione non è concepibile, ad esempio, in relazione «agli obblighi che, corrispondendo ai diritti assoluti, gravano sulla generalità dei soggetti: non è ravvisabile, per tali obblighi, una vicenda successoria consistente nella sostituzione di tale

Un'ulteriore possibile obiezione va però superata, poiché una tale conclusione potrebbe sembrare offrire una soluzione certa al problema soltanto con riferimento a quelle previsioni che limitano la circolazione dei beni, le quali dispongano *sic et simpliciter* l'impossibilità di trasferire a terzi (o a determinati terzi) la proprietà di un certo bene.

Nella normalità dei casi, invece, il legislatore o l'autonomia privata, contemperando gli interessi da tutelarsi attraverso la disposizione vincolistica con il principio generale della libera trasferibilità della proprietà dei beni, stabiliscono vincoli che importano oneri particolari a carico dell'alienante o sanzioni (dal risarcimento del danno al diritto di retratto a favore del terzo), senza però impedire la trasferibilità del bene[408]. In tali ipotesi, allora, il

---

generalità con un nuovo soggetto; è riscontrabile, va riconosciuto, una modificazione soggettiva degli obblighi medesimi, ma diversa da quella che si identifica con la successione». La successione nell'obbligo non può avvenire, inoltre, neanche ove vi sia l'assenso del soggetto attivo del rapporto, «quando, come riscontrasi nel campo familiare, l'individuale personalità dell'obbligo è tale da indurre l'assoluta inerenza di questo al soggetto su cui incombe» (le parole tra virgolette sono di A. DE CUPIS, *Successione nei diritti*, cit., p. 1253 s.). Cfr. in proposito Cass., 28 agosto 1963, n. 2372, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 55 (citata da F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, p. 530, nt. 21), che ha precisato che «è bensì vero che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2504, la società incorporante assume i diritti e gli obblighi della società estinta; ma tale successione riguarda soltanto i rapporti trasmissibili; mentre sono intrasmissibili nella fusione quei rapporti il cui persistere è subordinato all'esistenza della società come soggetto di diritto, e cioè al fatto che il gruppo sociale conservi la propria individualità ed autonomia anche sul piano patrimoniale».

[408] Il legislatore potrebbe impedire la trasferibilità di un dato bene, sancendo la nullità dell'atto di disposizione del bene stesso (compatibilmente con il rispetto dei principi espressi dagli artt. 41 e 42 della Costituzione, che tutelano l'iniziativa economica e la proprietà privata, valori nei quali può ricomprendersi la libertà di disporre dei beni di cui si è proprietari). Per l'autonomia privata, l'impossibilità di impedire *tout court* e definitivamente l'alienazione di un bene deriva da varie disposizioni presenti nell'ordinamento: in primo luogo dall'art. 1379 c.c., rubricato "divieto di alienazione", che dispone che «il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti»; inoltre dall'art. 1372, co. 2 c.c. che stabilisce che «il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge», così escludendo, come già l'art. 1379, una possibile efficacia reale del divieto di alienazione; dall'art. 832 c.c., che individua nel potere di disporre del bene uno degli elementi costitutivi del diritto di proprietà, per cui la previsione dell'inalienabilità assoluta di un bene, contenuta in una convenzione tra privati, svuoterebbe di contenuto il diritto di proprietà del soggetto vincolato dal divieto di alienazione. Per

problema da risolvere non è quello di stabilire la trasferibilità o meno di determinati beni a seguito della successione per fusione o scissione, perché tale trasferibilità è già riconosciuta dalla legge, la quale non inibisce la validità e l'efficacia dell'atto traslativo. La questione che si pone in questi casi è quella relativa all'operatività di questi diversi limiti, poiché il riconoscimento della stessa non sembrerebbe a prima vista contrastare con l'esigenza che il successore subentri nell'identica posizione del dante causa: anche quando è riconosciuto dalla legge il diritto di un terzo di riscattare il bene trasferito presso il suo acquirente (c.d. diritto di retratto), tale diritto risulta esercitabile *dopo* che il trasferimento del bene sia

---

quanto riguarda le clausole degli statuti delle società che prevedano (espressamente o di fatto) l'inalienabilità da parte dei soci delle partecipazioni sociali, dall'art. 2355, co. 3, c.c. vigente *ante* riforma del 2003 (ma le conclusioni sono valide anche per gli attuali artt. 2355-*bis*, e 2469 c.c., che, nei limiti in cui ammettono situazioni in cui le partecipazioni sono intrasferibili, circoscrivono temporalmente tali situazioni o le temperano con l'imposizione di meccanismi che permettano al socio di uscire dalla società) la dottrina ha desunto l'impossibilità per lo statuto sociale di vietare l'alienazione delle azioni, così rendendo il socio *prisonnier de son titre*, poiché la norma autorizza l'atto costitutivo soltanto a «sottoporre a particolari condizioni l'alienazione delle azioni nominative». Sul punto, cfr. per tutti G. DENOZZA, *Sopravvivenza (ma entro quali limiti) delle clausole di gradimento?*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 12 s. Per la giurisprudenza cfr. Cass. 15 maggio 1978, n. 2365, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2721 ss., con nota di G. FERRI; in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 639 ss., con nota di G. CASTELLANO; in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 152 ss., con nota di V. COLUSSI; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1978, II, p. 316 ss.; Cass., 7 maggio 1982, n. 5567, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1663 ss., con nota di M. R. COVELLI; in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 153 ss., con nota di G. CASTELLANO, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 23 ss.; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1983, II, p. 264 ss. Cfr., anche, le pronunce citate da G. M. ZAMPERETTI, *Le clausole di gradimento nella recente prassi statutaria*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 915 ss. In precedenza, tuttavia, a livello dottrinale si era talora ammessa una clausola che escluda in via assoluta la circolazione delle azioni: cfr. G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, 5ª ed., p. 254. Di particolare interesse è anche l'art. 22 della l. 4 giugno 1985, n. 281, ove espressamente si dichiarano inefficaci le clausole degli atti costitutivi di società per azioni, le quali subordinano gli effetti del trasferimento delle azioni al mero gradimento degli organi sociali, e che quindi rendono il trasferimento del titolo subordinato alla mera volontà dell'emittente: «si è così posto un freno legislativo alla facoltà dei consigli di amministrazione di negare arbitrariamente l'ingresso in società a soggetti non graditi, escludendo di fatto la commerciabilità dei titoli» (R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 65). Per il problema dei limiti statutari alla circolazione delle partecipazioni sociali, v., più ampiamente, *infra*, "Analisi dell'operatività di specifiche limitazioni alla circolazione dei beni. L'inapplicabilità delle stesse nel caso di fusione e scissione derivante dalla loro disciplina specifica".

avvenuto, e perciò non compromette la considerazione unitaria (comprensiva anche del bene riscattabile dal terzo) del patrimonio o della quota di patrimonio oggetto di successione.

Può ritenersi, però, che la successione che può individuarsi come effetto della fusione e della scissione impedisca in via di principio l'operatività dei suddetti vincoli alla circolazione dei beni, anche se questi non si sostanziano nella intrasmissibilità assoluta dei beni in questione.

Una tale conclusione potrebbe giustificarsi considerando che riconoscere una rilevanza ai suddetti vincoli in sede di successione universale comporterebbe comunque l'emersione dell'individualità dei singoli beni oggetto della successione stessa, contrastando con l'esigenza di una considerazione unitaria del patrimonio o della quota di patrimonio trasferita.

È vero che l'operatività di tali vincoli nel caso di successione da fusione o da scissione non impedirebbe astrattamente il trasferimento dell'intero patrimonio o dell'intera quota dello stesso, nessun bene escluso, ma è altresì vero che i vincoli in questione operano in modo tale da imporsi (si ripete, pur senza impedire il trasferimento rendendolo ad esempio nullo) già nel momento in cui il fenomeno traslativo si realizza, o anche prima, e non soltanto dopo colpendo con una sanzione chi abbia trasferito un bene in violazione di essi.

Per esemplificare, si può far riferimento all'ipotesi del diritto di prelazione (convenzionale o legale) di un terzo che gravi su un bene trasferito mediante fusione o scissione: l'esistenza di tale diritto non impedisce di per sé il trasferimento del bene attraverso l'operazione societaria, anche ove si consideri che il trasferimento realizzatosi con la fusione o la scissione integri il presupposto di operatività della prelazione. In tal caso, il bene verrà trasferito insieme al restante patrimonio o quota di patrimonio e, a seconda dei casi, l'alienante sarà responsabile del danno sofferto dal terzo titolare

della prelazione (nel caso di prelazione convenzionale), o il terzo potrà, successivamente, riscattare il bene in questione presso la società beneficiaria del trasferimento (nel caso di prelazione legale).

Resta però il fatto che, ove le società partecipanti all'operazione vogliano evitare tali conseguenze aberranti del trasferimento patrimoniale, sarà necessario che la società, che intende fondersi con un'altra o scindersi, si attivi prima dell'operazione per offrire al terzo titolare della prelazione il bene in questione, in modo tale che questi possa acquistarlo invece della società beneficiaria della fusione o della scissione. Ciò comporta che, nel trasferimento che si realizza con la fusione o la scissione, il bene gravato dalla prelazione o non verrà ricompreso nel patrimonio trasferito (poiché è stato già alienato al terzo prelazionario) o entrerà a far parte del suddetto patrimonio (perché il prelazionario non ha esercitato il suo diritto ad essere preferito alla società beneficiaria), ma avendo recuperato rispetto ad esso una propria individualità che appare difficilmente compatibile con una considerazione del patrimonio stesso come *universitas iuris* e con la «esigenza di superare gli inconvenienti derivanti dall'applicazione delle norme di diritto comune» relative alla circolazione dei beni, che è sottesa alla disciplina della fusione e della scissione[409].

La considerazione unitaria del patrimonio o della quota di patrimonio che si trasferisce nella successione da fusione o da scissione, infatti, non pare comportare soltanto la tendenziale partecipazione alla vicenda di tutte le situazioni giuridiche soggettive ricomprese in tale patrimonio o in tale quota, ma sembra implicare anche la neutralità delle caratteristiche (tra le quali i suddetti limiti alla trasferibilità) di ciascuna di esse per la vicenda

[409] Cfr., in tema di scissione, G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 143 (di cui le parole fra virgolette) il quale evidenzia, ad esempio, gli effetti negativi che avrebbe sul piano dell'efficienza del procedimento «l'applicazione dell'art. 1264 c.c. che imporrebbe la notifica a tutti i debitori ceduti dell'avvenuta assegnazione dei crediti a una delle società beneficiarie».

successoria, e quindi la tendenziale impossibilità per tali caratteristiche di emergere restituendo individualità alle singole posizioni giuridiche coinvolte nella successione[410].

Conferma di ciò sta nel fatto che l'unitarietà e l'inscindibilità (tendenziali) del patrimonio oggetto di successione, come si è già accennato, non si manifestano soltanto nella possibilità di trasferire a titolo universale beni e rapporti altrimenti intrasferibili, ma emergono anche dalla possibilità di realizzare il trasferimento universale senza il rispetto delle forme previste per i singoli beni e rapporti che compongono il patrimonio o la quota di patrimonio oggetto di successione. Anche i requisiti formali dei negozi traslativi costituiscono, a loro modo, vincoli alla circolazione dei beni, dettati in funzione di un interesse alla certezza e alla sicurezza dei traffici giuridici, il quale non riesce ad imporsi sull'interesse all'integrità del patrimonio (o della quota di patrimonio) oggetto di successione universale.

Per quanto riguarda i limiti alla circolazione dei beni dettati in funzione di interessi diversi, quali quelli che si prendono in considerazione nella presente trattazione, nel caso in cui il loro campo di applicazione sia esteso espressamente alle ipotesi di fusione e scissione, o anche ci si riferisca, più genericamente, a fattispecie che danno luogo ad una successione universale, deve ritenersi che una tale scelta deroghi alla regola del subentro del successore nell'identica posizione del dante causa, attraverso un atto che fa ciò in funzione della riconosciuta prevalenza di un diverso interesse nella specifica fattispecie[411].

---

[410] In tema di successione universale *mortis causa*, afferma esplicitamente che «la prelazione è naturalmente e strutturalmente incompatibile con la trasmissione ereditaria della proprietà» T. FEBBRAJO, *Il diritto di prelazione di cui all'art. 230* bis, *5° comma, c.c. e i trasferimenti* mortis causa, nota a Trib. Macerata, 28 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2002, p. 1 ss.

[411] Deroghe legislative al principio di unitarietà e inscindibilità del patrimonio oggetto di successione universale si hanno, ad esempio, in tutti i casi in cui il legislatore escluda la trasmissibilità, anche a titolo universale, di determinate situazioni giuridiche soggettive la cui esistenza dipenda strettamente dalle caratteristiche proprie della persona del loro titolare. Con

Ove, invece, si sia in presenza di riferimenti a fattispecie traslative astrattamente compatibili sia con la successione a titolo particolare, sia con la successione universale (ad esempio, il "trasferimento"), l'interpretazione della disposizione vincolistica dovrebbe portare, alla luce di un criterio sistematico volto a garantire la coerenza dell'ordinamento, a restringerne il significato alle sole ipotesi produttive di una successione a titolo particolare.

Ancora con riferimento ai limiti alla circolazione dei beni astrattamente compatibili sia con la successione a titolo particolare sia con la successione universale, un altro argomento, derivante anch'esso dall'esigenza che il successore subentri nell'identica posizione del dante causa, potrebbe proporsi per negare la loro applicabilità alle fattispecie di fusione e scissione.

Se si afferma che il patrimonio (o la quota di patrimonio) trasferito nella successione universale costituisce un'entità unitaria, autonomamente considerata dall'ordinamento, nella quale i beni che la compongono perdono la loro individualità, dovrebbe riconoscersi che tale patrimonio costituisce una *cosa qualitativamente diversa* da quella che forma oggetto della disposizione vincolistica.

Ciò comporta che, quando il bene vincolato non venga trasferito individualmente (eventualmente anche insieme ad altri beni) bensì

---

riferimento alle persone fisiche, le ipotesi più evidenti sono quelle relative ai diritti della personalità, i quali sono intrasmissibili a titolo particolare come anche attraverso la successione ereditaria. E così, sono configurabili come deroghe legislative al principio ora considerato tutti i casi di intrasmissibilità per successione universale di una posizione soggettiva che sono stati già sopra elencati. In ognuna di queste ipotesi, il legislatore riconosce l'esistenza di interessi, la cui soddisfazione è legata al mancato trasferimento della situazione soggettiva, che debbono ragionevolmente prevalere sull'esigenza di una considerazione unitaria del patrimonio in sede di successione universale. In funzione di ciò si realizza, normativamente, l'emersione dell'individualità di tali posizioni giuridiche: l'interesse a che esse non vengano trasferite perde così la sua caratteristica neutralità di fronte alla vicenda successoria e diviene rilevante per effetto del suo riconoscimento da parte del legislatore. Come si è detto, può considerarsi una deroga legislativa al principio di unitarietà e inscindibilità del patrimonio oggetto di successione universale anche l'ipotesi in cui il legislatore non limiti direttamente la trasmissibilità a titolo universale di un dato bene, bensì autorizzi espressamente l'autonomia privata a farlo (cfr., in proposito, l'art. 2469, co. 1, c.c. già visto).

come parte di un complesso che assume una propria, autonoma identità giuridica, dovrebbe negarsi che sia integrato il presupposto per l'applicazione dei limiti alla circolazione del bene in questione.

La giurisprudenza si è espressa con riguardo alla diversa ipotesi dell'alienazione di un fabbricato comprendente un appartamento per il quale era stato stipulato un patto di prelazione[412], affermando che «il patto di prelazione [...] ha carattere di contratto unilaterale, preliminare, il cui contenuto è una obbligazione di fare, e precisamente di preferire [...] il titolare del beneficio; obbligazione che si realizza sempre che si verifichi la condizione sospensiva cui il patto è sottoposto, l'evento cioè futuro e incerto costituito dalla volontà di vendita della cosa che della prelazione è stata oggetto. Occorre quindi il verificarsi dell'evento che condiziona il negozio perché questo produca i suoi normali effetti obbligatori [...]. Ma è chiaro che la condizione deve ritenersi mancata, e quindi il diritto non è sorto, ove la volontà di vendita (seguita poi dalla vendita effettiva), abbia avuto ad oggetto non la cosa determinata che le parti avevano considerato nella loro pattuizione (singolo appartamento), sibbene una cosa qualitativamente diversa, costituita da un complesso, un *unicum* (qual'è l'intero fabbricato nella sua unità organica), di cui la prima era solo parte».

Autorevole dottrina[413] concorda con l'orientamento della Suprema Corte. Si rileva, infatti, che se l'obbligazione era sorta in relazione ad un dato *quid*, è logico affermare la caducità della medesima in caso di trasmissione proprietaria di un *quid* oggettivamente diverso: salvo che, dall'interpretazione della volontà negoziale, risulti che la prelazione sia stata concessa anche per il bene qualitativamente

[412] Cass., 25 maggio 1956, n. 1956, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1297 s.; App. Venezia, 17 febbraio 1958, in *Rass. giur. it.*, 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 448.

[413] G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 192, il quale, comunque, ammonisce a non sottovalutare «il rischio che il promittente, complice il terzo, eluda la propria obbligazione di preferire, alienando il tutto per poi trasferire, per interposta persona, il singolo bene oggetto di prelazione».

diverso (ma, in relazione a tale ipotesi, la volontà delle parti dovrà essere espressa molto chiaramente), «non potrà sostenersi la violazione del diritto di prelazione se il soggetto passivo pone in essere una negoziazione che, quanto all'oggetto, non è ricompresa nell'ambito dell'obbligazione assunta»[414].

Il principio ora affermato sembra valere anche per le ipotesi trattate nel presente lavoro: ancorché il bene vincolato sia parte del patrimonio o della quota di patrimonio trasferita mediante fusione o scissione, esso non costituisce direttamente l'oggetto del negozio traslativo, poiché quest'ultimo si identifica con il patrimonio o la quota di patrimonio, bene che l'ordinamento considera qualitativamente diverso dai beni che lo compongono. Ciò si verifica anche quando il bene vincolato formi la parte (quantitativamente) più rilevante del patrimonio trasferito, e, addirittura, quando esso sia l'unico bene oggetto di trasferimento, essendo il patrimonio costituito esclusivamente da esso; anche in quest'ultimo caso, infatti, il bene in questione non viene in considerazione in quanto tale, ma in quanto patrimonio, sia nel negozio di fusione o scissione, sia nella valutazione che di esso fa la legge.

[414] G. BONILINI, *op. loc. cit.*

5.3. - Analisi dell'operatività di specifiche limitazioni alla circolazione dei beni. L'inapplicabilità delle stesse nel caso di fusione e scissione derivante dalla loro disciplina specifica.

Oltre alle cause di "generica" incompatibilità delle disposizioni limitatrici della circolazione dei beni con le fattispecie della fusione e della scissione che derivano dal subentro del successore nell'identica posizione del dante causa che può dirsi ricorrere, in una prospettiva traslativista, nelle operazioni societarie in esame (e più in generale dall'esigenza, espressa dalle norme in tema di fusione e di scissione, di superare gli inconvenienti derivanti dall'applicazione delle norme di diritto comune relative alla circolazione dei beni), ve ne sono alcune specifiche delle singole disposizioni vincolistiche.

Esse dipendono principalmente dall'individuazione, ad opera della legge o dei contraenti, di un ambito di applicazione delle suddette disposizioni nel quale non possono essere ricomprese la fusione e la scissione: si è già accennato al fatto che molti dei vincoli al trasferimento dei beni sono in grado di colpire soltanto negozi nei quali il corrispettivo del trasferimento si configura come una prestazione fungibile.

Si analizzeranno di seguito le caratteristiche e la disciplina di particolari ipotesi di vincoli alla trasferibilità di beni, senza pretese di esaustività per quanto riguarda l'ampiezza della casistica, ma cercando di approfondire alcune tra le ipotesi che, nella pratica, ricorrono con maggiore frequenza.

5.3.1. - *Segue*: la prelazione legale prevista in caso di trasferimento di beni culturali.

La disciplina del trasferimento delle cose di interesse artistico, storico e archeologico era contenuta, fino alle modifiche introdotte prima con il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali (d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490) e, da ultimo, con il Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs 22 gennaio 2004 n. 42), nella l. n. 1089 del 1° giugno 1939 (modificata ed integrata con la l. 21 dicembre 1961, n. 1552 e con il d.l. 5 luglio 1972, n. 288, convertito in l. 8 agosto 1972, n. 487) e nelle disposizioni regolamentari di cui al r.d. 30 gennaio 1913, n. 363.

Il regime introdotto dalla summenzionata normativa prevede, tra l'altro, strumenti di intervento a carattere pubblicistico, diretti a favorire l'acquisizione allo Stato, alla Regione o ad altro ente pubblico territoriale, dei beni culturali, con conseguente incidenza sulla facoltà di disposizione del diritto da parte dei privati. Fra questi strumenti di diritto pubblico, l'ordinamento prevede il diritto di prelazione a favore dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali[415]. Sotto la vigenza della l. n. 1089 del 1° giugno 1939 la

[415] L'esercizio del diritto di prelazione era attribuito dalla legge l. n. 1089/1939 al Ministero dei Beni Culturali e Ambientali, secondo le modalità indicate negli artt. 31 e 32, compresa l'ipotesi in cui il bene venisse, in tutto o in parte, dato in pagamento a qualsiasi titolo (artt. 31, 33, 34). Con l'esercizio di tale diritto, lo Stato acquistava il bene in via amministrativa allo stesso prezzo fissato nell'atto con cui il proprietario intendeva alienarlo, o al prezzo stabilito d'ufficio, nel caso di alienazione di più cose per un unico corrispettivo. Nell'eventualità che l'alienante non avesse accettato il prezzo stabilito d'ufficio dall'Amministrazione, avrebbe provveduto a determinarlo un'apposita commissione. In particolare, l'esercizio del diritto di prelazione comportava che l'effetto traslativo del negozio di alienazione, anziché prodursi fra le parti contraenti, venga a determinarsi, attraverso un provvedimento amministrativo, a favore dello Stato. L'esercizio della prelazione presupponeva che le parti avessero concluso il negozio di alienazione, di cui era prescritta la denuncia al fine di far decorrere il termine bimestrale di decadenza entro il quale l'Amministrazione aveva la possibilità di intervenire. Per l'analisi della disciplina dettata dalla l. n. 1089 del 1939, cfr. A. CARACCIOLO LA GROTTERIA, *I trasferimenti onerosi dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, Milano, 1998, p. 17 ss. La disciplina rilevante oggi

prelazione era riconosciuta in caso di «alienazione a titolo oneroso» di una cosa di interesse storico-artistico, ed era disciplinata nel capo III (sez. I e II) della legge.

Il termine "alienazione" veniva inteso nel suo significato tecnico-giuridico, che ne sottolineava quello etimologico, di trasferimento del diritto di proprietà sul bene[416].

Il connotato dell'onerosità, poi, veniva valorizzato in funzione della valutazione di parità tra il prezzo offerto dal terzo aspirante acquirente e quello pagato dal preferito: in dottrina, infatti, si tendeva a spiegare la circostanza che il diritto di prelazione fosse previsto esclusivamente per le alienazioni a titolo oneroso, osservando che solo in questo caso lo Stato avrebbe potuto intervenire autoritativamente nel negozio intercorso tra i privati anche senza frustrare la realizzazione dell'interesse dell'alienante. Lo Stato, infatti, poteva sostituirsi all'acquirente corrispondendo all'alienante una prestazione equivalente a quella prevista nel negozio di alienazione.

Ma se questa era la giustificazione del riferimento alle alienazioni a titolo oneroso, sembrava necessario limitare la sfera di applicabilità della prelazione in esame soltanto alle ipotesi in cui l'interesse dell'alienante potesse essere soddisfatto attraverso una prestazione del prelazionario che fosse *fungibile* con quella individuata nel contratto a carico dell'acquirente[417]: solo in tal modo, infatti, è configurabile la valutazione di parità tra il corrispettivo offerto dall'acquirente e quello che viene versato dallo Stato[418]. Sul piano testuale, la conferma di questo assunto poteva

---

vigente è contenuta negli artt. 60 ss. del menzionato d.lgs 22 gennaio 2004 n. 42 (già artt. 58 ss. del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490)

[416] Così M. R. COZZUTO-QUADRI, *La circolazione delle "cose d'arte"*, Napoli, 1997, p. 83.

[417] Sulla necessaria fungibilità della prestazione corrispettiva della dismissione del diritto alienato, cfr. M. R. COZZUTO-QUADRI, *op. cit.*, p. 85 e L. V. MOSCARINI, voce *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1985, p. 981 e *passim*.

[418] Si tratta del c.d. principio della "parità di condizioni", ritenuto operante in questa come in numerose altre ipotesi di prelazione legale. Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza si

rinvenirsi nell'espresso riferimento al "prezzo", che compariva nell'art. 31 della legge in esame: il dato letterale sembrava infatti stare ad indicare, se non una prestazione necessariamente pecuniaria[419], quantomeno una prestazione fungibile.

La necessaria fungibilità della prestazione dedotta nel negozio di alienazione, appariva poi confermata dal fatto che l'art. 33 della l. 1089 espressamente contemplava la facoltà di esercizio della prelazione per l'ipotesi di *datio in solutum*, nella quale il corrispettivo è costituito dall'estinzione di un debito pecuniario dell'alienante, ed è perciò sostituibile con la prestazione pecuniaria proveniente dallo Stato.

A ciò si aggiunga che la legge in esame non prevedeva, invece, espressamente il caso in cui il bene sia trasferito sulla base di un contratto di permuta avesse ad oggetto un bene infungibile. In questa ottica, ciò veniva spiegato considerando che la permuta configura un'ipotesi in cui il trasferimento del bene, pur presentando i connotati dell'onerosità, è attuato nell'ambito di uno

---

tratterebbe addirittura di un principio caratterizzante il concetto stesso di diritto di prelazione, per cui la sua validità sarebbe estesa ad ogni ipotesi di prelazione, non solo legale, ma anche convenzionale. La prelazione, alla luce di tale principio, viene definita come «il diritto di un determinato soggetto ad essere preferito ad altri nell'acquisto di un determinato oggetto, per il caso che il proprietario intenda alienarlo, a parità di condizioni offerte dal terzo» (L. V. MOSCARINI, voce *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 981; una prima definizione di prelazione enucleata in questi termini può leggersi in P. M. CORRADINUS, *Tractatus de iure praelatio*, Venezia, 1722: «*praelatio est ius emendi rem alteri vendentiam pro equali praetio*»; in giurisprudenza, v., ad esempio, Cass., 12 gennaio 1989, n. 93, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 563 ss.; Trib. Milano, 23 settembre 1991, in *Le società*, 1992, p. 357 ss.). Si ritiene, infatti, che ogni ipotesi di prelazione, se attribuisce una posizione di vantaggio al soggetto a cui è attribuita, non possa incidere negativamente sulla sfera giuridica del soggetto proprietario del bene che dello stesso voglia disfarsi, comprimendo la sua libertà di disposizione o il risultato economico dell'alienazione. Si vedrà, *infra*, che tale ricostruzione del concetto di prelazione deve ritenersi superata poiché, se è vero che la regola della parità di condizioni continua ad operare in numerose ipotesi di prelazione legale (non in tutte), identificandosi con un carattere *normale* della prelazione, è dimostrato che essa non è riconducibile ad un principio generale, in grado di influire sulla definizione stessa dell'istituto.

[419] Così A. CARACCIOLO LA GROTTERIA, *op. cit.*, p. 44; cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 1987, n. 91, in *Foro amm.*, 1987, p. 518 ss.

scopo negoziale diverso da quello dell'alienazione, intesa come scambio di cosa contro prezzo[420].

[420] Assume una posizione nettamente contraria all'operatività della prelazione di cui alla l. 1089/1939 in caso di permuta, Cass., sez. IV, 30 ottobre 1980, n. 5855, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 522 ss. Alcuni autori, invece, hanno ritenuto ammissibile tale prelazione anche in caso di permuta o di altri contratti atipici. Va notato, però, che tale dottrina ha ritenuto che in questi casi si dovesse procedere con un'applicazione analogica dell'art. 31, co. 2, l. 1089/1939: così T. ALIBRANDI - P. FERRI, *I beni culturali ed ambientali*, Milano, 1955, p. 451, che richiamano in nota Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 1977, n. 747, in *Rass. Cons. Stato*, 1977, p. 1246. V. anche, nello stesso senso, Tar Trentino-Alto Adige, sez. Bolzano, 28 febbraio 1955, n. 35, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, p. 1663. Tale ultima impostazione può essere criticata osservando che le disposizioni che prevedono ipotesi di prelazione legale si configurano come eccezionali rispetto al principio della libera trasferibilità dei beni da parte del loro proprietario, principio implicito in numerose norme fondamentali del nostro ordinamento. Ciò comporta l'impossibilità di un'applicazione analogica delle suddette disposizioni vincolistiche, a norma dell'art 14 preleggi. Quest'ultima è la posizione sostenuta dalla Suprema Corte, la quale afferma che «gli istituti della prelazione e del riscatto costituiscono limitazioni della facoltà del proprietario, consistente nel pieno diritto di disporre liberamente dei propri beni; di conseguenza non sono ipotizzabili interpretazioni analogiche o estensive del testo di legge» (Cass., 14 gennaio 1988 n. 205, in *Foro it.*, 1989, I, p. 203 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 443 ss., in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1225, con nota di R. TRIOLA e in *Riv. giur. dell'ed.*, 1988, I, p. 746 ss.; v., da ultimo, Cass., 9 aprile 2003, n. 5584, in *Giur. it.*, 2004 p. 3 ss.). Ha ritenuto direttamente applicabile la prelazione *ex* artt. 31 ss. della l. 590/1965 anche in caso di permuta, Cons. Stato Sez. IV, sent. n. 1889 del 3 aprile 2000, secondo cui «Gli artt. 31 e segg. della legge 1 giugno 1939 n. 1089, in materia di tutela delle cose di notevole interesse storico ed artistico, collegano la possibilità dell'esercizio della prelazione da parte dell'Amministrazione in caso di alienazione di cose soggette a vincolo di cui alla legge stessa, non all'esistenza di un contratto tipico o ad una specifica causa negoziale, ma all'esistenza di una regolamentazione negoziale che comporti, comunque, un effetto traslativo della cosa soggetta a vincolo, e che sia caratterizzata, altresì, dall'esistenza di un reciproco sacrificio patrimoniale delle parti, allo scopo di conseguire un'attribuzione patrimoniale; la previsione della legge n. 1089 del 1939 non appare, pertanto, limitata a quei negozi la cui funzione economico-sociale sia costituita dallo scambio di cosa contro prezzo, ma si estende a tutte le regolamentazioni convenzionali che vedono comunque, oltre che la realizzazione di un effetto traslativo, con assunzione di obbligazioni a carico di entrambe le parti del negozio. (Fattispecie relativa a permuta)» (Massima pubblicata sulla Rivista Consiglio di Stato, edita da Italedi). Alla medesima conclusione è giunto il CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 1706. Appunto preliminare in tema di conferimento in società di beni in natura e diritto di prelazione*, approvato dalla Commissione studi civilistici il 21 luglio 1997, est. M. STELLA RICHTER JR., sulla base della previsione di cui all'art. 33 della legge («il diritto di prelazione può essere esercitato dal Ministero per l'educazione nazionale nei modi indicati negli articoli precedenti, anche quando la cosa sia a qualunque titolo data in pagamento»), dovendosi considerare il termine «pagamento» come sinonimo di adempimento, con la conseguenza che «l'opera vincolata resta soggetta alla prelazione quando essa sia a qualunque titolo data in adempimento (i.e. pagamento) di una obbligazione, e quindi anche quando l'obbligazione consista nel prestare il conferimento (in natura) in società promesso» (par. 4).

A questo riguardo, per l'interpretazione della normativa in esame si faceva utile riferimento, sulla base del criterio sistematico, a quanto previsto dalla l. 26 maggio 1965, n. 590, la quale, con riguardo alla prelazione agraria[421] da essa disciplinata, all'art. 8, co. 2, sottrae espressamente alle ipotesi negoziali qualificate come «trasferimento a titolo oneroso», anche il contratto di permuta, presumibilmente sulla base dello stesso criterio di necessaria fungibilità della controprestazione dedotta nel negozio traslativo[422]. Infatti, sebbene la permuta sia espressamente esclusa dall'art. 8 della l. 590/1965 nel delineare l'ambito di applicazione della prelazione agraria, sia in dottrina che in giurisprudenza è, con il tempo, prevalso un indirizzo tendente a mitigare l'assolutezza di tale esclusione, limitandone la portata all'ipotesi di permuta con un bene determinato e infungibile[423].

In figure negoziali quali la permuta, o il conferimento del bene in società, o, si può ora aggiungere, il passaggio di un bene da una

[421] Sulla quale v. *infra* "la prelazione legale prevista in caso di trasferimento di fondi rustici".

[422] Con riferimento alla permuta, interpretano la normativa relativa alle alienazioni onerose dei beni culturali alla luce della disciplina dettata in tema di prelazione agraria, L. V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 990 e gli autori citati *ivi* alla nota 25; *contra*, G. PALERMO, *In tema di esclusione del diritto di prelazione nei casi di permuta*, in *Giur. agr. it.*, 1974, I, p. 82 ss.

[423] In tal senso, v. Cass., 19 febbraio 1985, n. 1455, in *Giur. agr. it.*, 1985, II, p. 285, con nota di D. CALABRESE, *Ancora su permuta e prelazione agraria*; Cass., 16 agosto 1988, n. 4948, in *Nuovo dir. agr.*, 1989, p. 523 ss. In dottrina, v. G. PALERMO, *In tema di esclusione del diritto di prelazione in caso di permuta*, in *Giur. agr. it.*, 1974, p. 88 ss.; L. CORSARO, *La prelazione del coltivatore nell'ipotesi di permuta*, in *Riv. dir. agr.*, 1982, II, p. 220 ss.; M. TORRINI FERRARI LELLI, *Prelazione del conduttore e permuta di beni infungibili*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 983 ss. Il dibattito si è esteso anche alle altre forme di prelazione legale, per le quali la legge nulla dice in merito alla applicabilità alla permuta. Le posizioni emerse sono peraltro analoghe a quelle ora esposte in tema di prelazione agraria. Per la prelazione di immobili urbani ad uso diverso da quello di abitazione, *ex* art. 38, l. 392 del 1978, v. Cass., 14 gennaio 1988, n. 205, in *Foro it.*, 1989, I, p. 203 ss., in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1225 ss., con nota di R. TRIOLA, *Prelazione urbana e negozi diversi dalla vendita*, e in *Riv. giur. dell'ed.*, 1988, I, p. 746 ss.; App. Venezia, 14 agosto 1986, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 968 ss., con nota di M. TORRINI FERRARI LELLI, *Prelazione del conduttore e permuta di beni infungibili*; Trib. Prato, 26 maggio 1987, in *Arch. locaz.*, 1987, p. 519 ss. Per la prelazione del coerede, v. U. M. MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione del coerede*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 448 ss.; M. VASELLI, *Nota sul retratto successorio*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1948, p. 540 ss.

società ad un'altra nell'ambito di un'operazione di fusione o scissione, «anche se è sempre concepibile la valutazione pecuniaria della prestazione corrispettiva del trasferimento in proprietà del bene, l'esercizio della prelazione non potrebbe far conseguire all'alienante – proprio per l'infungibilità di detta prestazione – quel medesimo interesse perseguibile con l'atto di autonomia privata inciso dal meccanismo prelatizio»[424]. Nella permuta, l'alienante non vedrebbe soddisfatto, ricevendo una somma di denaro dallo Stato in luogo del bene oggetto dello scambio, il proprio interesse a conseguire la disponibilità di quel determinato bene; così, nel conferimento in società, il conferente, se esercitata la prelazione, non acquisterebbe la qualità di socio; allo stesso modo, nel caso in cui l'esercizio della prelazione dovesse incidere in un'operazione di fusione o scissione, verrebbe sicuramente frustrato l'interesse che è alla base della vicenda, non essendo equiparabili l'assegnazione delle partecipazioni nelle beneficiarie ai soci della società fusa o scissa e la corresponsione di una somma di denaro alla società che pone in essere l'operazione. Si assisterebbe ad uno sconvolgimento dell'assetto negoziale fissato nell'atto negoziale, che non sembra poter trovare adeguata giustificazione nell'interesse cui è preordinato il potere di prelazione, la cui preminenza rispetto a quello delle parti private del contratto non può spingersi, si ritiene, fino al totale sacrificio della causa negoziale.

Le costruzioni interpretative sopra riportate in tema di prelazione legale in caso di trasferimento di beni culturali debbono oggi essere rivalutate alla luce della recente evoluzione normativa che ha investito la materia, cui si è fatto cenno all'inizio del presente paragrafo.

Già con il citato Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali di cui al d.lgs. 29 ottobre

[424] M. R. COZZUTO-QUADRI, *op. cit.*, p. 87, con riferimento alla permuta e al conferimento del bene in società.

1999, n. 490, la legge n. 1089 del 1939 è stata abrogata e la disciplina della prelazione in esame massicciamente modificata, prevedendosi, all'art. 59 del Testo unico che «Il Ministero ha facoltà di acquistare i beni culturali alienati a titolo oneroso al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione.

Qualora il bene sia alienato con altri per un unico corrispettivo o non sia stato previsto un corrispettivo in denaro ovvero sia ceduto in permuta, il valore economico è determinato d'ufficio dal Ministero.

Ove l'alienante non ritenga di accettare la determinazione effettuata dal Ministero, il valore della cosa è stabilito da una commissione di tre membri da nominarsi uno dal Ministero, l'altro dall'alienante ed il terzo dal Presidente del tribunale. Le spese relative sono anticipate dall'alienante.

La determinazione della commissione e impugnabile in caso di errore o di manifesta iniquità.

Il diritto di prelazione può essere esercitato anche quando il bene sia a qualunque titolo dato in pagamento».

All'art. 60 del Testo unico del 1999 si precisa, poi, in tema di "condizioni della prelazione", che le clausole del contratto di alienazione stipulato fra il proprietario del bene ed il terzo non vincolano lo Stato (comma 4) e che nel caso in cui il Ministero eserciti il diritto di prelazione su parte delle cose alienate, il compratore ha facoltà di recedere dal contratto (comma 5).

È di immediata evidenza come la normativa del 1999 abbia fatto perdere efficacia alle argomentazioni che portavano, nel sistema previgente, ad escludere l'operatività della prelazione statale in caso di alienazione di beni culturali in ogni caso di trasferimento di proprietà effettuato per un corrispettivo infungibile (e quindi anche nel caso di fusione e scissione). La esplicita previsione dell'operatività della prelazione anche nel caso di permuta, con la precisazione di un meccanismo di determinazione del prezzo in ogni caso in cui l'alienazione avvenga per un corrispettivo diverso dal

denaro, così come la statuizione (per vero esistente anche nella legge del 1939) per cui le clausole del contratto di alienazione non vincolano lo Stato, manifestano la chiara volontà del legislatore di far prevalere l'interesse dello Stato alla acquisizione dei beni culturali sull'interesse che il proprietario del bene persegue attraverso l'alienazione del medesimo, anche quando quest'ultimo interesse debba essere totalmente frustrato attraverso l'esercizio della prelazione statale.

La novella di cui al Testo unico sui beni culturali del 1999 potrebbe portare a concludere per l'operatività della prelazione in esame anche nei casi di trasferimento dei beni culturali mediante fusione o scissione.

V'è però da considerare che la recente codificazione della materia attinente ai beni culturali e al paesaggio operata dal d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 (recante, appunto, il "Codice dei beni culturali e del paesaggio"), nel trasfondere le disposizioni ora esaminate negli artt. 60 e 61 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, ha esplicitamente esteso l'operatività della prelazione statale anche al caso in cui i beni culturali vengano conferiti in società[425].

Tale circostanza costituisce un rilevante dato per argomentare, *a contrario*, in favore dell'inoperatività della prelazione in esame in caso di circolazione del bene mediante fusione o scissione. Se infatti il legislatore avesse inteso assoggettare alla prelazione legale anche le vicende circolatorie ora menzionate può ragionevolmente ritenersi che non avrebbe perso l'occasione di menzionare espressamente anche queste nella disposizione in cui ha indicato la fattispecie del conferimento in società. Potrebbe quindi concludersi per l'inapplicabilità della prelazione statale in caso di trasferimento di

[425] L'art. 60 comma 1, del Codice dei beni culturali e ambientali prevede che la possibilità di esercizio della prelazione legale con riferimento ai «beni culturali alienati a titolo oneroso o conferiti in società, rispettivamente, al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione o al medesimo valore attribuito nell'atto di conferimento».

beni culturali mediante fusione o scissione sulla base dell'argomento per cui *ubi lex voluti dixit, ubi noluit tacuit*, vieppiù valido nel caso di specie, ove, come sopra rilevato[426], l'esigenza che il successore subentri nell'identica posizione del dante causa pare imporre di interpretare riferimenti a fattispecie traslative astrattamente compatibili sia con la successione a titolo particolare sia con la successione universale, in modo tale da restringerne il significato alle sole ipotesi produttive di una successione a titolo particolare, alla luce di un criterio sistematico volto a garantire la coerenza dell'ordinamento.

Vero è che la successione universale (*mortis causa*) è considerata come fattispecie rilevante ai fini dell'obbligo di *denuncia* previsto dall'art. 59 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (che infatti riguarda, genericamente, «gli atti che trasferiscono in tutto o in parte, *a qualsiasi titolo*, la proprietà o la detenzione di beni culturali»), ma è altresì vero che la denuncia «deve essere presentata anche se il tipo di negozio posto in essere non dia luogo a prelazione»[427]: ed infatti, «occorre differenziare la tipologia negoziale valevole per la denuncia, dalla tipologia negoziale valevole per la prelazione: più ampia la prima, comprensiva anche degli atti tra vivi a titolo gratuito e degli atti *mortis causa*; più ristretta la seconda, escludente sia gli atti *mortis causa* che gli atti tra vivi a titolo gratuito»[428].

Resta fermo che, una volta superata ogni remora da parte del legislatore in ordine al sacrificio degli interessi privati derivante dall'esercizio della prelazione statale (ciò che è evidente stante l'applicabilità, oggi esplicitamente affermata dalla legge, della

[426] V., *supra*, il paragrafo "Analogie e differenze intercorrenti fra il trasferimento di proprietà che avviene attraverso una alienazione (compravendita) e la circolazione dei beni che è effetto della fusione e della scissione. Gli impedimenti all'applicazione dei limiti alla circolazione dei beni che derivano dalle peculiarità della vicenda circolatoria propria della fusione e della scissione".

[427] G. CASU, *Il nuovo Codice dei beni culturali: aspetti generali e problematiche*, in *Notariato*, 2005, 2, p. 203 ss.

[428] G. CASU, *op. loc. cit.*

prelazione legale anche ai casi di trasferimento mediante permuta con beni infungibili o mediante conferimento in società), nella prospettiva traslativista non v'è, a parere di chi scrive, altro spunto che quello ora fornito, per concludere che la prelazione relativa ai beni culturali non si applica in caso di trasferimento da fusione o da scissione[429], tenuto conto che «se l'obiettivo perseguito è quello di favorire la proprietà statale dei beni culturali ed artistici, al fine di assicurarne una più adeguata protezione e conservazione nel tempo, nonché la fruibilità da parte di tutti i cittadini, appare ragionevole che qualunque mutamento (quale che sia il titolo o negozio giuridico che lo provoca) nella titolarità del bene sia normativamente valutato come un'occasione da cogliere in funzione del conseguimento di quell'obiettivo»[430].

D'altronde la prelazione artistica presenta peculiarità rispetto alle altre ipotesi di prelazione legale, che potrebbero giustificare conclusioni circa il suo ambito di estensione diverse da quelle che si devono trarre negli altri casi (sui quali mi intratterrò nei successivi paragrafi), portando a ritenere per la necessità di applicare le norme che la disciplinano anche nel caso di fusione e di scissione:

[429] Propensa a ritenere l'applicabilità delle vigenti disposizioni in materia di beni culturali anche al trasferimento mediante fusione o scissione è G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 248 ss., secondo la quale «le norme in questione, pur non menzionando espressamente l'ipotesi del mutamento di titolarità dei beni […] per effetto di scissione o di fusione, sembrano tuttavia aprire uno spiraglio nel senso della possibile inclusione di dette vicende fra quelle rilevanti ai fini della prelazione»; negli stessi termini A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1066. Esclude invece esplicitamente l'applicabilità della prelazione in esame alla fusione e alla scissione G. CASU, *op. loc. cit*., per il quale la prelazione opera solo nel caso di atti di alienazione del bene a titolo oneroso per i quali vi sia un corrispettivo in denaro. Per citazioni della dottrina modificativista sul tema, v., *infra*, il paragrafo "La prospettiva modificativista: inapplicabilità dei limiti alla circolazione dei beni alla fusione e alla scissione".

[430] G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 249, la quale (nota 128) esclude comunque l'applicabilità della prelazione artistica nell'ipotesi in cui il mutamento di titolarità del bene sia *meramente formale*: «la pretesa dello Stato all'esercizio della prelazione dovrebbe cioè poter essere agevolmente rintuzzata, nel caso in cui il bene soggetto alla prelazione sia stato semplicemente "spostato" per via di scissione (proporzionale) in testa ad una società, all'uopo costituita, alla quale partecipino soltanto i soci della scissa, nelle medesime proporzioni in cui partecipavano alla società originaria ».

«Caratteristica essenziale della comune prelazione legale è che il soggetto preferito entra come parte nel negozio divisato e l'acquisto che avviene a suo favore trova la sua fonte nel negozio posto in essere, cioè nello scambio di volontà tra l'alienante e, appunto, l'acquirente preferito. Mentre, quindi, nell'usuale prelazione legale il trasferimento si verifica per effetto del negozio posto in essere, nella prelazione artistica invece il trasferimento si verifica per effetto del provvedimento dell'Amministrazione pubblica, il quale va configurato come atto amministrativo di carattere negoziale», il quale «non ha soltanto effetti ablatori, ma incide anche sul negozio posto in essere tra le parti, caducandolo e creando un rapporto obbligatorio di credito-debito tra Stato e soggetto acquirente de bene.

Pertanto, mentre la comune prelazione legale presuppone un negozio soltanto programmato e non concluso, imponendo la *denuntiatio*, che unita all'intento di esercitare la prelazione dà luogo al contratto di trasferimento tra prelazionante e prelazionato, la prelazione artistica invece presuppone il contratto già concluso e destinato a produrre effetti immediatamente»[431].

[431] G. CASU, *op. loc. cit.*, il quale conclude nel senso che «la prelazione artistica comporta l'esercizio di un potere di acquisizione coattiva del bene e si concreta nell'emanazione di un provvedimento amministrativo e nella sua comunicazione all'interessato - che assume il valore di elemento costitutivo della fattispecie e non di uno strumento di conoscenza - nel termine di decadenza di due mesi all'uopo stabilito».

5.3.2. - *Segue*: la prelazione legale prevista in caso di trasferimento di fondi rustici.

L'art. 8, co. 1 della l. 26 maggio 1965, n. 590, individua, tra le fattispecie soggette alla prelazione agraria, il «trasferimento a titolo oneroso» di fondi concessi in affitto a coltivatori diretti, a mezzadria, a colonìa parziaria, o a compartecipazione, esclusa quella stagionale[432].

Il secondo comma dell'art. 8 individua le fattispecie traslative per le quali non è consentita la prelazione, e tra queste, come si è visto, compare la permuta: ciò conferma l'operatività, per questa ipotesi di prelazione legale, della regola della "parità di condizioni" fra terzo acquirente e beneficiario, per cui il contratto definitivo stipulato tra quest'ultimo e l'alienante dovrà riflettere il contenuto del precedente accordo fra alienante e terzo acquirente.

Il legislatore utilizza qui una terminologia diversa da quella impiegata nella l. 1089 del 1939 già vista, parlando di "trasferimento" anziché di "alienazione", ma le fattispecie di riferimento non sembra possano ritenersi perciò solo diverse: se si considera il trasferimento della proprietà semplicemente come l'effetto prodotto dall'atto di alienazione, il campo di applicazione di entrambe le normative può ritenersi tendenzialmente coincidente.

L'art. 8 ora considerato va comunque interpretato tenendo presente la connessione esistente tra il primo e il secondo comma. Si ritiene, infatti, che il collegamento tra i due commi vada concepito «in una prospettiva unitaria, quale espressione di un equilibrio tra gli opposti interessi del coltivatore e del proprietario del fondo, senza che sia possibile rinvenire tra dette norme un rapporto da

[432] La prelazione è riconosciuta, in questo caso, al coltivatore del fondo, alle condizioni previste dallo stesso art. 8. L'art. 7 della l. 14 agosto 1971, n. 817, estende il diritto in questione al coltivatore diretto confinante.

regola ad eccezione»[433]. E dall'analisi congiunta del primo e del secondo comma della disposizione emerge la tendenza dell'istituto a consentire al proprietario del fondo la soddisfazione dell'interesse a smobilizzare l'investimento. Sottraendo la permuta alla disciplina vincolistica, si accentua la tutela del soggetto passivo del diritto di prelazione: la sua libertà di disporre del bene appare infatti limitata nelle sole ipotesi in cui, per la fungibilità della controprestazione, egli possa pur sempre conseguire ciò che si proponeva, cioè, ordinariamente, una somma di denaro[434]. Le norme sui contratti agrari, attribuendo il diritto di prelazione, intendono solo privilegiare nell'acquisto il coltivatore diretto, non già alterare i termini dell'affare[435].

Se tale può ritenersi la *ratio* della norma, ne consegue che, anche nel caso in cui il mutamento della titolarità del fondo avvenga per mezzo di un'operazione di fusione o scissione, la prelazione agraria va considerata inapplicabile: è evidente, infatti, come si è già detto,

---

[433] G. G. CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, Padova, 1988, p. 288. Nello stesso senso, Cass., 16 giugno 1984, n. 3607, in *Giur. agr. it.*, 1985, p. 22 ss.

[434] Su questa problematica, v. G. G. CASAROTTO, *op. cit.*, p. 289; Id., *Permuta del fondo e prelazione del coltivatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 534 ss.; L. CORSARO, *La prelazione del coltivatore nell'ipotesi di permuta*, in *Riv. dir. agr.*, 1982, II, p. 220 ss.; A. GERMANÒ, *Permuta e prelazione agraria*, in *Giur. agr. it.*, 1982, p. 501 ss.; E. PEREGO, *La prelazione legale e l'infungibilità della prestazione*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 519 ss.; P. VITUCCI, *Conferimento in società di fondo rustico e prelazione agraria*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gustavo Minervini*, III, Napoli, 1996, p. 741 ss.; V. PAPPA MONTEFORTE, *Trasferimento del fondo e prelazione agraria*, in *Notariato*, 2001, 4, p. 419 ss. In giurisprudenza, v., ad es., Trib. Verona, 14 febbraio 1985, in *Giur. comm.*, 1985, II, con nota di G. TANTINI, *Inapplicabilità del diritto di prelazione agraria (e di riscatto) al conferimento in natura in società di fondi agricoli*. Il giudice veronese ha affermato che il diritto di prelazione agraria presuppone non solo un trasferimento a titolo oneroso, ma la fungibilità del corrispettivo (prezzo), che rende indifferente il soggetto che effettua la prestazione, e consente di attuare, nell'ipotesi di alienazione di fondi rustici, un regime preferenziale a favore di chi sia imprenditore coltivatore diretto.

[435] Così G. TANTINI, *Inapplicabilità*, cit., p. 495. Osserva G. G. CASAROTTO, *Uno studio e due note in tema di prelazione agraria*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 416, che il diritto di prelazione del coltivatore diretto si fonda sulla «possibilità di escludere gli altri dall'acquisto, e la subordinazione dell'interesse di alcuni soggetti a quello di altri», dunque sul solo piano dei soggetti (preferiti), non anche quello del contenuto del contratto (nel senso di privilegiare, rispetto ad altri, il fine di riconduzione).

che non si può sostituire la prestazione dell'attribuzione delle partecipazioni nelle società beneficiarie ai soci della società fusa o scissa con una prestazione pecuniaria a favore della società fusa o scissa, senza compromettere irrimediabilmente l'interesse che la società trasferente esprime nell'operazione[436].

In realtà la regola della parità di condizioni, ora considerata operante nella disciplina della prelazione agraria, appare, per taluni aspetti superata dalla stessa regolamentazione dell'istituto.

Le deroghe alla parità di condizioni, però, non sono tali da compromettere le conclusioni raggiunte relativamente al problema dell'applicabilità della disciplina in esame al trasferimento derivante da fusione o scissione; anzi, sembrano anche rafforzarle.

La prelazione agraria è una di quelle ipotesi di prelazione legale qualificate da un'attenta dottrina come "prelazione impropria", in cui le esigenze della proprietà (e cioè gli interessi dell'alienante) vengono sacrificate di fronte alle contrapposte (e prevalenti nella scala di valori fissata dalla Costituzione) esigenze dell'impresa (e cioè gli interessi del titolare del diritto di prelazione, che del valore dell'impresa risulta in concreto portatore)[437].

L'esigenza di favorire lo sviluppo della "proprietà coltivatrice" (finalità espressamente enunciata nella rubrica della legge e già elevata al rango di principio costituzionale nell'art. 47, co. 2, Cost.), cioè della proprietà funzionale all'attività produttiva,

---

[436] Considera la regola della parità di condizioni preclusiva dell'applicabilità della prelazione agraria al trasferimento da scissione A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1067. Ritiene operante la prelazione agraria soltanto con riferimento a vicende circolatorie coincidenti con la vendita del bene (alienazione ad un terzo dietro corrispettivo in denaro), con la conseguente non applicabilità del limite alla circolazione dei beni al trasferimento da scissione G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 247 s. (ove ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza), la quale richiama l'opinione «alquanto diffusa in dottrina e in giurisprudenza, anche se non del tutto pacifica» secondo cui «il diritto non può essere esercitato nelle ipotesi in cui la circolazione del fondo rustico sia l'effetto di *vicende societarie*, ed in particolare del conferimento in società del fondo medesimo, perché mancherebbe la possibilità di applicare il principio della parità di condizioni, ovvero farebbe difetto la fungibilità […]».

[437] Cfr. L. V. MOSCARINI, voce *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 981 s.

espressiva dei valori dell'impresa, si manifesta nella possibilità che l'esercizio della prelazione comporti la conclusione di un contratto meno vantaggioso per l'alienante di quello che questi avrebbe concluso con il contraente da lui scelto.

Il prelazionario, infatti, gode di una duplice agevolazione: dalla scadenza dei trenta giorni che la legge gli concede per l'esercizio del diritto, egli dispone di altri tre mesi per provvedere al versamento del prezzo; inoltre, se entro il predetto termine egli, anziché pagare, dimostra, mediante esibizione del certificato del competente ispettorato, di aver presentato domanda «ammessa all'istruttoria» per la concessione del mutuo agevolato, il termine di pagamento è sospeso fino all'esito, positivo o negativo della pratica di concessione del mutuo e comunque per non oltre un anno (art. 8, co. 6 e 7, l. n. 590 del 1965). «In ciò sta dunque il carattere improprio della prelazione, che al diritto del prelazionario corrisponde l'assoggettamento dell'alienante ad un'attesa, non coperta da alcun indennizzo o corrispettivo, per la riscossione del prezzo, che può protrarsi sino a quindici mesi: il che, specie in periodi [...] di elevato costo del denaro e di accentuata svalutazione, significa che il prelazionario ha diritto di acquistare non a parità di condizioni, bensì a condizioni notevolmente più vantaggiose di quelle offerte dal terzo»[438].

La deroga alla parità di condizioni, essendo funzionale agli interessi dell'impresa, non sembra compromettere le conclusioni raggiunte circa l'inapplicabilità della prelazione in esame ai trasferimenti che possono ravvisarsi, nella prospettiva traslativista, come effetto della fusione o della scissione. Sembra anzi confermarle.

Ove si ammettesse l'applicabilità di tale prelazione alle operazioni societarie di cui ci si occupa, infatti, la parità di condizioni sarebbe frustrata attraverso la compressione di un

[438] L. V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 996.

interesse, quello delle società partecipanti all'operazione, espressivo del valore dell'impresa.

Ciò contrasterebbe con la stessa *ratio* della disciplina della prelazione agraria, la quale appare giustificare deroghe alla parità di condizioni soltanto per favorire gli interessi dell'impresa rispetto a quelli della proprietà.

Va evidenziato, inoltre, che l'art. 8, l. 590 del 1965, nei commi successivi, specifica la locuzione "trasferimento a titolo oneroso", contenuta nel primo comma, facendo espresso riferimento al contratto di compravendita. Da ciò potrebbe farsi derivare la necessità, per l'interprete, di restringere la portata della nozione di trasferimento a titolo oneroso ai soli contratti, di scambio, nei quali la corrispettività e il tipo di trasferimento che si produce siano quelli tipici dello schema della compravendita[439].

[439] Cfr. però P. VITUCCI, *Conferimento in società di fondo rustico e prelazione agraria*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gustavo Minervini*, III, Napoli, 1996, p. 744, il quale osserva che «nella lettera della legge coesistono formule antitetiche. Trascorrendo dalla dizione generale e astratta dell'alienazione onerosa alla previsione particolare e concreta della compravendita, esse rivelano al tempo stesso lo scarso spessore sistematico della normativa sulla prelazione agraria e l'inadeguatezza dell'argomento letterale per la soluzione del problema che si affronta in queste pagine». Ritiene comunque che con l'impiego del termine «vendita» il legislatore, pur non avendo inteso far riferimento ai soli casi in cui le parti stipulino un formale contratto di compravendita, si riferisca alle ipotesi in cui il «trasferimento di proprietà del fondo trovi giustificazione causale esclusivamente nel versamento di un corrispettivo in danaro», Cass., 15 maggio 2001, n. 6711, in *Vita not.*, 2001, p. 819 e Cass., 18 luglio 1991, n. 7969, in *Foro it.*, 1992, I, c. 790, con riferimento a vendite *mixtae cum donatione*.

5.3.3. - *Segue*: la prelazione legale prevista in caso di trasferimento di immobili urbani, adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, che siano oggetto di un contratto di locazione.

L'argomento che fa leva sull'esclusione della permuta dai negozi incisi dalla prelazione, per dimostrare la necessaria fungibilità della prestazione dedotta nel negozio, potrebbe non sembrare valido per l'ipotesi di prelazione urbana[440] disciplinata dalla l. 27 luglio 1978, n. 392.

Si ritiene, infatti, che l'art. 38, co. 2 della citata legge, imponendo al proprietario di quantificare «in ogni caso» in denaro il corrispettivo del trasferimento del bene, stabilisca la necessità di liquidare l'eventuale controprestazione in natura, e perciò sottoponga a prelazione anche la permuta[441], e comunque i casi di trasferimento dietro corrispettivo non fungibile[442].

La maggioranza degli interpreti è però di diverso avviso, ed afferma che anche in questo caso può ritenersi operante il principio per cui la prestazione proveniente dal preferito deve essere comunque in grado di soddisfare l'interesse espresso dall'alienante nel negozio di trasferimento[443]: il co. 3 dell'art. 38 specifica, forse

---

[440] Si tratta della prelazione riconosciuta dalla legge a favore del conduttore di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, nel caso in cui il locatore intenda trasferire a titolo oneroso l'immobile locato. È previsto l'obbligo del locatore di comunicare al conduttore, con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario, la propria volontà di alienare il bene, in modo tale che il conduttore possa esercitare, nel termine previsto dalla legge, la prelazione spettantegli.

[441] Cfr. G. G. CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, cit., p. 289, nt. 33. Cfr. anche L. V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 1000, secondo il quale tale circostanza sembra giustificare l'inclusione della prelazione urbana tra le ipotesi di "prelazione impropria", in cui gli interessi dell'alienante possono essere subordinati a quelli del prelazionario, poiché questi ultimi riflettono il valore dell'impresa, da tutelarsi anche a scapito di quello della proprietà.

[442] Il problema non è sollevato da G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 247 s., la quale si limita in proposito a rilevare che le conclusioni raggiunte in tema di prelazione agraria possono considerarsi «agevolmente estensibili, data anche la quasi perfetta coincidenza delle espressioni adoperate dal legislatore, al diritto di prelazione del conduttore».

[443] Per molti autori e per gran parte della giurisprudenza, anche la prelazione *ex* art. 38, l. 352/1978, andrebbe esclusa in caso di permuta: v. Cass., 14 gennaio 1988 n. 205, in *Foro it.*, 1989, I, p. 203

proprio in attuazione di questo principio, che «il conduttore deve esercitare il diritto di prelazione [...] offrendo condizioni uguali a quelle comunicategli»[444].

In questa prospettiva, l'obbligo previsto dal comma secondo dell'art. 38, di quantificare in ogni caso il corrispettivo dell'alienazione in denaro, può trovare una spiegazione diversa da quella dell'intenzione del legislatore di estendere la prelazione anche ai trasferimenti dietro corrispettivo infungibile: va tenuto presente che, con riferimento alla prelazione agraria, era sorto il problema delle alienazioni il cui corrispettivo è costituito da beni che, anche se privi di equivalenza giuridica con il denaro, possiedono una equivalenza economica (es. monete d'oro, obbligazioni quotate, ecc.) e cioè che, pur essendo formalmente delle permute, costituiscono in sostanza delle vendite[445]; il legislatore, con le precisazioni contenute nell'art. 38, co. 2, può aver voluto appunto evitare l'elusione del diritto di prelazione del conduttore di immobili urbani destinati ad uso non abitativo attraverso negozi di tale tipo[446].

---

ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 443 ss., in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1225, con nota di R. TRIOLA, in *Riv. giur. dell'ed.*, 1988, I, p. 746 ss.; App. Venezia, 14 agosto 1986, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 968 ss., con nota di M. TORRINI FERRARI LELLI, *Prelazione del conduttore e permuta di beni infungibili*; Trib. Prato, 26 maggio 1987, in *Arch. locaz.*, 1987, p. 519 ss.

[444] Cass., 14 gennaio 1988 n. 205 cit., afferma che «in ogni caso, nell'ipotesi di permuta, il conduttore non potrebbe mai offrire condizioni "uguali" a quelle offerte dal terzo permutante, per la semplice ragione che egli di quel bene non è proprietario: e l'art. 38, invece, prescrive che il conduttore deve offrire "condizioni uguali a quelle comunicategli». Secondo App. Venezia, 14 agosto 1986 cit., ove la permuta abbia ad oggetto un bene infungibile, la quantificazione in denaro del corrispettivo risulta «inipotizzabile», e per questo motivo va in tal caso esclusa l'applicabilità della prelazione *ex* art. 38 l. n. 392/1978.

[445] Cfr. R. TRIOLA, *La prelazione agraria*, Milano, 1984, p. 8 ss.

[446] App. Venezia, 14 agosto 1986 cit., afferma che il diritto di prelazione del conduttore di immobili adibiti ad uso diverso da quello abitativo, può essere fatto valere solamente in relazione o alla compravendita o, altrimenti a quegli atti di trasferimento a titolo oneroso in ordine ai quali, così come è previsto dal comma 2 dell'art. 38, l. n. 392/1978, sia comunque possibile una quantificazione in denaro del corrispettivo: ciò che in sostanza avviene, secondo la Corte, in quelle sole ipotesi di compravendita che essa definisce come "anomale", e che coincidono con quelle individuate nel testo. V., in proposito, la nota alla sentenza di M. TORRINI FERRARI LELLI, *Prelazione del conduttore e permuta di beni infungibili*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 983.

Accogliendo le superiori premesse, dovrebbe considerarsi inapplicabile anche in questo caso la prelazione, ove il trasferimento avvenisse per mezzo di fusione o scissione, poiché l'esercizio del diritto da parte del conduttore stravolgerebbe l'assetto di interessi cristallizzati nel negozio traslativo[447].

Anche con riferimento a questa ipotesi di prelazione, la disciplina (art. 38) parla espressamente di compravendita, riferendosi alle «condizioni alle quali la *compravendita* dovrebbe essere conclusa», e, nel terzo comma identificandosi il negozio traslativo con «il contratto di compravendita», termine che trova riscontro nel quarto comma, ove vengono disciplinate le modalità per il versamento del «prezzo d'acquisto», facendo evidentemente riferimento, se non al contratto di compravendita tecnicamente inteso[448], a negozi ad essa equiparabili dal punto di vista della struttura della corrispettività e del tipo di trasferimento che realizzano[449].

---

[447] La conclusione è accolta da A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1067.

[448] Se il riferimento fosse al solo contratto di compravendita *ex* art. 1470 ss. c.c., sarebbe esclusa la possibilità di applicare la prelazione in caso di permuta (risultando pleonastico l'obbligo previsto per l'alienante di quantificare, nella comunicazione al conduttore dell'immobile, il corrispettivo in denaro) e sembrerebbe ridondante il generico richiamo che il legislatore fa, all'art. 38, co. 1, al trasferimento a titolo oneroso. La Cassazione tende comunque a ritenere che il termine "compravendita" sia utilizzato in senso tecnico, per riferirsi esclusivamente alla fattispecie *ex* art. 1470 ss. c.c.: Cass., 14 gennaio 1988 n. 205 cit. e, da ultima, Cass., 22 giugno 2006, n. 14455, in *Foro it.*, 2007, I, 1565.

[449] Sulla base di argomenti assimilabili a quelli sviluppati nel testo, la giurisprudenza afferma l'inapplicabilità della prelazione urbana al conferimento di beni in società: v. Cass. 21 luglio 2000, n. 9592, in *Foro it.*, 2000, I, 2774, per la quale «militano in favore della tesi dell'inapplicabilità degli art. 38 e 39 l. 392/78 all'ipotesi di conferimento del bene in proprietà ad una società da parte del locatore, sia la lettera che la *ratio* di tali norme. Quanto alla lettera basta rilevare che, anche se il 1° comma dell'art. 38 parla genericamente di trasferimento «a titolo oneroso», nei commi successivi si parla di «compravendita» e di «prezzo di acquisto». Quanto alla ratio si osserva: A) che il legislatore ha ritenuto di dover sacrificare nella fattispecie il diritto del locatore-alienante di poter scegliere il compratore di suo piacimento; ma non anche il suo diritto di scelta in ordine al tipo di contratto ed all'oggetto del medesimo (ed in particolare in ordine alla natura ed all'entità della controprestazione richiesta); B) che la natura e la disciplina dei due istituti giuridici in questione (prelazione e riscatto nell'ambito delle locazioni di immobili urbani) chiaramente presuppongono: a) che il locatore-venditore abbia la possibilità di offrire il bene al titolare del

5.3.4. - *Segue*: limiti alla circolazione delle partecipazioni sociali: le clausole di prelazione e di gradimento negli statuti delle società.

L'ambito di operatività delle clausole di prelazione e di gradimento[450] contenute negli statuti delle società va innanzitutto

---

diritto di prelazione prima che al terzo chiedendo ed ottenendo in ogni caso la medesima controprestazione e le medesime condizioni (è significativo che nel 2° comma dell'art. 38 si parli, oltre che del «corrispettivo, da quantificare in ogni caso in denaro» anche delle «altre condizioni alle quali la compravendita dovrebbe essere conclusa» e si affermi che il conduttore deve offrire «condizioni uguali»); presuppongono cioè che tale titolare del diritto di prelazione possa offrire al locatore-venditore la medesima controprestazione e le medesime condizioni; il che appare impossibile nel caso di conferimento in proprietà, che è un trasferimento senza una controprestazione in denaro (e relativamente al quale non è configurabile una controprestazione fungibile) e correlato alla qualità di socio; b) che il conduttore, allorquando decide di esercitare il diritto di riscatto, possa concretamente subentrare nella stessa (in tutti i suoi aspetti; con riferimento alla controprestazione ed alle condizioni suddette) posizione giuridica del terzo (cosa non ipotizzabile se il terzo è una società che ha ricevuto un conferimento)»; negli stessi termini, da ultima, Cass., 29 settembre 2005, n. 19160, in *Vita not.*, 2006, p. 295.

[450] Si prendono qui in considerazione questi due tipi di clausole statutarie poiché esse sono le più diffuse nella pratica. Si tratta di limitazioni statutarie della circolabilità delle partecipazioni sociali, le quali «trovano la loro giustificazione nell'intento di evitare l'ingresso in società di persone non gradite o modificazioni nella misura della partecipazione dei singoli soci […]. Esse, in quanto poste nello statuto, sono efficaci *erga omnes* e quindi opponibili ai terzi, le conoscessero o non le conoscessero. Il trasferimento che sia stato fatto in violazione del diritto di prelazione non ha effetto nei confronti della società e degli altri soci, i quali hanno pertanto il diritto di rendersi essi acquirenti delle azioni in sostituzione di colui che le abbia acquistate in violazione del loro diritto» (G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 10ª ed., Torino, 1996, p. 348; nello stesso senso, Trib. Roma, 8 aprile 2000, in *Nuovo dir.*, 2000, p. 520; *contra*, Trib. Catania, 5 maggio 2003, in *Le società*, 2004, p. 69, secondo cui l'opponibilità *erga omnes* della clausola statutaria di prelazione comporta che soltanto la società o i soci cui la prelazione giova possono opporla all'acquirente, con la conseguenza che, ferma restando la validità dell'alienazione dell'azione o quota fra le parti, la società può farne valere l'inefficacia nei propri confronti ed i soci possono chiedere il risarcimento del danno). G. M. ZAMPERETTI, *Le clausole di gradimento nella recente prassi statutaria*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 916, sottolinea come clausole di prelazione e clausole di gradimento siano diventate nella pratica largamente fungibili: «lo stesso scopo di tutela dell'omogeneità del primitivo gruppo sociale può ottenersi o negando il gradimento o ripartendo proporzionalmente fra i soci la partecipazione in vendita; la differenza risiede nel fatto che, mentre nel primo caso il conseguimento dell'obiettivo è completamente indolore, nel secondo comporta un esborso da parte dei soci». Per quanto concerne la prelazione statutaria, evidenzia le differenze con la prelazione di diritto civile R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*,

stabilito attraverso l'interpretazione dello specifico statuto sociale che le prevede.

Questo perché l'autonomia statutaria può dispiegarsi in modo ampio, assoggettando diversi tipi di negozio ai suddetti limiti[451].

Il problema dell'applicabilità della prelazione e del gradimento statutari alle ipotesi di fusione e scissione, quindi, sorge innanzitutto nei casi in cui lo statuto si riferisca a generiche ipotesi di trasferimento che, nella prospettiva traslativista, astrattamente potrebbero comprendere anche i casi di fusione e scissione[452]. Quando lo statuto sociale individui specificamente i negozi traslativi tipici a cui si applica il vincolo, e tra essi non siano compresi quelli di fusione e scissione, il problema diviene più complesso: vi è infatti chi, in questo caso, invoca il principio legale della libera

---

1987, I, p. 52 e 66 ss., il quale afferma che «mentre […] la clausola statutaria presenta un valore costruttivo, funzionale ad interessi ben individuati ed esistenti all'interno di un'organizzazione societaria, il diritto (civilistico) di preferenza è per lo più colto in una luce negativa, come mero limite dell'autonomia negoziale privata».

[451] Sempre che non si accolga, per quanto riguarda la prelazione societaria, la tesi prospettata dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 93 del 1989 (sulla quale v. *infra* nel testo), per cui la clausola di prelazione sembrerebbe poter operare, sostanzialmente, soltanto nel caso di vendita delle partecipazioni sociali. Interpreta in questo modo la pronuncia di legittimità, V. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1991, p 185, secondo il quale la sentenza della Corte autorizzerebbe a ritenere «esistente […] una incompatibilità tra prelazione e trasferimenti di quote societarie a titolo diverso dalla compravendita».

[452] In proposito, v. G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 190, il quale afferma che «occorre sondare la concreta volontà delle parti per capire a quale vicenda si riferisca la prelazione: è *quaestio voluntatis* accertare se la prelazione risultava accordata in ordine a tutti i negozi […] direttamente, casualmente traslativi, ovvero anche a quelli che sono posti in essere per il raggiungimento di un determinato risultato e, mediamente, attuano il trasferimento di proprietà. È intuitivo, poi, che il giudice dovrà svolgere quell'accertamento alla luce di una serie di criteri, non ultimo, quello che ponga in risalto la circostanza dell'avvenuta previsione prelatizia dietro corrispettivo, ovvero no. Peraltro, il giudice dovrà verificare – relativamente, ad esempio, alla permuta – se la controprestazione fosse assolutamente infungibile; dovrà anche porsi l'interrogativo se l'impiego di un differente negozio traslativo sia unicamente occasionato dalla volontà di aggirare la clausola prelatizia. Tuttavia, criterio-guida non potrà che essere l'esigenza di non apportare una smisurata restrizione all'autonomia del promittente». Sul tema v. anche A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1067 s. In giurisprudenza, cfr. Cass., 10 ottobre 1957, n. 3702, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, p. 552 ss.

trasferibilità delle partecipazioni sociali[453] per sostenere che la prelazione o il gradimento non sono estensibili alle vicende traslative non espressamente previste[454]; all'opposto, altri sostengono che l'interpretazione in chiave funzionale e secondo buona fede della manifestazione di autonomia privata volta a limitare la circolazione delle azioni porti a riconoscere che «vanno ricomprese nel relativo ambito di operatività tutte le fattispecie traslative che alterano i preesistenti assetti proprietari e, comunque, quelle che possono dar luogo all'ingresso in società di terzi»[455].

In realtà, per quanto concerne l'applicabilità delle clausole statutarie in argomento alle fattispecie di fusione e scissione, non sembra necessario prendere posizione nel suddetto dibattito poiché, attraverso argomentazioni diverse, è possibile sostenere l'estraneità, in via di principio, degli istituti trattati nel presente lavoro alle clausole limitatrici della circolazione delle partecipazioni sociali, con la necessità di interpretare le clausole ampie o ambigue nel senso di escludere la loro applicabilità alle nostre operazioni straordinarie.

---

[453] Per la disciplina legislativa da cui deriva tale principio, v. immediatamente *infra*, nel testo.

[454] Così F. BONELLI, *La prelazione prevista in caso di "vendita" delle azioni non opera in caso di "conferimento" delle azioni*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 975 ss.; ed anche, Cass.,12 gennaio 1989, n. 93, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 563 ss. Sembra presupporre questa impostazione anche Trib. Vercelli, 31 agosto 1967 (citato da V. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1991, p. 195, nt. 171), che ha affermato: «la norma statutaria che, disponendo il diritto di prelazione a favore degli altri soci in caso di trasferimento azionario, ometta di considerare e regolare tutte le possibili ipotesi di trasferimento, è invalida».

[455] G. F. CAMPOBASSO, *Prelazione societaria e trasferimento a titolo gratuito di quote di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 26, il quale aggiunge, con riferimento alla clausola di prelazione, che «il rispetto della finalità della prelazione societaria porta ad attribuire la più ampia estensione alla clausola statutaria che la introduce, sicché alla stessa dovranno ritenersi assoggettate tutte le fattispecie traslative che non risultino (espressamente o implicitamente) escluse dalla formulazione letterale della clausola. Vanno cioè espressamente menzionate le fattispecie escluse, non quelle incluse». Nello stesso senso, R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 71 e, in tema di clausole di gradimento, E. MASCHIO, *Le azioni con clausole di gradimento (e in genere le partecipazioni personali) nella fusione di società*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 497.

Il problema dell'applicabilità dei limiti statutari alla circolazione delle azioni ai trasferimenti che si realizzano mediante fusione o scissione può analizzarsi muovendo da una non recente pronuncia del Tribunale di Milano in tema di clausole statutarie di gradimento[456].

In tale sentenza, il giudice milanese conferma una sua precedente giurisprudenza[457], rilevando che «l'art. 2355, co. 3, c.c., secondo cui l'atto costitutivo può sottoporre a particolari condizioni l'alienazione delle azioni, non si estende ai trasferimenti a titolo universale *inter vivos*», con la conseguenza che «la clausola di gradimento non opera per il trapasso delle azioni di una terza società, di cui la società incorporata era socia, trasferite a quella incorporante con la fusione». Pertanto, il giudice milanese pone in dubbio la legittimità di una eventuale clausola statutaria che estendesse il proprio campo di applicazione anche all'ipotesi di fusione, «giacché sarebbe fuori della previsione dell'art. 2355, co. 3 c.c., che riconosce la possibilità di sottoporre a particolari condizioni la "alienazione" di azioni nominative, ma non autorizza nello stesso modo l'imposizione di un vincolo assoluto di intrasferibilità con una estensione del *placet* alle ipotesi di successione universale».

La citata giurisprudenza sembra, quindi, riconoscere la possibilità per la società di limitare la trasferibilità delle partecipazioni azionarie soltanto con riferimento a particolari fattispecie traslative, le quali possano ritenersi ricomprese nel concetto di "alienazione" a cui faceva riferimento l'art. 2355, co. 3 c.c. vigente all'epoca della pronuncia.

In specie, la giurisprudenza in esame identifica il termine usato dal legislatore con quei negozi, a titolo oneroso, attraverso i quali si

[456] Trib. Milano, 21 gennaio 1971, in *Riv. dir. comm.*, 1973, II, p. 26 ss., con nota di S. GATTI, *Casi di discussa applicabilità delle clausole statutarie di gradimento al trasferimento delle partecipazioni sociali.*

[457] Trib. Milano, 12 novembre 1970, *loc. ult. cit.*

realizza una successione a titolo particolare dell'acquirente nella posizione giuridica dell'alienante relativa alle partecipazioni possedute; negozi sostanzialmente riconducibili allo schema della compravendita.

La posizione giurisprudenziale in esame conclude per l'inoperatività delle clausole statutarie in questione nel caso di successione universale *inter vivos*, trovando un immediato appiglio argomentativo nel dato letterale del previgente art. 2355, co. 3 c.c.

L'inapplicabilità delle clausole statutarie di cui si discute alle fattispecie di fusione o scissione è stata sostenuta anche per altra via, facendo riferimento alle caratteristiche proprie dei vincoli che esse creano a carico del socio, che rendono questi ultimi inoperanti nel caso di fusione o scissione.

In proposito, suscita particolare interesse una pronuncia della Corte di Cassazione, in tema di prelazione statutaria. Va ricordato, prima di analizzare tale sentenza, che la definizione dell'ambito di applicazione della prelazione statutaria presenta questioni più complesse di quello relativo alla clausola di gradimento, poiché per la prelazione statutaria si ripropongono le problematiche relative al diritto di prelazione in generale: in primo luogo con riguardo all'operatività del principio della parità di condizioni.

La Suprema Corte[458], confermando posizioni già emerse in passato nella giurisprudenza di merito[459], ha affermato che, nel caso in cui una clausola statutaria stabilisca genericamente la regola di prelazione per i trasferimenti *inter vivos*, l'espressione debba essere riferita ai soli trasferimenti a titolo oneroso per i quali la controprestazione sia fungibile[460].

---

[458] Cass., 12 gennaio 1989, n. 93, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 563 ss., con il commento adesivo di N. SQUILLACE, *La prelazione societaria*.

[459] V., ad es., App. Messina, 11 luglio 1957, in *Mass. Giust. civ.*, 1957, p. 29 ss.

[460] In tema di trasferimento da scissione v. A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., cit., p. 1068, secondo il quale, in tale ipotesi la prelazione societaria non opera «poiché la peculiarità del contenuto dell'operazione di scissione esclude la fungibilità delle condizioni negoziali e quindi la parità di condizioni. Il socio non potrebbe mai soddisfare detta parità rispetto alla scissione e, dunque, non

Nel commentare tale decisione, si è osservato[461] come essa si fondi sul principio implicito nel già ricordato art. 8 della l. n. 590 del 1965. Si è già detto che nell'escludere (tra l'altro) la permuta dall'ambito di operatività della prelazione, la norma da ultimo menzionata indicherebbe che il limite per l'alienante, rappresentato dall'esistenza di un altrui diritto di prelazione, riguarda solo la libertà di scelta della persona dell'acquirente all'interno di un'operazione negoziale che deve invece rimanere invariata in tutti gli altri elementi: in particolare nel prezzo.

Il limite alla libertà negoziale derivante dalla regola di preferenza non potrebbe, quindi, comportare che all'alienante venga imposto di effettuare un'operazione diversa da quella che aveva programmato.

Questo perché nell'ordinamento esisterebbe il principio generale della parità di condizioni nell'acquisto da parte del contraente scelto dall'alienante e da parte del titolare del diritto di prelazione. E ciò varrebbe per le ipotesi di prelazione statutaria, come per quelle di prelazione legale.

La Corte, in particolare, muove dall'assunto che prelazione significa «sostituzione del soggetto preferito a quello che figura nel negozio alle stesse condizioni e quindi, nei negozi a titolo oneroso, con impegno a corrispondere lo stesso prezzo»[462]; dall'assunto, cioè, che la parità di condizioni è carattere inderogabile della prelazione, per cui, eccezion fatta per la sostituzione della controparte

---

sorgerà il diritto di prelazione». La considerazione porta l'Autore a concludere che qualora «la scissione sia testualmente indicata nella clausola quale presupposto per l'insorgenza di una prelazione a parità di condizioni, l'incertezza interpretativa dovrebbe probabilmente essere risolta, in mancanza di altre indicazioni scaturenti dalla diversa interpretazione complessiva dello statuto, nel senso della non operatività della prelazione». In relazione alla fusione C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 65, nt. 162 afferma che «con riferimento alla prelazione, non è neppure ipotizzabile per la fusione la possibilità che altri soci possano subentrare nella titolarità del rapporto partecipativo "a parità di condizioni" in un negozio traslativo, che è nella specie inesistente con riferimento a quel rapporto specifico».

[461] V. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1991, p. 184.

[462] Così, testualmente, nella motivazione della sentenza in esame, *loc. cit.*, p. 568.

contrattuale, il negozio concluso fra promittente e beneficiario della prelazione deve essere necessariamente identico in tutti gli elementi, ed in primo luogo nel prezzo, a quello che il promittente intendeva concludere con il terzo[463].

Si è osservato[464] che, in questa decisione, la Corte sembra andare al di là dell'enunciazione di una regola per i casi in cui lo statuto nulla preveda, poiché pare ritenere esistente, più in generale, una inconciliabilità tra prelazione e trasferimenti di azioni o quote societarie a titolo diverso dalla compravendita. Il che lascia presumere che anche una clausola di prelazione che prevedesse espressamente la propria applicazione a tali ipotesi non potrebbe ugualmente trovare attuazione. Questo perché, «per applicare una regola di prelazione "alla pari" in ipotesi in cui manchi un prezzo di riferimento a cui rapportare tale parità è necessario effettuare preventivamente una stima, cioè un'operazione che metta in relazione due beni diversi per verificarne il valore in termini monetari o che tenda ad attribuire valore ad un bene il cui valore nel negozio di riferimento non viene determinato. Con le incertezze cui un giudizio in termini di equivalenza può dare luogo, in particolare quando, come avviene per un bene infungibile, non si può con certezza attribuire il valore che esso possiede in quella singola operazione di scambio»[465].

Il ragionamento espresso dalla Suprema Corte si espone però a diverse critiche.

L'esistenza della regola della parità di condizioni può forse affermarsi per le ipotesi di prelazione legale già esaminate, e comunque il suo riconoscimento deriva dall'analisi del dato testuale delle diverse normative che tali vincoli alla circolazione dei beni prevedono. Sembra difficile però farne un principio generale, poiché

[463] G. F. CAMPOBASSO, *Prelazione societaria e trasferimento a titolo gratuito di quote di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 19.
[464] V. MELI, *op. cit.*, p. 185.
[465] V. MELI, *op. cit.*, p. 186.

la parità di condizioni discende da una particolare valutazione degli interessi che vengono in rilievo nelle diverse ipotesi in cui è riconosciuto un diritto di prelazione[466].

[466] La regola della parità di condizioni viene spesso affermata, in dottrina e in giurisprudenza, come caratteristica essenziale della prelazione, legale o convenzionale. Deve ritenersi, però, che l'affermazione dell'operatività del principio della parità di trattamento per ogni ipotesi di prelazione sia una massima tralatizia, non supportata da sufficienti basi normative, che discende dall'estensione ai casi di prelazione convenzionale di quanto può osservarsi nella normalità dei casi di prelazione legale (afferma che «non tutte le prelazioni legali hanno la caratteristica […] di spettare a parità di condizioni» P. VITUCCI, *Conferimento in società di fondo rustico e prelazione agraria*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gustavo Minervini*, III, Napoli, 1996, p. 744). Il tradizionale orientamento del legislatore è stato, infatti, generalmente quello di evitare che il diritto di prelazione costituisca un'eccessiva limitazione della libertà negoziale del singolo. Già i lavori preparatori al codice civile tradiscono tale preoccupazione, lamentando il pericolo che la prelazione si trasformi in un «legame intollerabilmente esorbitante» (l'inciso è riportato da A. CATRICALÀ, *Patto di prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 518; v. anche R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 67). Concettualmente, anche la prelazione convenzionale, come quella legale, è stata collocata «nell'ambito del diritto di proprietà e del principio di autonomia negoziale, palesandosi come un limite di questi ultimi» (R. ALESSI, *op. cit.*, p. 67). Da qui la percezione della prelazione come di un «impaccio economico», che inficia gravemente la libertà di disporre del bene; libertà che costituisce il limite stesso di ammissibilità della prelazione (così, R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, p. 734, e F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 699). La diretta conseguenza di questo orientamento dottrinale è la necessità di assicurare, anche nella prelazione convenzionale, una perfetta parità di condizioni fra terzo acquirente e beneficiario, nel senso che il contratto definitivo intercorso fra quest'ultimo e l'alienante deve riflettere il contenuto del precedente accordo fra alienante e terzo acquirente (in questo senso, R. SACCO, *op. loc. cit.*; F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 519 s.). Da tempo la dottrina civilistica dominante ha però chiarito che, per i trasferimenti a titolo oneroso, la parità di condizioni è elemento solo naturale e non essenziale della prelazione convenzionale (di cui un tipico esempio è dato dalla prelazione societaria), per cui nulla impedisce che le parti stipulino un patto di preferenza a condizioni speciali prestabilite (così G. F. CAMPOBASSO, *Prelazione societaria e trasferimento a titolo gratuito di quote di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 21; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 42; L. V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 981 ss.; M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1960, p. 157 ss.; G. VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, Milano. 1988, p. 80). In particolare, per la prelazione societaria si evidenzia come nessuna norma imponga che essa si svolga alla pari (V. MELI, *op. cit.*, p. 126; G. F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 21), mentre, al contrario, «è tipica della prelazione societaria la previsione di una serie di clausole che mirano a circoscrivere il potere dell'alienante di determinare liberamente il contenuto oggettivo del negozio di trasferimento, segnando così il tramonto del principio della parità di trattamento» (così G. F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 21, che richiama R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 61). Considera ammissibili clausole di prelazione che operino quando la cessione della partecipazione

Quando il legislatore limita l'operatività della prelazione alle ipotesi di alienazione dietro un corrispettivo fungibile, ciò fa perché riconosce la prevalenza dell'interesse dell'alienante ad ottenere dal trasferimento del bene il corrispettivo voluto e pattuito, sull'interesse del terzo ad ottenere in ogni caso la proprietà del bene in luogo del contraente scelto dall'alienante.

Questa è una valutazione il cui esito può variare in relazione alla diversa importanza che il legislatore riconosca all'interesse del terzo nelle varie ipotesi disciplinate[467].

Come si è visto, infatti, vi è chi ritiene che nel caso della prelazione urbana disciplinata dall'art. 38, l. 392/1978 la regola della parità di trattamento non operi[468]. Ciò per quanto concerne la prelazione legale.

---

abbia una contropartita infungibile, anche L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, p. 163, e, in giurisprudenza, Trib. Napoli, 28 aprile 2004, in *Le società*, 2004, p. 1403, con nota di F. FUNARI, *Applicabilità della clausola di prelazione alla assegnazione di beni ai soci*.

[467] Ad esempio, per quanto riguarda la prelazione a favore dello Stato in caso di trasferimento oneroso di beni culturali, *ex* l. n. 1089 del 1939, la Corte Costituzionale, con sentenza 14 giugno – 20 giugno 1995, n. 269 (in *Riv. giur. dell'ed.*, 1996, p. 11 ss., con nota di M. R. COZZUTO-QUADRI, *La prelazione artistica: principi costituzionali e valorizzazione del patrimonio culturale*), ha affermato che il peculiare regime giuridico dei beni artistici «trova il suo fondamento nell'art. 9 Cost. e si giustifica nella sua specificità, in relazione al fine di salvaguardare beni cui sono connessi interessi primari di conservazione e garanzia di fruizione da parte della collettività».

[468] Va oltretutto ricordato che, come nella prelazione urbana, anche nella prelazione agraria il principio della parità di condizioni, non sembra avere una portata assoluta. Nella prelazione agraria (e, per chi ammette che operi anche in caso di trasferimento dietro corrispettivo infungibile, anche nella prelazione urbana), come si è visto, accanto all'opportunità di un'adeguata tutela dell'autonomia negoziale dell'alienante, emerge la funzione del diritto di prelazione come strumento di salvaguardia dei valori dell'impresa. La stessa funzione è svolta dall'art. 230-*bis* c.c., sull'impresa familiare, che al quinto comma, in caso di divisione ereditaria o di trasferimento di azienda, attribuisce il diritto di prelazione a coloro che partecipano all'impresa. In questi casi, «al tradizionale favore legislativo per la conservazione dell'integrità del patrimonio familiare (alla stregua di quanto accade nella prelazione successoria), si aggiunge la consapevolezza dell'opportunità di una riunione della proprietà all'impresa, in modo da favorirne la continuazione» (R. ALESSI, *op. cit.*, p. 68; sulla distinzione fra prelazione funzionale alla tutela della proprietà, qualificata come "prelazione propria", e prelazione funzionale ai valori dell'impresa, qualificata come "prelazione impropria", cfr. l'approfondita analisi di L. V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 983 s.). In queste ipotesi, il conflitto fra interesse dell'alienante (avere garantita la parità di condizioni) e interesse del beneficiario (riuscire ad assicurarsi comunque la proprietà del bene che viene alienato) si trasforma in un conflitto fra ragioni della proprietà e ragioni dell'impresa, non identificandosi più

Nelle ipotesi di prelazione statutaria, allo stesso modo, non sembra possibile sostenere l'operatività di un principio generale di parità di trattamento. L'esistenza di una tale regola non può infatti affermarsi in astratto per tutte le clausole statutarie di prelazione, ma andrà individuata in concreto analizzando il tenore letterale delle stesse.

In via di principio, per quanto concerne la prelazione statutaria, può ritenersi che l'interesse dell'alienante che va comunque, inderogabilmente, tutelato sia quello relativo alla percezione di un giusto prezzo per il trasferimento delle partecipazioni[469]. Ogni altra aspettativa, compresa quella di ottenere un dato bene infungibile (nel caso di fusione e scissione, azioni o quote della società beneficiaria da attribuire ai soci della società fusa o scissa), sembra poter essere frustrata da una clausola statutaria che superi il principio della parità di condizioni, poiché tale pretesa non trova alcun riferimento normativo.

Se si nega che la parità di condizioni costituisca un requisito essenziale della prelazione convenzionale in genere e di quella

---

nella contrapposizione tra due diritti di proprietà qualitativamente uguali. In ragione della maggiore rilevanza sociale dei valori riconnessi all'impresa rispetto a quelli della proprietà, «diviene pertanto ragionevole una postergazione degli interessi dell'alienante rispetto a quelli del beneficiario» (R. ALESSI, *op. cit.*, p. 68). Il che si traduce nella possibilità che l'alienante sia tenuto a stipulare un contratto con l'avente diritto alla prelazione a condizioni più sfavorevoli rispetto a quelle pattuite con il terzo acquirente. Emblematico, in proposito, il diritto dell'affittuario del fondo rustico di chiedere il dilazionamento per il pagamento della somma promessa dal terzo all'alienante, *ex* art. 8, co. 7, l. 590 del 1965 (cfr. L. V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 996).

[469] In questo senso R. ALESSI, *op. cit.*, p. 73. Nella stessa opera, l'Autore, a p. 63, afferma che «sotto un profilo concettuale, deve […] ritenersi che la prelazione statutaria consenta la sottrazione della determinazione del profilo oggettivo del negozio al promittente al fine di una più efficace e completa tutela degli azionisti. In un ambito societario può anzi osservarsi la precisa esigenza che il contenuto del negozio sia indicato attraverso il ricorso a un procedimento imparziale. Ai margini è indifferente il soggetto incaricato della determinazione; può essere anche l'alienante. Basta vi sia un sistema di *checks and balances* tale da garantire contro eventuali abusi. Ne consegue il venir meno del principio della parità di condizioni come strumento di tutela del promittente e la sua sostituzione con la necessaria previsione di un procedimento imparziale di accertamento del prezzo. È su questa barriera che si costruisce la difesa dell'alienante, interessato a percepire un corrispettivo adeguato al valore patrimoniale dell'azione, restando legittime tutte le clausole che si collocano al di qua di tale limite […]».

societaria in particolare, non ci si può più riferire ad essa per escludere che il negozio concluso in adempimento del patto di prelazione possa essere diverso da quello che il promittente aveva intenzione di porre in essere[470], anche ove quest'ultimo avrebbe dovuto essere un negozio di fusione o scissione.

Rimane, però, che se si accettano le conclusioni raggiunte nei paragrafi precedenti[471], per cui l'esigenza, propria della successione universale, che il successore subentri nell'identica posizione del dante causa impone di interpretare riferimenti a fattispecie traslative astrattamente compatibili sia con la successione a titolo particolare sia con la successione universale in modo tale da restringerne il significato alle sole ipotesi produttive di una successione a titolo particolare, alla luce di un criterio sistematico volto a garantire la coerenza dell'ordinamento, anche le clausole statutarie di prelazione, come quelle di gradimento, dovrebbero ritenersi in via di principio non operanti nel caso di fusione e scissione[472].

[470] Così G. F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 21; nello stesso senso, M. D'ORAZI, *op. cit.*, p. 155.

[471] V, in particolare, *supra*, "Analogie e differenze intercorrenti fra il trasferimento di proprietà che avviene attraverso una alienazione (compravendita) e la circolazione dei beni che è effetto della fusione e della scissione. Gli impedimenti all'applicazione dei limiti alla circolazione dei beni che derivano dalle peculiarità della vicenda circolatoria propria della fusione e della scissione".

[472] Cfr. il già *supra* riportato passaggio di F. CHIOMENTI, *Scissione e prelazione*, cit., p. 783 ss., che nega l'applicabilità, all'ipotesi di scissione, in conseguenza del carattere universale della successione che l'operazione determina, del patto di sindacato, intercorso tra due società, entrambe partecipanti al capitale di una terza società, per il quale l'alienazione da parte di ognuna di esse delle azioni sindacate è soggetta ad un diritto di prelazione dell'altra.

Capitolo sesto

6. La prospettiva modificativista: inapplicabilità dei limiti alla circolazione dei beni alla fusione e alla scissione.

L'identità di effetto traslativo ravvisabile nella fusione e nella scissione nella prospettiva traslativista ha confermato l'assunto di partenza del presente lavoro circa la possibilità di affrontare unitariamente per i due istituti le problematiche di cui ci si vuole occupare.

Tale assunto trova più semplice conferma nella – oggi prevalente – prospettiva modificativista, che nega l'esistenza di qualsivoglia effetto traslativo sia nella fusione che nella scissione.

Come si è accennato già nella premessa al presente lavoro, la soluzione del problema relativo all'applicabilità o meno alla fusione e alla scissione delle disposizioni limitatrici della circolazione dei beni è, se ci si pone nella prospettiva modificativista, ben più agevole che nel caso in cui si ritenesse di accogliere la tesi traslativista.

Se si nega l'esistenza del trasferimento patrimoniale viene meno il primo dei presupposti applicativi di qualunque disposizione che un trasferimento patrimoniale sia volta a limitare[473].

[473] Ed infatti v., in tema di applicabilità o meno delle disposizioni limitatrici della circolazione dei beni contenute nel Codice dei beni culturali e del paesaggio alle fattispecie di fusione e scissione, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 5140. Ulteriori riflessioni sul codice dei beni culturali*, approvato dalla Commissione studi civilistici il 2 luglio 2004, est. D. BOGGIALI – C. LO MONACO, par. 4.2.1., ove si rileva che «Esistono dubbi sulla possibilità di inquadrare le operazioni di fusione o scissione in cui intervengano società proprietarie di beni culturali tra gli atti traslativi della proprietà, che in quanto tali sono soggetti a denuncia. Infatti, solo nel caso in cui si accogliesse l'interpretazione seguita dalla giurisprudenza, secondo la quale con la fusione si realizzerebbe una doppia vicenda dell'estinzione delle società partecipanti e della costituzione di una nuova società risultante dalla fusione, si dovrebbe ritenere che la fusione potrebbe realizzare un trasferimento della proprietà tra due soggetti distinti e, pertanto, sussisterebbe l'obbligo della denuncia. Per quanto riguarda la scissione è dubbio se l'istituto sia riconducibile ad una fattispecie estintivo-costitutiva della società scissa e delle società beneficiarie o ad una mera modificazione dell'atto costitutivo. A seconda della tesi adottata, l'atto sarà sottoposto o meno a denuncia». Nella prospettiva modificativista, F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 25, ritiene che le

Alle considerazioni ora svolte si lega la distinzione tra "parte" e "soggetto", che un'autorevole dottrina[474] suggerisce di applicare nella qualificazione giuridica dei negozi che prevedano limiti alla circolazione dei beni, per valutarne l'applicabilità alle operazioni societarie in discorso.

L'idea sviluppata dalla dottrina in esame si fonda sulla considerazione che, in diritto, «la nozione di parte non si identifica concettualmente con la persona, né, quindi, necessariamente con una sola persona né con una data persona. Parte è concetto che poggia sulla relazione fra il soggetto (o i soggetti) e l'oggetto in gioco nel regolamento negoziale, ossia sull'interesse»[475].

Nelle operazioni di fusione e scissione, quindi, pur avendosi una modifica del "soggetto" a cui sono imputate determinate situazioni giuridiche (tra cui quelle passive che limitano l'alienabilità di certi beni), non muta però la "parte" dei rapporti giuridici ricompresi nel patrimonio che forma oggetto dell'operazione.

Per quanto riguarda le convenzioni che limitano l'alienabilità di beni patrimoniali, perciò, la "parte" vincolata dalle stesse rimane identica, nonostante l'avvenuta fusione o scissione, «ancorché soggettivamente diversa, perché la modifica dell'ordinamento del precedente soggetto [...] non comporta una modificazione dei contratti ad esso facenti capo»[476].

---

disposizioni in esame non possano ritenersi applicabili alla fusione dovendosi escludere che l'istituto della fusione possa essere considerato un atto traslativo della proprietà del bene culturale. Negli stessi termini, v. F. SCALABRINI e G.A.M. TRIMARCHI, *Le Sezioni Unite sulla natura giuridica della fusione: un punto d'arrivo nel dibattito tra teoria e pratica?*, nota a Cass. sez. unite 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Riv. not.*, II, p. 1145. V. anche P. SILVESTRO, *La scissione ad oggetto immobiliare esclusivo*, sul sito *internet* www.dircomm.it, per il quale dalla configurazione della scissione come un fenomeno di modificazione e di riorganizzazione societaria, non produttivo di alcun effetto traslativo, «consegue sul piano pratico che, gli immobili oggetto di assegnazione, sono immuni dalle regole concernenti il loro trasferimento, in quanto non si ha una effettiva circolazione di beni e di rapporti rispetto ai soggetti».

[474] F. CHIOMENTI, *Scissione e prelazione*, cit., p. 783 ss.

[475] F. CHIOMENTI, *op. loc. cit.*

[476] F. CHIOMENTI, *op. loc. cit.*

Da ciò consegue l'inapplicabilità delle limitazioni convenzionali alla circolazione dei beni alle operazioni di fusione e scissione, poiché, da un punto di vista sostanziale, la titolarità delle situazioni giuridiche comprese nel patrimonio oggetto dell'operazione non muta per effetto delle stesse[477].

Alle medesime conclusioni perviene anche in tema di fusione recente dottrina, la quale ritiene che nella fusione non sia «ravvisabile una vicenda corrispondente alla "alienazione", che si caratterizza come un distacco del rapporto dalla sfera giuridica di un soggetto», giacché, «la modificazione dell'intestazione soggettiva esprime valenza solo convenzionale», facendone discendere che «l'assunzione, in capo all'incorporante o alla società risultante dalla fusione, delle partecipazioni (in altre società) esistenti nel patrimonio delle società incorporate o fuse non può essere preclusa dalla previsione di clausole di prelazione o di gradimento eventualmente previste nello statuto della società partecipata»[478].

---

[477] In una prospettiva simile a quella ora riferita nel testo, P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, cit., p. 449, afferma che «è ben giustificato pensare che, al di là della natura organizzativa o circolatoria, già il profilo della imputazione formale (dei nomi) ovvero della creazione di nuovi legami rilevanti all'esterno, sia di per sé sufficiente a fondare l'applicazione di specifiche norme che si fondano, appunto, sulla assegnazione dei beni a nuovi centri di imputazione. Ma trattasi di un problema che, se affrontato con la consapevolezza della reale natura del fenomeno, incontra risposte immediate. Certo è, infatti, che la dimensione esterna della scissione è evidentemente quella di più società *al posto* di una, di più centri di imputazione dell'attività, di più patrimoni intestati a più nomi e così via. Il profilo formale esterno, peraltro, è quello che chiede regole precise in punto di pubblicità e soluzione dei problemi di opponibilità a terzi. Regole che certo non mancano nella disciplina della scissione. Per quanto sembri far assomigliare la scissione ad un fenomeno tipicamente soggettivo e strumentale, al profilo formale deve essere assegnata una portata limitata a quella disciplina». *Contra*, nell'ottica traslativista, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 256. la quale (con specifico riferimento al problema dell'applicazione delle clausole statutarie di gradimento al trasferimento di partecipazioni sociali che si realizza mediante scissione) ha osservato che «sostenere che la soluzione negativa (secondo la quale la clausola non opera nei riguardi dell'acquisto di partecipazioni avvenuto per via di scissione) è giustificata dalla natura modificativa (e non autenticamente traslativa) dell'operazione espone, di per sé, al rilievo […] che la scissione comporta comunque il passaggio [del bene] nella società terza Y, un tempo di proprietà della scissa S, in capo alla beneficiaria B1 o alla beneficiaria B2».

[478] C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 65, spec. nt. 162.

Invero, come si è già accennato[479], anche all'interno della tesi modificativista si ammette la possibilità che la fusione e la scissione comportino fenomeni di circolazione dei beni, quando esse siano, in concreto, influenti «sulla composizione della compagine sociale o sulla ripartizione dei vantaggi e dei carichi»[480].

È allora evidente che, se si ammette la fondatezza di tale rilievo, pare più arduo affermare che, nei casi considerati, *sostanzialmente* (e cioè guardando alla disponibilità che del patrimonio che forma oggetto dell'operazione hanno i soci) nessuna reale circolazione dei beni, presupposto dell'applicazione delle disposizioni vincolistiche, si verifica.

Ciò fermo, la tesi in esame pare perfettamente coerente con le premesse da cui muove, e cioè ove si rifugga da una prospettiva che come chiave di lettura dei fenomeni considerati usa i soggetti (e i rapporti fra i soggetti e nei confronti dei beni) e si adotti la diversa prospettiva «del modo in cui l'impresa è in quanto tale globalmente organizzata (derivando poi da ciò, come conseguenza e non come premessa, le modalità in cui nei suoi confronti si relazionano i soggetti e i beni medesimi)»[481].

E comunque, fuori dei casi in cui fusione e scissione incidano «sulla composizione della compagine sociale o sulla ripartizione dei vantaggi e dei carichi», nell'ipotesi considerata come ordinaria dal legislatore la fusione e la scissione non possono certo dirsi dar luogo a circolazione dei beni nella prospettiva dei soci (e si pensi alla scissione con beneficiarie nuove e distribuzione proporzionale delle relative partecipazioni fra i soci della scissa).

---

[479] Cfr. il superiore paragrafo "Le posizioni dottrinali intermedie".

[480] Cfr. P. SPADA, *op. cit.*, p. 164.

[481] L'espressione è di C. ANGELICI, *Introduzione*, cit., p. 14 (ID, *Società, persona e impresa*, cit., p. 342) ed è formulata non con esplicito riferimento al caso di specie, bensì con riguardo alla necessità di individuare la «continuità dell'impresa» propria della trasformazione anche ove la trasformazione stessa comporti una radicale soluzione di continuità nell'atteggiarsi dei rapporti tra i soggetti e nei confronti dei beni, come nel caso di comunione incidentale d'azienda che si trasforma in società di capitali.

Ed infatti, in relazione a tale ultima ipotesi, anche nell'ambito della dottrina traslativista si è riconosciuta l'impossibilità di applicare i limiti alla circolazione dei beni, essendo il mutamento di titolarità degli stessi meramente formale[482].

Accogliendo il rilievo sopra ricordato, secondo cui le fusioni e le scissioni influenti sulla composizione della compagine sociale o sulla ripartizione dei vantaggi e dei carichi debbano considerarsi sempre e comunque traslative, con riferimento a detti casi, l'inapplicabilità delle disposizioni vincolistiche deve ad ogni modo farsi derivare dalla constatazione che, anche per tali ipotesi, il legislatore detta la medesima disciplina applicabile a qualunque ipotesi di fusione e di scissione.

Tale disciplina, come già sopra rilevato, è costruita in modo tale da far ritenere la necessità di escludere l'applicazione dei limiti alla circolazione dei beni alla fusione e alla scissione, poiché essa, si ricorda, ha tra le sue ragioni d'essere «l'esigenza di superare gli inconvenienti derivanti dall'applicazione delle norme di diritto comune»[483].

Alla luce di tale disciplina, anche nella prospettiva modificativista deve riconoscersi che con la fusione e con la scissione «non passano alle beneficiarie singoli beni, rapporti o situazioni giuridiche, bensì, più propriamente, [...] beni, rapporti e situazioni giuridiche così come organizzati nell'ambito della società originaria»[484].

Si rammenta in proposito che nella regolamentazione dei nostri istituti non si ritrovano disposizioni del tenore dell'art. 1543, co. 2,

---

[482] Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 249, la quale (nota 128) esclude l'applicabilità della prelazione artistica nell'ipotesi in cui il bene soggetto alla prelazione sia stato semplicemente "spostato" per via di scissione (proporzionale) in testa ad una società, all'uopo costituita, alla quale partecipino soltanto i soci della scissa, nelle medesime proporzioni in cui partecipavano alla società originaria. V. in proposito anche *infra*.

[483] G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 143.

[484] M. PERRINO, *Le operazioni straordinarie*, in *Diritto delle società*, a cura di R. Alessi – M. Rescigno, Milano, 1998, p. 911.

c.c., che per la vendita di eredità prevede l'obbligo del venditore di «prestarsi agli atti che sono necessari per rendere efficace, di fronte ai terzi, la trasmissione di ciascuno dei diritti compresi nell'eredità», e dell'art. 2556, co. 1, c.c., che per il trasferimento d'azienda fa «salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto».

Com'è stato osservato con riferimento alla fusione, «sistematicamente si finisce per considerare la fusione come una operazione straordinaria dotata di una propria individualità, valutata cioè per la globalità dei suoi effetti, e sottoposta, proprio per ciò, ad una disciplina "autosufficiente", rispetto alla quale i margini di applicazione analogica di regole dettate in ordine ad altre vicende e, segnatamente, di altre operazioni straordinarie, finiscono per ridursi drasticamente»[485]. Ed infatti, «aumenti di capitale, costituzione di nuove società, assegnazione di partecipazioni, cambiamenti di tipo, trasferimenti di azienda possono [...] ricorrere tanto nell'ambito della operazione di fusione, quanto indipendentemente da essa: nel primo caso, tuttavia, l'ordinamento considera, e dunque disciplina, tali vicende non già come fenomeni autonomi, ma come singoli aspetti di una operazione unitaria di riorganizzazione di più imprese»[486].

[485] G. FERRI *JR* – G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 239.

[486] G. FERRI *JR* – G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 238, i quali concludono che le medesime esigenze si prestano ad essere soddisfatte «in termini tra loro diversi, a seconda che emergano in ordine a singole vicende, ovvero nell'ambito di una operazione complessiva come la fusione».

Capitolo settimo

7. Fusione e scissione elusive di disposizioni che limitano la circolazione dei beni.

7.1. Difficoltà applicative della disciplina del contratto in frode alla legge e della simulazione.

Dall'analisi compiuta nei capitoli precedenti è emerso che l'applicabilità delle disposizioni limitatrici della circolazione dei beni alle fattispecie della fusione e della scissione deve spesso, e spesso già in via di principio, escludersi, quale che sia la prospettiva (traslativista o modificativista) che si ritenga di adottare in relazione alla qualificazione della natura giuridica dei due istituti.

Se tale conclusione deve considerarsi scontata nella normalità delle ipotesi, essa risulta però insoddisfacente quando la fusione e la scissione di società si prestino ad essere utilizzate come strumenti utili per eludere le disposizioni vincolistiche: nelle ipotesi, cioè, in cui le società coinvolte scelgano di porre in essere una delle due operazioni solamente allo scopo di trasferire un bene evitando l'applicazione di una disposizione vincolistica, non invece al fine di conseguire il risultato tipico a cui tendono la fusione e la scissione[487].

Come si è detto, qualunque sia la tesi che si voglia adottare circa la natura giuridica della fusione e della scissione, la circostanza (oggettivamente innegabile) del mutamento del soggetto titolare del bene coinvolto nell'operazione di fusione o scissione[488] può

[487] Va sottolineato che, in concreto, per la realizzazione di un'operazione elusiva di disposizioni vincolistiche la scissione "si presta" meglio della fusione, essendo naturalmente tesa «al distacco del patrimonio o di una sua parte, e all'aumento dei centri di imputazione» (P. SILVESTRO, *La scissione ad oggetto immobiliare esclusivo*, sul sito *internet* www.dircomm.it).

[488] E v. infatti P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, cit., p. 449, che riconosce che «certo è […] che la dimensione esterna della scissione è evidentemente quella di più società *al*

agevolare operazioni elusive, dirette a frustrare gli interessi tutelati dalle disposizioni limitatrici della circolazione dei beni, in particolare nelle ipotesi[489] in cui la fusione e la scissione siano, in concreto, influenti «sulla composizione della compagine sociale o sulla ripartizione dei vantaggi e dei carichi».

In questi casi, le esigenze di effettività e di coerenza dell'ordinamento impongono di individuare degli strumenti che impediscano all'autonomia privata di sfruttare le caratteristiche degli istituti che la legge le mette a disposizione, per raggiungere obiettivi contrari alla razionalità del sistema.

La circostanza che l'ordinamento, di norma, non preveda espressamente l'applicabilità delle disposizioni vincolistiche alla fusione e alla scissione non significa, ovviamente, che il sistema tolleri che le suddette circostanze divengano il pretesto per utilizzare la fusione e la scissione per scopi estranei alla loro funzione tipica, eludendo limiti posti dall'ordinamento stesso.

Nel nostro caso, gli interessi lesi, pur essendo coincidenti con quelli tipicamente tutelati dalle disposizioni vincolistiche esaminate, sono in via di principio considerati sacrificabili di fronte alle esigenze societarie che possono normalmente soddisfarsi attraverso le operazioni di fusione e scissione. Nel momento in cui il legislatore costruisce le operazioni in esame come fattispecie a cui non si applicano i limiti alla circolazione dei beni compresi nel patrimonio con riferimento al quale esse operano, esso acconsente al sacrificio degli interessi dei terzi relativi a tali beni.

---

posto di una, di più centri di imputazione dell'attività, di più patrimoni intestati a più nomi e così via». Cfr. anche C. SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., p. 46, che osserva come la fusione comporti «l'inutilità dei plurimi centri di imputazione e, quindi, la disattivazione dei meccanismi funzionali di taluna (o di tutte) società partecipanti alla fusione». In giurisprudenza, v. la già citata Tar Lazio-Roma, Sez. III *ter*, 17 luglio 2007, n. 6500, ove, nell'accogliere la prospettiva modificativista seguita dalla più recente giurisprudenza in tema di fusione, si precisa comunque che il fenomeno della fusione per incorporazione «postula la sussistenza di un soggetto incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici riguardanti i soggetti fusi».

[489] Cui fa riferimento P. SPADA, *op. cit.*, p. 164, per individuare i casi di fusione e scissione "sostanzialmente" traslative.

Ciò non significa, però, che l'interesse dei terzi sia sempre e comunque subordinato agli interessi delle società coinvolte nella vicenda di fusione o scissione.

Il sacrificio dell'interesse dei terzi, infatti, si giustifica, per l'ordinamento, soltanto ove l'interesse delle società, ad esso contrapposto, sia quello tipicamente realizzabile attraverso un'operazione di fusione o scissione, e cioè ove quest'ultimo si identifichi con una di quelle esigenze di carattere economico che si sono evidenziate nella premessa al presente lavoro.

Come è evidente, non v'è invece ragione per ritenere che l'ordinamento consenta che la posizione dei terzi venga sacrificata quando il vantaggio che le società coinvolte nell'operazione perseguono sia di altro tipo; in particolare, deve ritenersi che l'ordinamento non permetta di sacrificare l'interesse del terzo quando lo scopo che si persegue attraverso la fusione o la scissione sia limitato ad ottenere il libero trasferimento di beni altrimenti non liberamente trasferibili[490].

In tali casi, la fusione e la scissione vengono utilizzate al di là della loro funzione tipica, e divengono lo strumento utile per eludere disposizioni che si applicherebbero se il trasferimento del bene fosse avvenuto per altra via, in particolare attraverso quei negozi specificamente presi in considerazione dalle disposizioni in questione.

Va in proposito chiarito che il comportamento delle società coinvolte nell'operazione, per giustificare una qualunque reazione dell'ordinamento volta a far prevalere gli interessi lesi su quelli perseguiti dalle società stesse con la fusione o la scissione, deve

[490] Rileva T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, cit., p. 81, che «quando la scissione viene attuata per scopi estranei alla razionale organizzazione della scissa», ed in specie «se risulta che l'operazione ha in concreto l'obiettivo di trasferire determinati beni facendo entrare il relativo corrispettivo sotto forma di partecipazioni nelle casse dei soci invece che nelle casse della scissa, […] la disciplina della scissione dovrà aprirsi all'esperibilità di rimedi diversi da quelli espressamente contemplati dall'istituto».

risultare obiettivamente fraudolento: devono esservi, cioè, dei dati che rendano percepibile il perseguimento, da parte delle società, di un fine coincidente con l'elusione di una disposizione vincolistica, anziché di un obiettivo consistente nei vantaggi tipicamente ricollegabili ad un'operazione di fusione o scissione.

Altrimenti, sarebbe fin troppo facile colpire (una volta individuato lo strumento giuridico adeguato) qualunque operazione di fusione o scissione nella quale il patrimonio trasferito comprenda beni la cui circolazione sia limitata; e ciò costituirebbe un risultato lesivo della coerenza dell'ordinamento, dato che, come si è visto, è lo stesso ordinamento a permettere il sacrificio degli interessi protetti dalle disposizioni vincolistiche quando ciò consenta alle società coinvolte di realizzare i vantaggi che tipicamente derivano da un'operazione di fusione o scissione.

Ciò che, oltretutto, metterebbe in serio pericolo le esigenze di certezza dei traffici giuridici in relazione ad operazioni, quali quelle di fusione e scissione, che presentano una tale complessità - e coinvolgono una tale quantità di interessi diversi - da meritare una disciplina legislativa che ne garantisce il più possibile la stabilità[491].

Le ragioni che guidano le società coinvolte a porre in essere un'operazione di fusione o di scissione possono in certo senso palesarsi grazie alla regola che impone agli amministratori di giustificare «sotto il profilo giuridico ed economico» il progetto di fusione (e quello di scissione: v. l'art. 2506-*ter*, co. 1, c.c.) nella relazione di cui all'art. 2501-*quinquies* c.c.; comunque, indizio non trascurabile dell'intento elusivo sembra essere la realizzazione di operazioni di fusione da parte di società il cui patrimonio consista esclusivamente o prevalentemente nel bene vincolato o l'assegnazione alla società beneficiaria di una scissione totale o parziale di quell'unico bene, ove l'assegnazione di partecipazioni ai

[491] Cfr., in specie, la disciplina della nullità della fusione e della scissione cui si è già fatto riferimento.

soci della società madre avvenga in modo non proporzionale rispetto alle quote da questi già possedute, così realizzandosi anche una divisione delle compagini sociali[492] e una modifica dell'imputazione del potere di comando circa il patrimonio che forma oggetto dell'operazione.

Potrebbe inoltre considerarsi un utile riferimento, al fine di individuare il carattere elusivo o meno di disposizioni vincolistiche di un'operazione di fusione o di scissione, la prassi applicativa relativa alla individuazione delle «valide ragioni economiche» cui fa riferimento l'art. 37-*bis* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 (come modificato dall'art. 7 del d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 385), in assenza delle quali non possono essere opposti «all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro [...] diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento

[492] Rileva G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 137 s. come dal punto di vista civilistico, il fine peculiare di riorganizzazione proprio della scissione è agevolato attraverso «la previsione di un regime di circolazione dei beni e dei diritti sottratto alle regole e alle pastoie del diritto comune» e che tale trattamento civilistico di favore «trova tuttavia il suo limite (e la sua giustificazione) nella meritevolezza dell'interesse perseguito e dunque nella rispondenza dell'operazione ad un fine di ristrutturazione dell'ente in vista della continuazione in forme diverse dell'attività. Dunque, l'attribuzione di beni alla beneficiaria deve inserirsi in un fine siffatto: diversamente opinando, si consentirebbe alle parti di adottare le forme agevolate (sul duplice piano tributario e civilistico) della scissione, per realizzare (le finalità e gli obiettivi di) un negozio di scambio». La stessa Autrice, a p. 240, evidenzia come la questione, comune alla fusione e alla scissione, assuma «nella scissione tinte e toni un po' diversi e, almeno in potenza, più "drammatici": la ragione […] è che la scissione, in quanto può avere ad oggetto (anche) un singolo bene, potrebbe prestarsi, certo più agevolmente della fusione, ad essere utilizzata, in maniera fraudolenta, come tecnica di circolazione di quel singolo bene, alternativa alla circolazione ordinaria ed *ipoteticamente* sottratta ai pesi ed ai vincoli onde quest'ultima sia rallentata o gravata». A p. 253 *op. ult. cit.*, l'Autrice ricorda che «indici sintomatici della circostanza che la scelta dello strumento della scissione è stata dettata dall'intento di aggirare la clausola limitativa della circolazione contrattuale del bene potrebbero ravvisarsi per esempio in ciò, che la scissione ha ad oggetto un singolo bene e non una pluralità di beni fra loro funzionalmente coordinati per l'esercizio di un'attività d'impresa; che essa realizza il passaggio di quel bene da un gruppo dei soci della società scindente ad un altro (scissione non proporzionale); che non risultano (dalla relazione degli amministratori) finalità di riorganizzazione e di ristrutturazione dell'impresa, tali da giustificare la scelta del particolare tipo di operazione».

tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti»[493].

[493] In proposito, si veda ad esempio il Parere d. 13 del 22 marzo/16 aprile 2007 del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, reperibile sul sito *internet* *www.agenziaentrate.it*, che ha deciso sull'istanza presentata da una società con patrimonio costituito in parte da partecipazioni sociali e in parte da beni immobili sottoposti al vincolo di interesse artistico ai sensi della legge n. 1089 del 1939. La società aveva deciso, «onde non rientrare nell'ambito di previsione della cit. L. 1089/1939», di procedere a una «scissione proporzionale e totalitaria, trasferendo, mediante scissione, l'intero patrimonio a due beneficiarie la cui composizione sociale rimarrebbe invariata rispetto alle attuale compagine». Ciò in modo tale da «realizzare, "senza procedere ad una divisione del patrimonio", una "doppia attività gestionale" conformemente alla volontà dei due soci, l'uno dei quali intenderebbe utilizzare gli immobili anche per svolgervi attività imprenditoriali in forma diretta, mentre l'altro intenderebbe utilizzarli esclusivamente a scopo di godimento». Il Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive ha ritenuto tale operazione elusiva, in quanto non sorretta da valide ragioni economiche e rivolta all'aggiramento di norme tributarie. Gli argomenti utilizzati dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, per quanto rilevato nel testo, potrebbero richiamarsi per affermare l'elusività dell'operazione rispetto alla prelazione legale prevista in caso di trasferimento di beni culturali. Il comitato ha in particolare rilevato che «la scissione societaria si caratterizza - e come tale è già stata intesa più volte da questo Comitato – come operazione di riorganizzazione aziendale, rispondente a finalità e strategie imprenditoriali […]; nel caso in esame […] la movimentazione dei soci e dei cespiti non trova alcuna giustificazione nella prospettiva di nuove iniziative imprenditoriali che, addirittura, neppure vengono specificate; ciò è confermato dai bilanci della Società scindenda, i quali evidenziano l'assenza di una benché minima struttura aziendale (assenza di dipendenti, collaboratori, fornitori, uffici, etc.): il che lascia pensare che ci si trovi in presenza di un mero contenitore, vuoi di immobili (in prevalenza utilizzati dai soci), vuoi di partecipazioni (in una società estera, a sua volta contenitore di immobili); tale convinzione è poi rinforzata dal fatto che nell'istanza non viene evidenziata né tanto meno documentata una effettiva strategia aziendale che dovrebbe giustificare il progetto ristrutturazione […]; i predetti elementi di valutazione inducono a ritenere che l'operazione in questione è obiettivamente finalizzata non già a realizzare un piano di riorganizzazione aziendale nell'interesse della società scindenda (e di quelle beneficiarie), ma a soddisfare un'esigenza di scioglimento della compagine societaria, con assegnazione, seppure indiretta e (asseritamente) pro-indiviso, di porzioni del patrimonio immobiliare a favore dei soci uscenti; paiono particolarmente significativi al riguardo: la ristrettissima base familiare della compagine societaria protagonista della scissione, l'estinzione della società istante a seguito della scissione, la mancanza di prospettive di ingresso di nuovi capitali e/o soci nelle Società beneficiarie, la tendenza ad una diretta utilizzazione delle unità immobiliari da parte dei soci, la mancata rappresentazione di reali strategie imprenditoriali conseguenti alla scissione, l'assenza di effettivi propositi di gestione imprenditoriale collettiva, oltre alle lacune informative precedentemente menzionate ed evidenziate già citata nella nota interlocutoria dell'Agenzia delle Entrate; in conclusione […] non sono ravvisabili i tratti di un'operazione di riorganizzazione imprenditoriale e aziendale, rispetto alla quale i "movimenti" di soci e di cespiti patrimoniali si pongano in termini obiettivamente strumentali, come in un rapporto tra fine e mezzi; la scissione prospettata appare, invece, destinata a surrogare, come detto, lo scioglimento dal vincolo societario e la divisione tra i soci del patrimonio immobiliare e, quindi,

Ciò posto, deve anche però ricordarsi che, in tema di contrasto a fenomeni elusivi mediante lo sfruttamento di regole proprie del diritto societario «la semplificazione o meglio la razionalizzazione degli strumenti probatori attraverso la costruzione di presunzioni è [...] una tecnica ormai sperimentata dalla giurisprudenza della Cassazione»[494].

Va stabilito al riguardo quale sia la possibile reazione dell'ordinamento al comportamento elusivo delle società coinvolte nell'operazione di fusione o scissione. In particolare, debbono essere individuate, all'interno del sistema, delle regole che consentano di impedire la produzione degli effetti tipici della fusione e della scissione quando la volontà che tali effetti determina sia accompagnata dall'intento di raggiungere scopi estranei alla coerenza dell'ordinamento.

Vista l'identità esistente tra interesse concretamente leso dall'operazione societaria e l'interesse protetto dalla disposizione vincolistica, pur non potendo la disposizione stessa operare direttamente, potrebbe discutersi circa la possibilità di una sua applicazione analogica, potendosi estendere la *ratio* della fattispecie astratta anche alla fattispecie concretamente verificatasi[495].

---

un'operazione negoziale che, più congruente sul piano giuridico rispetto alle finalità concretamente perseguite, risulterebbe, tuttavia, fiscalmente più onerosa, facendo emergere basi imponibili».

[494] B. INZITARI, *Repressione dell'abuso della persona giuridica*, in *Le società*, 1988, p. 460 ss. Segnala R. AMBROSINI, *Sull'ammissibilità della simulazione nelle società di capitali*, in *Corr. giur.*, 1998, 6, p. 703 ss., alla nota 46, che, al fine di accertare l'elusione di disposizioni vincolistiche mediante la cessione di partecipazioni sociali in luogo dei beni facenti parte del patrimonio sociale, «il giudice, nel procedere a tale indagine, dovrà rimettere al suo prudente apprezzamento la portata di indici presuntivi significativi quali per esempio il lasso di tempo intercorso tra la costituzione della società e la cessione integrale delle partecipazioni sociali, la circostanza che la società abbia o meno operato in senso imprenditoriale per un certo periodo, ovvero il fatto che tra i propri beni risulti esclusivamente l'immobile od il fondo del cui trasferimento si discute».

[495] Favorevole alla «applicazione analogica di norme che, nella situazione data, non sarebbero altrimenti suscettibili di essere direttamente invocate», nei casi «in cui certe attività, formalmente riferite alle quote o alle azioni di una società di capitali, appaiano manifestamente strumentali ad interessi aventi piuttosto ad oggetto beni compresi nel patrimonio sociale» è R. RORDORF, *Cessione*

L'applicazione analogica delle disposizioni vincolistiche deve però innanzitutto escludersi in considerazione del fatto che l'analogia è strumento interpretativo che può operare ove ricorra un *vuoto normativo* (cfr. l'art. 12, co. 2, delle preleggi: «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione») e non quando, come nel caso di specie, il regime di circolazione dei beni sia disciplinato dalla legge (non ricorrendo quindi alcun vuoto normativo), ma con effetti che nel caso concreto stridono con l'esigenza di coerenza dell'ordinamento.

L'applicazione analogica delle disposizioni vincolistiche può essere poi comunque esclusa dato il carattere eccezionale delle stesse, a norma dell'art. 14 preleggi.

È quanto accade, come si è visto, nel caso di norme che stabiliscono ipotesi di prelazione legale, normalmente considerate eccezionali rispetto al principio della libera disponibilità dei beni da parte del loro proprietario.

Si è invero prospettata in giurisprudenza la possibilità di una interpretazione estensiva delle disposizioni vincolistiche (astrattamente ammissibile anche ove si ritenga la natura eccezionale delle stesse) nel caso di cessione della totalità delle partecipazioni di una società il cui patrimonio comprenda beni vincolati[496]. Anche circa la riferibilità al caso oggetto del presente lavoro di tale prospettazione può però obiettarsi l'assenza, nell'ipotesi di specie, di vuoti normativi da colmare, dovendosi altresì considerare, come riconosce la stessa giurisprudenza in esame, che la questione dell'applicazione estensiva delle disposizioni vincolistiche «riguarda la sola ipotesi di società proprietaria di un unico bene, che costituisce l'oggetto del diritto di

---

di quote sociali e divieto di concorrenza: il velo societario si fa più trasparente, nota a Cass., 24 luglio 2000, n. 9682, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3116 ss.

[496] Cass., 23 luglio 1998, n. 7209, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3017, ma v. *contra* la giurisprudenza già citata sul tema, per la quale si richiama, da ultimo, v., da ultimo, Cass., 9 aprile 2003, n. 5584, in *Giur. it.*, 2004 p. 3 ss.

prelazione»: ciò che comunque renderebbe estremamente circoscritta la possibilità di far ricorso allo strumento dell'interpretazione estensiva.

Una risposta dell'ordinamento al comportamento delle società che partecipano alla fusione o alla scissione potrebbe cercarsi nella regola espressa dall'art. 1344 c.c., norma che negli accordi volti ad eludere disposizioni imperative individua dei "contratti in frode alla legge"[497], che si caratterizzano per l'illiceità della causa, e che vengono perciò considerati nulli dall'art. 1418, co. 2, c.c. Perché un contratto possa considerarsi in frode alla legge, deve riscontrarsi una discrepanza tra la causa tipica del negozio e la determinazione delle parti, volta appunto ad eludere una norma imperativa: è necessaria, una «divergenza tra apparenza e sostanza», riguardando l'art. 1344 c.c. il caso in cui «la norma è formalmente osservata, ma violata nella sua essenza; cosa che avviene quando il meccanismo adoperato e i suoi effetti tipici sono legittimi, ma raggiungono per via indiretta un risultato pratico eguale a quello vietato dalla legge»[498].

---

[497] In base all'art. 1344 c.c., la causa del contratto, oltre che quando contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 1343 c.c.), si reputa illecita «quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa». L'art. 1418, co. 2, c.c., a sua volta, dispone la nullità del contratto quando la causa dello stesso sia illecita. Sul contratto in frode alla legge, in generale, v. G. GIACOBBE, *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1990, p. 73 ss. e U. MORELLO, *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 1995, p. 501 ss.

[498] A. IACONO, *Inosservanza del diritto di prelazione agraria e danni*, in *Giur. di Merito*, 1984, I, p. 62. La *fraus legi* è definita da G. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 74, come «un comportamento rilevante, attraverso cui il soggetto agente tende a conseguire finalità che si pongono in conflitto con norme imperative, perché da queste vietate, o comunque considerate sotto aspetti e con modalità diversi da quelli perseguiti dall'agente stesso». L'Autore riprende la contrapposizione, già evidenziata dai giureconsulti romani, tra *in fraudem legis agere* e *contra legem agere*, consistenti, il primo, nel subdolo comportamento dell'agente diretto a rispettare i *verba legis* violandone la *sententia*; il secondo, invece, nella diretta azione violatrice della norma (cfr., in proposito, il testo di Paolo D. 1, 3.29 secondo cui «*contra legem facit qui id facit quod lex prohibet*; *in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit*»). Da qui la differenziazione della fattispecie disciplinata dall'art. 1344 c.c. rispetto a quella prevista dall'art. 1343 c.c. ("causa illecita"): «questa concerne l'ipotesi di un'attività negoziale autonomamente diretta a realizzare un risultato vietato, attraverso la predisposizione di uno strumento atipico, secondo il canone dell'autonomia privata negoziale di cui all'art. 1322 c.c., ovvero alterando uno degli elementi propri di uno strumento tipico; l'ipotesi,

L'operatività dell'art. 1344 c.c. nell'ipotesi di trasferimento di beni mediante fusione o scissione, che sia posto in essere con il solo scopo di evitare l'applicazione di disposizioni vincolistiche, va però attentamente valutata attraverso l'analisi della fattispecie descritta dalla disposizione medesima.

L'art. 1344 c.c. parla di "contratto" in frode alla legge. Si è visto che ove un trasferimento patrimoniale voglia ravvisarsi nella fusione e nella scissione, esso può considerarsi la conseguenza di un atto volontario (ancorché la volontà sia diretta a realizzare la compenetrazione degli organismi sociali piuttosto che a disporre del patrimonio)[499]. E comunque, anche ove non si ritenga di accogliere tale interpretazione e si affermi che l'effetto successorio discende direttamente dall'ordinamento statuale[500], deve riconoscersi che la volontarietà del trasferimento ricorre di certo nel caso di fusione e scissione elusive di disposizioni vincolistiche, poste in essere proprio al fine di realizzare un trasferimento patrimoniale.

A chi ritenga difficile qualificare l'atto negoziale in discorso come un contratto, poiché spesso assume una struttura palesemente

---

invece, di negozio in frode alla legge è del tutto diversa perché il negozio non vive una propria vita autonoma, ma si inquadra nell'ambito di una fattispecie più ampia, ricomponendosi […] in uno schema causale più ampio, qualificato come illecito in relazione al fine vietato perseguito» (p. 83). La fattispecie in esame si differenzia nettamente anche da quella disciplinata dall'art. 1345 c.c. ("motivo illecito"): quest'ultima norma, infatti, «costituisce l'eccezionale valutazione dei motivi determinanti dell'agente in relazione ai quali, ove ricorrano certi presupposti, l'illiceità del movente si converte in illiceità dell'atto. Si tratta, come appare evidente, di una valutazione nell'ambito degli elementi del singolo negozio, del tutto distinta, quindi, dalla fattispecie qui esaminata» (p. 84). L'elemento caratterizzante la *fraus legi* è dato dalla «predisposizione di uno strumento negoziale tipico al fine di conseguire un effetto vietato. Trova cioè applicazione un noto principio […] della fungibilità degli schemi contrattuali tipici, nel senso che, attuandosi il principio dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c., le parti possono non solo predisporre strumenti negoziali atipici, per conseguire effetti non vietati, bensì possono, del pari, allo stesso scopo, utilizzare strumenti tipici, alterandone alcuni elementi, ovvero collegandoli tra loro, in guisa da conseguire effetti diversi da quelli espressamente previsti. Può accadere che codesta "diversione" dello strumento rispetto al fine che gli è proprio sia compiuta per conseguire effetti vietati» (p. 83), ed è quest'ultima, appunto, l'ipotesi in cui può configurarsi un contratto in frode alla legge.

[499] V., *supra*, specialmente, "La volontà alla base del trasferimento del patrimonio e il ruolo dei soci".

[500] C. SANTAGATA, *La fusione fra società*, cit., p. 181.

unilaterale[501], può obiettarsi che esso sembra comunque inquadrabile nella categoria dei negozi giuridici, per la quale opera la disposizione dell'art. 1324 c.c., che rende applicabili le norme che regolano i contratti (tra cui l'art. 1344 c.c. in questione) agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale.

Fermo quanto sopra, un'attenta lettura della disposizione in esame sembra portare a concludere per l'inapplicabilità della disciplina del contratto in frode alla legge alle operazioni qui considerate. Può, infatti, contestarsi che le suddette fattispecie rientrino negli schemi fraudolenti tenuti presenti dal legislatore nel dettare la regola dell'art. 1344 c.c., poiché in esse non è individuabile una elusione di norme imperative in senso proprio.

Senza addentrarsi in questa sede sulla complessa problematica relativa alla definizione delle norme imperative, può accogliersi la ricostruzione che sottolinea come esse assumano spesso la forma di un divieto e siano generalmente poste a garanzia di interessi collettivi fondamentali[502].

È certo, comunque, che gli atti di autonomia privata compiuti in violazione di una norma imperativa sono, in via di principio, considerati nulli dall'ordinamento (art. 1418, co. 1, c.c.), per cui l'individuazione della natura imperativa o meno di una norma può passare per l'analisi delle conseguenze che l'ordinamento fa discendere dalla sua violazione: se queste ultime non si sostanziano

[501] V., *supra*, in particolare, "Critiche alla tesi tradizionale" ed ivi l'esposizione del problema della genesi non contrattuale delle società beneficiarie in caso di scissione con costituzione di nuove società: in questo caso le società nuove sembrerebbero costituite unilateralmente attraverso la delibera della sola società scissa, che trova esecuzione attraverso l'atto di scissione. La natura contrattuale dell'atto di fusione o di scissione può sostenersi se si accoglie la tesi di Giorgio Oppo, il quale configura nel caso in esame un mandato conferito all'amministratore dai soci che hanno deliberato la scissione (sia pure a maggioranza ed "in rappresentanza" degli altri), nella qualità di parti sostanziali del futuro rapporto sociale, perché li rappresenti nella costituzione della società nuova: una sorta di contratto con se stesso, reso possibile dalla predeterminazione del contenuto contrattuale, che l'amministratore conclude "in rappresentanza" di più parti a norma dell'art. 1395 c.c. (cfr., in proposito, *supra*, "La volontà alla base del trasferimento del patrimonio e il ruolo dei soci").

[502] In questi termini, D. MEMMO, *op. cit.*, c. 1618. V., *ivi*, i necessari riferimenti.

nella nullità degli atti compiuti dai privati, può legittimamente dubitarsi che ci si trovi di fronte ad una norma imperativa.

L'art. 1418, co. 1, c.c., stabilisce che «il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga altrimenti».

L'ultimo inciso contenuto nella disposizione potrebbe mettere in forse quanto appena affermato, poiché riconosce la possibilità che dalla violazione di una norma imperativa derivino conseguenze diverse dalla nullità. Va osservato, però, che la nullità scaturente dalla violazione è l'unico elemento che il legislatore fornisce in maniera esplicita per l'individuazione di una norma imperativa: quindi, dovrebbe dirsi che, nel caso in cui il legislatore intenda attribuire carattere imperativo a disposizioni, senza contestualmente comminare la nullità dell'atto ad esse contrario, il legislatore stesso dovrebbe fornire all'interprete altri elementi da cui desumere l'imperatività di tali disposizioni.

Con ciò si vuole affermare che una norma la cui violazione non determini alcuna nullità, per essere considerata imperativa deve presentare specifiche caratteristiche che evidenzino il peculiare rilievo che tale norma ha nell'ordinamento (in specie, in relazione alla rilevanza degli interessi che essa tutela), poiché la mancata previsione della nullità potrebbe dirsi comportare una presunzione *iuris tantum* di non imperatività[503].

[503] A. IACONO, *op. cit.*, p. 62, sottolinea che «le norme imperative rappresentano un'eccezione al principio generale dell'autonomia negoziale; occorre perciò che la loro natura sia desunta da non equivoche disposizioni di legge. Per lo più esse si esprimono nella forma del divieto. La dottrina distingue tra norme imperative più che perfette, se munite di sanzione penale e civilistica, perfette se munite della sola sanzione civile, e meno che perfette, se è prevista la sola sanzione penale. Non ogni violazione di norma dà luogo a nullità, ma solo quella in contrasto con principi assoluti inderogabili. […] Trattasi di norme a garanzia di interessi collettivi fondamentali. In pratica alla base della norma imperativa vi è una ragione di ordine pubblico. L'art. 1343 c.c. fa anche riferimento all'ordine pubblico, ma come elemento sussidiario che acquista una sua autonoma rilevanza nei casi in cui, a prescindere dall'esistenza di una espressa sanzione di nullità o di una norma a carattere proibitivo, siano in gioco principi preminenti dell'ordinamento, considerato nel suo insieme, tenuto conto dello spirito che lo informa e del fine che intende perseguire in

In relazione a tali considerazioni, emergono seri dubbi sulla natura imperativa delle norme limitatrici della circolazione dei beni che sono prese in considerazione nel presente lavoro.

Se si prende ad esempio l'art. 8 della legge n. 590 del 1965 già esaminato, che disciplina la prelazione agraria, va evidenziato che il trasferimento a titolo oneroso del fondo rustico senza considerazione del diritto di prelazione del conduttore non può ritenersi un risultato vietato dalla legge[504]. Tale trasferimento va considerato pienamente valido, come è dimostrato dalla stessa disciplina del diritto di riscatto del conduttore: il diritto in questione, infatti, è rinunciabile, e, se non è esercitato, lascia inalterato il negozio traslativo[505]; esso, inoltre, presuppone per la sua stessa esistenza, la validità del negozio stipulato tra proprietario e terzo[506]. Secondo una

---

determinate epoche storiche». Sull'argomento, v. A. DE CUPIS, *Leggi proibitive e ordine pubblico*, in *Annali dir. comp.*, 1949, p. 245 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 2ª ed., 1950, p. 372 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 22 marzo 1955, n. 861, in *Giust. civ. Mass.*, 1955, p. 297 ss.; Cass., 13 giugno 1977, n. 1901, in *Giust. civ. Mass.*, 1977, p. 802 ss. Cass., 25 ottobre 1956, n. 3965, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 12 ss., distingue tra illiceità e semplice illegalità, ossia tra l'atto contrario a norme di ordine pubblico o al buon costume o comunque a norme di carattere imperativo e quello posto in essere senza l'osservanza di norme cui la legge subordina la rilevanza giuridica dell'atto stesso. Nel primo caso la nullità discende dal principio generale di cui all'art. 1418 c.c. Cfr. anche Cass., 20 ottobre 1959, n. 2897, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 93 ss.

[504] Per il problema dell'individuazione di una frode alla legge in vari procedimenti negoziali posti in essere dai titolari dei fondi rustici per sottrarre il trasferimento del fondo all'esercizio del diritto di prelazione del conduttore, si vedano le osservazioni di A. IACONO, *op. cit.*, p. 61 ss.

[505] Cfr. Trib. Verona, 4 giugno 1982, in *Giur. di Merito*, 1984, I, p. 64 s. In tale pronuncia si osserva che «la mancata ottemperanza, da parte del venditore all'obbligo di comunicazione dell'intenzione di alienare il fondo comporta esclusivamente il diritto del coltivatore di riscattarlo nei confronti dei compratori. Tale argomento, com'è chiaro, appare decisivo per escludere la conseguenza della nullità in ordine a negozi quale quello di cui si controverte». Osserva A. IACONO, *op. cit.*, p. 63 che l'art. 8 della legge 590 del 1965 non pone una norma a carattere proibitivo: «il fondo rustico non diviene, certo, incommerciabile se soggetto a prelazione; né è fatto divieto a terzi di acquistarlo. In realtà al coltivatore diretto è concessa una mera facoltà. La norma è derogabile e il riscatto rinunziabile. Trattasi di un diritto potestativo, il cui esercizio è rimesso alla discrezionalità del titolare. Fin quando questo non se ne avvale, il negozio traslativo a favore del terzo conserva i suoi effetti».

[506] V., in questo senso, A. IACONO, *op. cit.*, p. 62 s. Nel ricostruire il concetto di norma imperativa, l'Autore sottolinea che «non può dirsi che vi rientrino le disposizioni che riconoscono il diritto di prelazione del coltivatore diretto, il cui fine immediato è di favorire una categoria di lavoratori con

giurisprudenza consolidata, infatti, «l'esercizio del riscatto produce non la risoluzione del contratto traslativo a favore del terzo e la contestuale formazione di un titolo di acquisto *ex nunc* a favore del riscattante, né un nuovo trasferimento del bene dal terzo acquirente al titolare del riscatto, ma la sostituzione con effetto *ex tunc* di detto titolare al terzo in conseguenza del potere attribuito al riscattante di determinare, con una propria dichiarazione unilaterale ricettizia, la modificazione soggettiva degli effetti traslativi del negozio»[507]. Il riscatto, quindi, determina una forma di sostituzione soggettiva *ex lege* in un contratto già esistente, formalmente valido: l'eventuale nullità del contratto renderebbe impossibile il riscatto.

Il fatto, poi, che la legge preveda a tutela del coltivatore un'azione specifica, il riscatto, sembra escludere altri rimedi. A ciò si aggiunga che l'art. 8 della legge n. 590 del 1965 sottopone tale

---

reddito basso e meritevole di particolari benefici». In giurisprudenza, v. Trib. Verona, 4 giugno 1982, cit., ove si afferma: «merita rilevare come lo stesso concetto di norma imperativa vada configurato con l'ausilio della nozione di ordine pubblico, inteso nella sua più lata accezione. Si tratta, invero, di norme volte a tutelare le più elementari e fondamentali esigenze del sistema dell'ordinamento, di fronte alle quali l'autonomia privata trova un limite invalicabile, il cui travalicamento comporta, appunto, la sanzione del non riconoscimento da parte dell'ordinamento dei negozi così posti in essere. Nulla di tutto ciò è dato riscontrare nella norma dell'art. 8 della legge n. 590 del 1965. […] L'interesse tutelato con detta disposizione non è certo quello generale della collettività, bensì quello di una determinata categoria di soggetti, cui è riconosciuta una posizione di vantaggio in ordine ai rapporti aventi per oggetto beni, con i quali detti soggetti si trovano in particolare relazione». Il giudice veronese, inoltre, nel decidere su una domanda mirante a far dichiarare la nullità della vendita di una fondo rustico in violazione del diritto di prelazione spettante al coltivatore dello stesso, sottolinea la necessità di dedurre l'inesistenza di una nullità del negozio traslativo dalla possibilità per il prelazionario di esercitare il diritto di riscatto: «non può accogliersi […] la domanda attorea volta ad ottenere la declaratoria dell'esistenza, in capo a detti attori, del diritto di riscatto del fondo in oggetto; […] tale domanda appare inconciliabile con quella tendente ad ottenere la declaratoria di nullità della vendita del detto fondo, potendosi evidentemente esercitare il riscatto solo sul presupposto della validità della vendita stessa, dovendo, esso riscatto agire nei confronti del terzo acquirente». V. anche App. Napoli, 22 maggio 1969, in *Giur. di Merito*, 1970, I, p. 129 ss., che afferma non sussistere la nullità della compravendita effettuata senza il rispetto del diritto di prelazione.

[507] Cass., 26 ottobre 1979, n. 5605, in *Riv. not.*, 1980, p. 515 ss. V. anche Cass., 15 luglio 1980, n. 4569, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, p. 1940 ss.; Cass., 2 dicembre 1980, n. 6300, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, p. 2618 ss.; Cass., 26 marzo 1974, n. 839, in *Giur. agr. it.*, 1975, p. 614 ss.; Trib. Napoli, 29 settembre 1975, in *Foro napol.*, 1976, I, p. 365 ss.; Trib. Vallo Lucania 24 gennaio 1976, in *Foro napol.*, 1979, I, p. 170 ss.

azione ad un termine di decadenza[508]: «la nullità (che può farsi valere senza limiti di tempo) della vendita a terzi sarebbe in contrasto con la decadenza e ne vanificherebbe il fine di dare certezza ai rapporti giuridici e di eliminare intralci alla libera circolazione dei beni»[509].

Per le ragioni appena esposte, che dimostrano il carattere non imperativo della disposizione che disciplina la prelazione agraria, non sembra ravvisabile, nel caso di fusione o scissione volte a trasferire un fondo rustico soggetto alla prelazione legale *ex* art. 8, l. 590 del 1965, una elusione di norme imperative, mancando i presupposti per l'applicabilità dell'art. 1344 c.c.[510].

---

[508] In giurisprudenza si è affermato che «il riscatto deve essere esercitato a pena di decadenza entro l'anno dalla trascrizione dell'atto, a nulla rilevando l'eventuale comportamento fraudolento dell'ex proprietario che abbia proseguito a riscuotere il canone di affitto pur dopo l'acquisto da parte del terzo» (Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15 giugno 1972, in *Nuovo dir. agr.*, 1975, p. 179 ss.). I termini di decadenza, infatti sono perentori e il loro inutile decorso comporta la definitiva perdita del diritto senza che possano rilevare le ragioni soggettive dell'inerzia. In proposito, la Suprema Corte ha affermato che «è rilevante l'indagine sui motivi che abbiano ostacolato o reso impossibili i fatti impeditivi della decadenza, quando questa è prevista con riferimento alla volontarietà del fatto o dell'omissione del soggetto interessato; al contrario, in analogia ai casi di responsabilità oggettiva, nei quali si prescinde da ogni elemento inerente alla volontà del soggetto, sono irrilevanti i motivi dei fatti e delle omissioni che determinano la decadenza, e perciò ne è preclusa l'indagine la legge indica tali fatti od omissioni oggettivamente, con o senza prefissione di un termine, senza alcun richiamo alla loro volontarietà» (Cass., 6 novembre 1976, n. 4043, in *Giust. civ. Mass.*, 1976, p. 1663 ss.). Non può dubitarsi che il termine di cui al comma 5 dell'art. 8 l. 590/1965 sia di decadenza e non di prescrizione, come può dedursi dal riferimento all'azione (di riscatto) e non al diritto e dall'espressione perentoria «entro» (un anno) usata dalla disposizione stessa (così, A. IACONO, *op. cit.*, p. 64).

[509] A. IACONO, *op. cit.*, p. 63.

[510] Appare, di conseguenza, non condivisibile anche la ricostruzione in termini di negozio in frode alla legge dell'operazione consistente nella costituzione di una società con patrimonio formato esclusivamente da un fondo rustico soggetto a prelazione legale, seguita dalla cessione delle azioni o quote della società stessa, effettuata in luogo della vendita del fondo in questione, al fine di eludere le norme in tema di prelazione agraria. Tale ricostruzione è stata prospettata da E. CAPIZZANO, *Conferimento di fondi rustici in società di capitali e principio di riconduzione: una nuova problematica e le sue implicazioni*, in *Giur. agr. it.*, 1984, I, p. 331 ss., il quale ha affermato che il conferimento, soprattutto se seguito dall'immediato trasferimento dell'intero pacchetto azionario, potrebbe evidenziare una «disarmonia funzionale tra regola e comportamento» che consentirebbe di attribuire rilevanza giuridica sotto il profilo della illiceità della funzione all'operazione nel suo complesso, pur nella assoluta liceità dei diversi negozi posti in essere, autonomamente considerati (p. 340). Oltre alle argomentazioni evidenziate nel testo, valgono a

D’altronde, se la violazione *diretta* della disposizione vincolistica non comporta la nullità del negozio che tale disposizione viola (bensì il sorgere del diritto di riscatto del soggetto pretermesso), non parrebbe ragionevole che tale nullità scaturisse dalla violazione solo *indiretta* della medesima disposizione.

A ciò va aggiunto che, anche ove si volesse interpretare estensivamente la norma del codice in tema di contratto in frode alla legge, ritenendo così realizzati i presupposti ivi richiesti, la conseguenza di una tale operazione ermeneutica dovrebbe essere la nullità del negozio di fusione o scissione. Nessuna tutela effettiva, oltre alla repressione della frode attraverso l’invalidazione del negozio traslativo, potrebbe garantirsi al titolare dell’interesse protetto dalla disposizione vincolistica.

Ad esempio, rimanendo in tema di prelazione agraria, l’applicazione al negozio di fusione o scissione dell’art. 1344 c.c., determinando la nullità del negozio stesso, comporterebbe l’insussistenza del trasferimento patrimoniale dalla società fusa o scissa alla società beneficiaria: con ciò, il patrimonio oggetto dell’operazione (comprendente anche, quando non esclusivamente, il bene vincolato) dovrebbe ritenersi ancora facente capo alla società che ha dato luogo all’operazione, rimanendo esclusa la possibilità per il titolare del diritto di prelazione di ottenere il bene in

---

superare l’impostazione ora delineata le altre osservazioni ad essa opposte da G. TANTINI, *Inapplicabilità del diritto di prelazione agraria (e di riscatto) al conferimento in natura in società di fondi agricoli*, nota a Trib. Verona, 14 febbraio 1985, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 492 ss.: quest’ultimo Autore osserva che la tesi in questione, «trova un ostacolo nel principio di tassatività delle cause di nullità della società, e di più nella circostanza che l’intento fraudolento, essendo la società un contratto aperto, sarebbe inopponibile al terzo acquirente delle azioni (di per sé estraneo agli obiettivi del “conferente”). Si determina infatti una insuperabile frattura tra i due momenti dell’operazione, e cioè il conferimento in natura in società, che è l’atto di per sé sufficiente a realizzare il trasferimento del fondo “in esenzione” dalle norme sulla prelazione agraria, e il successivo (ma solo eventuale) trasferimento dell’intera partecipazione sociale, cui consegue indirettamente il passaggio del fondo ormai “libero”» (p. 497). In proposito, v. anche E. BOCCHINI, *Il problema della tassatività delle cause di nullità nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 183 ss.

questione. L'interpretazione correttiva della norma codicistica, quindi, oltre a risultare - come ritengo - ingiustificata alla luce dei criteri generali forniti dall'art. 12, co. 1, preleggi, non riuscirebbe a garantire in maniera soddisfacente le esigenze di giustizia sostanziale che tale interpretazione potrebbero ispirare, poiché lascerebbe insoddisfatti gli interessi del prelazionario. Senza contare che quest'ultima considerazione potrebbe giustificare, sotto il profilo della carenza di interesse (art. 100 c.p.c.), il rigetto della domanda del prelazionario volta ad ottenere la dichiarazione di nullità del negozio di fusione o scissione: l'interesse alla dichiarazione di nullità, da parte del titolare della prelazione, è infatti del tutto ipotetico, poiché collegato al caso eventuale della verificazione di una nuova vicenda traslativa avente ad oggetto il bene in questione[511].

Inoltre, la nullità del negozio di fusione e scissione si caratterizza per una disciplina particolare, volta a limitare drasticamente la possibilità di dichiarare l'invalidità del negozio stesso: tale circostanza comporta che l'utilità della disciplina del contratto in frode alla legge a reprimere il comportamento elusivo delle società coinvolte nell'operazione di fusione o scissione risulta ulteriormente ridotta, dati i ristretti margini entro i quali è possibile far valere la nullità del negozio traslativo.

Infatti, l'art. 2504-*quater* c.c., in tema di fusione, applicabile anche alla scissione per effetto del rinvio disposto dall'art. 2506-*ter*, co. 5, c.c., stabilisce, al primo comma, che l'invalidità dell'atto di fusione (o di scissione) può essere pronunciata soltanto fino al

[511] Per le ragioni appena esposte, e per quanto si dirà ora nel testo circa la difficoltà di far valere la nullità del negozio di fusione o scissione derivante dalla disposizione dell'art. 2504-*quater* c.c., non sembra opportuno inquadrare la fattispecie in esame nell'ambito di applicazione dell'art. 1345 c.c. Tale norma concede eccezionale rilevanza ai motivi perseguiti dalle parti negoziali, quando queste ultime si siano determinate a concludere il contratto esclusivamente per tali motivi ed essi siano illeciti e comuni ad entrambe le parti. In tal caso il contratto è illecito, e quindi nullo a norma dell'art. 1418, co. 2, c.c.

momento in cui siano eseguite le iscrizioni dell'atto stesso previste dall'art. 2504, co. 2, c.c.[512].

Come si vede, tale disposizione, nel privilegiare al massimo le esigenze di conservazione dell'organismo risultante dalla fusione o dalla scissione e di certezza dei traffici giuridici, ridimensiona notevolmente la possibilità, per i soggetti interessati, di avvalersi dell'accertamento giudiziale della nullità delle operazioni societarie in esame[513].

---

[512] L'art. 2504-*quater*, co. 2, c.c., fa comunque salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione (o dalla scissione). Sul tema della invalidità della fusione v, di recente, M. PERRINO, *sub* art. 2504-*quater* c.c., in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1983 ss.

[513] F. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 957, sottolinea che l'intento perseguito dal legislatore «è ancora una volta, come già era avvenuto con la formulazione novellata dell'art. 2332 c.c., di ridurre il più possibile il margine d'incertezza sulla validità degli atti sociali, a favore della stabilità degli stessi e, più in generale, della certezza del traffico giuridico». G. F. CAMPOBASSO, *La recente disciplina in materia di fusione e di scissione di società: profili civilistici*, in *Dir. lav*., 1992, I, p. 386, rileva che la soluzione prescelta dal legislatore si mostra «radicale e coraggiosa dato che la direttiva Cee imponeva solo di limitare le cause di nullità della fusione, di fissare un termine non superiore a sei mesi per la proposizione della relativa azione e di prevedere la sanabilità ed il carattere non retroattivo della nullità della fusione». Da evidenziare, inoltre, che il legislatore italiano ha adoperato una formulazione più ampia rispetto a quella usata dal legislatore comunitario, che all'art. 19 della sesta direttiva parla in modo costante di nullità della scissione: il termine "invalidità" ha infatti portata maggiore del termine "nullità", poiché comprende anche le cause di annullabilità e genericamente qualsiasi forma di irregolarità del procedimento (così F. LAURINI, *op. cit.*, p. 956 s.). Sulla disciplina comunitaria in tema di invalidità della fusione e della scissione, v. M. CASSOTTANA e A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2002, p. 108 s. L'invalidità della fusione non era espressamente regolamentata prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22 e ciò aveva determinato l'emersione di gravi inconvenienti in sede di dichiarazione di invalidità dell'atto di fusione, data la necessità di applicare la disciplina di diritto comune: «il principio di retroattività della dichiarazione di invalidità ed il conseguente ritorno alla situazione anteriore alla fusione comporterebbero infatti lo smembramento dell'organismo produttivo risultante dalla fusione e del suo patrimonio ormai unitario; quest'ultimo andrebbe riassegnato giudizialmente, in tutto o in parte, alle precedenti società ormai estinte, con evidenti difficoltà, a tacer d'altro, nel definire la parte di attività e passività spettante a ciascuna» (G. F. CAMPOBASSO, *op. ult. cit. loc. cit.*). F. GALGANO, *Scissione di società*, in *Vita not.*, 1992, p. 512 s., definisce l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione o di scissione come pubblicità sanante (conforme F. LAURINI, *op. cit.*, p. 957) e, nell'analizzare il rapporto esistente tra il primo ed il secondo comma dell'art. 2504-*quater* c.c., individua la conversione della causa di invalidità in un fatto illecito, produttivo di responsabilità aquiliana; ciò evidenzia la singolarità della norma, la quale «si colloca nel punto di

Esclusa la configurabilità di un contratto in frode alla legge nel caso di fusione o scissione poste in essere al solo fine di evitare l'applicazione di disposizioni che limitano la circolazione di certi beni, rimane aperto il problema dell'individuazione dello strumento più utile per ripristinare situazioni di interesse indebitamente lese dalle suddette operazioni societarie.

Potrebbe ragionevolmente ritenersi che le ipotesi in cui la fusione e la scissione siano utilizzate per eludere l'applicazione di disposizioni vincolistiche, importando l'esistenza di un disegno simulatorio, siano governate dalla disciplina prevista dagli artt. 1414 ss. c.c., la quale, tra l'altro, consente ai terzi di far valere la simulazione in confronto delle parti del negozio simulato, quando essa pregiudichi i loro diritti (art. 1415, co. 2, c.c.)[514].

---

confluenza di due grandi tendenza del nostro tempo: da un lato la crisi dell'invalidità, dall'altro l'espansione dell'area del danno risarcibile».

[514] Questa tesi è stata prospettata, ad esempio, dalle parti ricorrenti nei casi decisi dalla Suprema Corte, con sentenze 7 novembre 1983, n. 6566 e 17 febbraio 1984, n. 1190 (entrambe in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1611 ss.) con riferimento all'ipotesi di cessione delle partecipazioni in una società il cui patrimonio era costituito esclusivamente da un bene soggetto a prelazione legale (in specie un fondo rustico). Sulla simulazione, in generale, v. A. GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1979. V. altresì M. CASELLA, voce *Simulazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, vol. XLII, p. 593 ss., il quale definisce come simulazione «l'ostentazione di un negozio giuridico apparente e l'occultamento dell'intesa tra le parti di non attribuirgli alcun effetto nei reciproci rapporti; e, ancora, l'ostentazione di un negozio giuridico apparente e l'occultamento dell'intesa tra le parti di porre in essere un negozio diverso da quello apparente e quindi produttivo di effetti diversi nei reciproci rapporti». Tale definizione si fonda sulla distinzione tra due tipi di simulazione (simulazione c.d. "assoluta", nel primo caso evidenziato nella definizione; "relativa", nel secondo) che emerge dall'art. 1414, co. 1 e 2, c.c. Il caso ora esaminato sembrerebbe potersi ricondurre alla simulazione relativa, cioè all'ipotesi in cui «un negozio apparente dissimula un negozio diverso, quanto alle parti, alla causa, all'oggetto o alle singole clausole» (M. CASELLA, *op. cit.*, p. 594), ove il negozio apparente venga identificato con quello di fusione o scissione, mentre il negozio dissimulato, quanto alla causa, sia individuato nel negozio di disposizione del bene al quale si sarebbe potuta applicare la disposizione vincolistica. L'importanza di circostanze di fatto che dimostrino l'intento elusivo deriva dalla constatazione che «perché simulazione vi sia, non bastano la dichiarazione negoziale apparente e la dichiarazione dissimulata (nelle ipotesi di simulazione relativa), ma occorre provare […] l'intesa o l'accordo simulatorio, e cioè la comune intenzione delle parti di rendere palese un negozio produttivo di effetti apparenti, diversi dagli effetti realmente voluti e dissimulati» (M. CASELLA, *op. loc. cit.*).

In realtà, a ben guardare, la disciplina della simulazione alle fattispecie in esame trova alcune difficoltà applicative.

La Corte di cassazione ha avuto modo di affrontare il problema, occupandosi di una questione simile a quella qui trattata, concernente l'operatività o meno della prelazione legale gravante sui fondi rustici in caso di cessione di azioni o quote di una società il cui patrimonio sia costituito dal bene oggetto del vincolo[515]. In

[515] Cfr. Cass., 7 novembre 1983, n. 6566 e Cass., 17 febbraio 1984, n. 1190, cit. alla nota precedente. V anche Cass., 17 novembre 1992, n. 12302, in *Mass.*, 1992 e Cass., 9 luglio 1994, n. 6515, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 625. Nega la possibilità di applicare la disciplina della simulazione (assoluta) in un'ipotesi analoga a quella considerata dalla Suprema Corte nelle decisioni citate, anche G. TANTINI, *Inapplicabilità*, cit., p. 497, il quale esclude l'ammissibilità della simulazione della società «sia con riferimento all'efficacia prevalente e comunque sanante dell'omologazione, sia perché la fattispecie costitutiva va valutata con criteri che escludono quanto non partecipa al procedimento». Nello stesso senso, v. anche C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, p. 261, secondo il quale la necessità di escludere dalla valutazione della fattispecie costitutiva quanto non attiene al procedimento impedisce di riferirsi al duplice piano della dichiarazione e controdichiarazione che caratterizza il meccanismo simulatorio. Sull'efficacia sanante dell'omologazione della società rispetto alla simulazione v. A. BORGIOLI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, p. 382 ss., e nt. 56. In realtà, la Suprema Corte, in una decisione più recente (Cass., 1° dicembre 1987, n. 8939, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1246 ss.) ha affermato l'applicabilità della disciplina della simulazione al contratto di società in un caso simile a quello ora considerato, stabilendo che «l'atto costitutivo di una società che poi non abbia esercitato l'attività imprenditoriale che ne costituisce lo scopo sociale e si sia limitata all'acquisto e alla gestione (mediante affitto) di un fondo rustico deve ritenersi simulato, con la conseguenza che la cessione dell'intero pacchetto azionario rappresenta trasferimento a titolo oneroso di detto fondo, con riferimento al quale va riconosciuto il diritto di prelazione in favore dell'affittuario» (questa la massima redazionale della sentenza, riportata in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1200). Tale pronuncia viene criticata da F. D'ALESSANDRO, *Contratto sociale simulato e «superamento» della personalità giuridica in una sentenza della Corte Suprema*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1200 ss., il quale dimostra l'incompatibilità della disciplina della simulazione (assoluta) con la particolare regolamentazione che, nel nostro ordinamento, riceve la nullità della società: per quanto riguarda le società azionarie, infatti, dalla interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 2332 c.c., l'Autore ricava che «la simulazione della società azionaria è o del tutto irrilevante, ovvero, se rilevante [perché si riesce, in via interpretativa, a collocare la figura nel catalogo tassativo delle patologie genetiche capaci di spiegare rilevanza anche attraverso il diaframma della registrazione], soggetta al regime delle cause di "nullità" previste dall'art. 2332 c.c., che comporta che, *nella peggiore delle ipotesi*, ci si potrà attendere un'efficacia *ex nunc* dell'accertamento giudiziale della simulazione e, in definitiva, secondo la formula corrente […], l'operare della sentenza alla stregua di una causa di scioglimento della società». La sentenza in esame viene criticata anche da A. PELLICANÒ, *Inesistenza e personalità giuridica nella giurisprudenza della Cassazione: il caso della s.p.a.*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 829 ss., il quale nota che «la Corte fa leva sulla disciplina della simulazione – senza,

proposito, il giudice di legittimità ha affermato che «appare assurdo ipotizzare la predisposizione di un intero programma simulatorio per neutralizzare i diritti di prelazione e di riscatto». In particolare, la «reale costituzione della s.p.a.» costituisce un «dato certo ed incontestabile», dovendosi riconoscere, in conformità con le argomentazioni dei giudici di merito, che la società «era venuta ad esistenza come persona giuridica e cioè come soggetto autonomo e distinto rispetto ai costituenti ed ai soci, indipendentemente da eventuali intese occulte fra questi ultimi».

Le suddette argomentazioni potrebbero valere anche nell'ipotesi analizzata nel presente lavoro, ove, come nel caso deciso dalla Suprema Corte, la supposta simulazione si realizzi attraverso la costituzione di nuove società (e forse in tutti casi di fusione e

---

tuttavia, richiamarne esplicitamente le norme applicabili e rinunciando, altresì, al generale principio dell'apparenza giuridica» (p. 838). R. CALVO, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita di titoli azionari*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 1121 s., afferma che, nella suddetta pronuncia, «viene dichiarata la simulazione dell'atto costitutivo prescindendo completamente da quanto dispone l'art. 2332 c.c. che – com'è noto – non enumera la simulazione fra le tassative cause di nullità in esso catalogate. Inoltre le esigenze di giustizia sostanziale […] hanno verosimilmente indotto la Corte stessa a considerare l'art. 2332 c.c. addirittura come norma non scritta laddove, in luogo di convertire la causa d'invalidità in causa di scioglimento, ha convertito la società per azioni in comunione di godimento. Ciò perché, anche qualora si volesse *in thesi* far rientrare la simulazione nella previsione dell'art. 2332, n. 1, c.c., occorrerebbe pur sempre ritenere operante il meccanismo stabilito dal 4° comma, del medesimo articolo. […] Il ragionamento della Cassazione non persuade anche sotto un altro punto di vista in quanto, al fine di ritenere che il trasferimento dei titoli della società simulata integri il trasferimento della quota di comproprietà del fondo rustico, sarebbe stato necessario accertare una seconda simulazione relativa, nel senso che si sarebbe dovuto stabilire se, per mezzo della circolazione dei titoli, gli apparenti azionisti abbiano dissimulato la vendita della loro quota di comproprietà. Di conseguenza sarebbe stato parimenti indispensabile accertare la sussistenza della forma scritta del contratto di cessione avente per oggetto tali quote». Per un autorevole commento alla pronuncia da ultimo citata v. anche B. INZITARI, *Repressione dell'abuso della persona giuridica*, in *Le società*, 1988, p. 460 ss. In giurisprudenza, nega l'applicabilità della disciplina della simulazione alla costituzione di società anche Cass., 15 aprile 1971, n. 1074, in *Mass. giur. it.*, che afferma: «la società per azioni, sia come persona giuridica, che sorge con l'omologazione dell'atto costitutivo e con l'iscrizione nell'apposito registro, sia come entità del tutto autonoma, rispetto a coloro che la costituiscono, o che comunque ne diventano soci, è estranea alle eventuali intese occulte fra i costituenti e altri soggetti, sicché, indipendentemente dal contenuto di tali intese, essa viene in essere quale ente reale rispetto ai soci e rispetto ai terzi». Sul tema v., approfonditamente e con approccio critico, A. GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1979, p. 68 ss. e 327 ss.

scissione elusive di disposizioni vincolistiche, che operano attraverso l'utilizzo degli strumenti tipici del diritto societario, in particolare con il compimento di tutte le formalità richieste dalla legge per il loro impiego). In proposito, va rilevato che prospettare una finzione nella costituzione di una più società coinvolte nell'operazione di fusione o scissione (la società, poi fusa o scissa, costituita con un patrimonio composto esclusivamente o quasi dal bene vincolato, oppure la società beneficiaria, costituita in seguito all'operazione, alla quale venga assegnato il solo bene vincolato) potrebbe ritenersi in contrasto con la inequivocabile perfezione formale dei negozi corrispondenti, posti in essere con volontà diretta alla produzione degli effetti loro propri[516]: trattasi infatti di atti che, alla luce delle circostanze di fatto e al di là delle mere intenzioni dei soggetti, sono sicuramente reali, effettivamente voluti e pienamente efficaci[517].

[516] Sulla limitata applicabilità della disciplina della simulazione nel settore del diritto societario, cfr. M. CASELLA, *op. cit.*, p. 607, il quale rileva come la peculiare disciplina di alcuni negozi sia in grado di sottrarli alla disciplina della simulazione, sia quanto alla prova, sia quanto agli effetti dell'accordo simulatorio. Così avviene, ad esempio, «per il contratto di società, con particolare riferimento alle società di capitale, ma sempre più ampiamente anche per il contratto di società personali, per l'associazione in partecipazione, per le previste "società unipersonali" di capitale. […] La grande maggioranza degli studiosi e la prevalente giurisprudenza della Corte Suprema convengono sulla inammissibilità della simulazione delle società di capitale in virtù di più ordini concorrenti di argomentazioni tutti riconducibili alla determinante importanza della pubblicità legale e dei pubblici controlli a fronte dell'autonomia patrimoniale perfetta e della responsabilità limitata dei soci; l'esigenza di forme inderogabili *ad substantiam* […]; la conversione di ogni vizio di nullità del negozio costitutivo della società di capitale in causa di scioglimento (art. 2332 c.c.), con conseguente efficacia *ex nunc* e salvaguardia degli atti, dei negozi e degli effetti giuridici posti in essere prima dello scioglimento, mentre l'azione di simulazione, sia o meno qualificabile come azione di nullità, postula efficacia retroattiva, come ogni azione di accertamento». In proposito, cfr. anche G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, 5ª ed., p. 35 ss. e F. D'ALESSANDRO, *Contratto sociale simulato e «superamento» della personalità giuridica in una sentenza della Corte Suprema*, nota a Cass., 1° dicembre 1987, n. 8939, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1200 ss.

[517] In questi termini, seppur in relazione ad un'ipotesi diversa da quella trattata nel presente lavoro, D. MEMMO, *Società titolari di fondo rustico, vicende societarie e diritto di prelazione del conduttore*, nota a Cass., 7 novembre 1983, n. 6566 e Cass., 17 febbraio 1984, n. 1190, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1611 ss.

Va considerato comunque che la configurazione di un'operazione di fusione o scissione elusiva di disposizioni limitatrici della circolazione dei beni come simulazione relativa suscita dubbi di ordine dogmatico.

L'aspetto dell'operazione che permette di inquadrarla nell'ambito della simulazione relativa risiede nella volontà delle parti di porre in essere un certo strumento negoziale, perseguendo però lo scopo proprio di un negozio diverso.

Tale caratteristica, in realtà, è propria non solo della simulazione relativa, ma anche del c.d. "negozio indiretto", il quale, pur essendo «per più lati affine[518]» alla prima, si distingue dalla stessa poiché in esso «non sussiste vera e propria incompatibilità tra lo scopo perseguito e lo strumento adottato, onde neppure nasce la necessità di nascondere il vero scopo per evitare contraddizioni troppo evidenti»[519].

In particolare, il negozio simulato si caratterizza per «l'antitesi fra dichiarazione e controdichiarazione delle parti, fra la volontà che costoro ostentano ai terzi e la contraria o diversa volontà (contraria nella simulazione assoluta, diversa nella simulazione relativa) che essi esprimono nei loro interni rapporti», mentre nel negozio indiretto «la volontà dei contraenti non si dissocia in dichiarazione e controdichiarazione, ma si manifesta mediante un unico atto di volontà»[520]. «Tradizionalmente, la distinzione tra negozio simulato e negozio indiretto viene riposta nel fatto che il primo è un negozio solo apparente, ma in realtà non voluto dalle parti che non desiderano il prodursi di alcun effetto (simulazione assoluta), ovvero desiderano realizzare effetti diversi (simulazione relativa), laddove il secondo è un negozio effettivamente voluto dalle parti anche se in modo difforme dalla sua funzione tipica. Da ciò si

[518] T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi in onore di Vivante*, Roma, 1931, I, p. 23.
[519] A. AURICCHIO, *Negozio indiretto*, in *Nss. Dig. it.*, XI, Torino, 1957, p. 222.
[520] F. GALGANO, *Diritto privato*, XI ed., Padova, 2001, p. 303 s.

deduce che la difformità tra le due figure risiede nel carattere *fittizio* del negozio simulato contrapposto al carattere *effettivo* del negozio indiretto»[521].

Recentemente la Suprema Corte ha affrontato il problema chiarendo che il negozio indiretto si distingue dalla simulazione relativa perché mentre in quest'ultima le parti vogliono porre in essere un atto reale, nascondendolo sotto le diverse e fittizie apparenze di un atto diverso, palese ma meramente illusorio, e rivolto a nascondere l'atto vero, con il primo, invece, le parti, proponendosi di realizzare una particolare finalità, ricorrono alla combinazione di più atti, tutti veri e reali e non illusori, collegandoli insieme, in modo da giungere al fine ultimo propostosi per via indiretta ed attraverso il concorso e la reciproca reazione delle varie forme giuridiche collegate, tutte corrispondenti al vero e tutte conformi alla dichiarata volontà dei contraenti[522].

Nel caso in esame, come accade nell'ipotesi di negozio indiretto, le parti realizzano «immediatamente quello che costituisce [lo] scopo tipico», salvo «realizzare mediatamente [...] degli scopi ulteriori che sono quelli che nei motivi psicologici delle parti acquistano prevalenza»[523].

Dalle definizioni appena riportate, emerge come l'ipotesi trattata nel presente lavoro debba qualificarsi come negozio indiretto piuttosto che come negozio simulato, ciò che pare rendere poco ortodossa l'applicazione della disciplina della simulazione al caso di specie[524].

---

[521] M. DI PAOLO, *Negozio indiretto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 1995, p. 125. Sulla distinzione fra negozio simulato e negozio indiretto v. anche G. LA ROCCA, *A proposito di «società simulata», comunione e art. 2248 c.c.*, nota a Cass. 23 luglio 1998, n. 7209, in *Foro. it.*, 1999, I, c. 3018 ss.

[522] Cass., 6 aprile 2006, n. 8098, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1438.

[523] T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi in onore di Vivante*, Roma, 1931, I, p. 41.

[524] Può notarsi, oltretutto, che la stessa ipotesi della "società di comodo" (in cui un soggetto, proprietario di beni, al fine di sfuggire alle ragioni dei suoi creditori o del fisco, conferisce il

Ciò che in effetti pare doversi riconoscere anche nell'ipotesi di trasferimento di partecipazioni di società di mero godimento in luogo del trasferimento dei beni che ne compongono il patrimonio: anche in tal caso, «il profilo per il quale risulta non certo agevole l'applicazione della simulazione [n.d.r.: del contratto di società], risiede nel fatto che al momento della costituzione della società, il contratto associativo è sicuramente stato voluto dalle parti, le quali piuttosto che volere un altro contratto dissimulato, ne hanno voluto escludere gli effetti (cioè l'esercizio in comune di una attività economica al fine di dividerne gli utili, art. 2247, codice civile)»[525].

Sulla qualificazione del caso in esame come negozio indiretto si tornerà più avanti nel testo.

Per valutare l'applicabilità o meno della disciplina propria del contratto in frode alla legge e della simulazione all'ipotesi di fusione o scissione elusive di disposizioni vincolistiche, si è fatto ricorso ad esempi relativi al caso in cui la disposizione elusa sia quella contenuta nell'art. 8 della legge 590 del 1965, disciplinante la prelazione agraria.

Le conclusioni raggiunte non mutano, quando ci si riferisca alle altre disposizioni limitatrici della circolazione dei beni che sono state considerate in sede di analisi della casistica.

Non sembra difficile estendere alle normali ipotesi di prelazione legale quanto affermato, facendo riferimento alla prelazione agraria, circa l'inutilità pratica (al fine di soddisfare l'interesse dei soggetti

---

proprio patrimonio in una società di capitali, così da potersi avvantaggiare della autonomia patrimoniale perfetta di quest'ultima), vicina alle fattispecie considerate nel caso deciso dalla Suprema Corte di cui si è sopra parlato nel testo, è stata dalla dottrina qualificata come negozio indiretto (v. gli autori citati da M. DI PAOLO, *op. cit.*, p. 128, nt. 129), considerandosi impropria la valutazione della stessa in termini di simulazione operata dalla giurisprudenza (Cass., 1° dicembre 1987, n. 8939 cit.). Sulla definizione del negozio indiretto, v. anche C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1987, p. 458 ss. e, di recente ma in senso critico circa l'utilità della categoria, C. GRANELLI, *Il negozio giuridico indiretto?*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 393 ss.

[525] B. INZITARI, *Repressione dell'abuso della persona giuridica*, in *Le società*, 1988, p. 460 ss.

protetti dalle disposizioni vincolistiche) se non l'impossibilità giuridica di far ricorso alla disciplina prevista dall'art. 1344 c.c.

Peculiare è solo l'ipotesi della prelazione artistica, con riferimento alla quale l'art. 164 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, stabilisce, con norma residuale, che «Le alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalle disposizioni del Titolo I della Parte seconda [n.d.r.: comprendente anche la disciplina della prelazione], o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte, sono nulli».

Va però rilevato in proposito che trattasi di nullità particolare, che non sembra poter fondare l'affermazione della natura imperativa delle disposizioni in tema di prelazione artistica.

La stessa norma che tale nullità sancisce fa «salva la facoltà del Ministero di esercitare la prelazione ai sensi dell'articolo 61, comma 2».

Da ciò si è desunto che trattisi di semplice nullità relativa (l'azione intesa a pronunciare la quale può essere fatta valere soltanto dallo Stato), sul presupposto che essa costituisca una sanzione intesa a tutelare soltanto un interesse dello Stato[526], o, svalutando ancor di più la rilevanza della nullità in esame, che «non potendo le parti contrattuali agire per far dichiarare la nullità, il negozio produce effetti tra le parti ma non per lo Stato; in tal modo l'acquirente del bene, sulla base di una nullità che non avrebbe riflessi nei suoi confronti, ma soltanto nei confronti dello Stato, diviene regolarmente proprietario del bene acquisito»[527]; in senso massimamente restrittivo, si è ritenuto che tale nullità debba in realtà considerarsi una mera inopponibilità: «l'atto sarebbe sempre valido per le parti e produttivo di effetti, ma sarebbe inopponibile allo Stato, cioè privo di effetti nei suoi confronti. Sopravvenuta la

[526] Sul tema v. G. CASU, *Il nuovo Codice dei beni culturali: aspetti generali e problematiche,* in *Notariato*, 2005, 2, p. 203 ss.
[527] G. CASU, *op. loc. cit.*

denuncia, l'atto diventerebbe opponibile allo Stato, che peraltro potrebbe esercitare su di esso il diritto di prelazione», o anche che «l'atto sarebbe efficace fra le parti ed inefficace nei confronti dello Stato prima della denuncia ed inefficace invece *in toto* (anche fra le parti) dopo la denuncia»[528].

Per quanto riguarda le clausole statutarie di gradimento o che prevedono diritti di prelazione, la questione sembra ancora più complessa, e merita maggiore attenzione.

L'inapplicabilità della disciplina del contratto in frode alla legge, in questo caso, sembra doversi far derivare semplicemente dalla considerazione che le suddette clausole statutarie, eluse attraverso un'operazione di fusione o scissione, non sono certamente qualificabili come norme imperative: di tali clausole, infatti, neanche può parlarsi in termini di norme legislative, trattandosi di vincoli che sorgono per effetto dell'esercizio dell'autonomia privata[529].

Potrebbe però obiettarsi, in questo caso, la configurabilità di una elusione, per così dire, "indiretta" della disposizione prevista dall'art. 2355-*bis*, co. 1, c.c.[530], che si realizzerebbe attraverso la "diretta" elusione della clausola statutaria di gradimento o di prelazione: ove tale osservazione risultasse fondata, bisognerebbe quindi interrogarsi sulla natura imperativa o meno della norma in

[528] Le varie posizioni interpretative sono sintetizzate da G. CASU, *op. loc. cit.*

[529] Esclude la possibilità di qualificare come operazione "in frode alla legge" il conferimento in società di azioni che formano oggetto di prelazione statutaria, F. BONELLI, *La prelazione prevista in caso di "vendita" delle azioni non opera in caso di "conferimento" delle azioni*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 979, affermando che, in tal caso, «manca la violazione di una norma imperativa (potrebbe al massimo parlarsi di violazione o elusione di una clausola statutaria)».

[530] Ciò con riferimento alle clausole limitatrici della circolazione delle azioni contenute negli statuti delle società per azioni. Per quanto riguarda gli altri tipi societari, sembrano valere le medesime considerazioni che saranno sviluppate nel testo relativamente alle società per azioni; ovviamente, in tali casi, la norma di riferimento non sarà l'art. 2355-*bis*, co. 1, c.c., ma sarà la norma che disciplina la possibilità di limitare il trasferimento delle partecipazioni per lo specifico tipo sociale di volta in volta considerato.

questione, onde stabilire l'applicabilità della disciplina relativa al contratto in frode alla legge.

Per ipotizzare una elusione "indiretta" del precetto legislativo, si dovrebbe però arrivare a riconoscere che la formulazione della disposizione in esame sia tale da attribuire alle clausole limitatrici della circolazione delle partecipazioni sociali una particolare vincolatività, rispetto alle altre clausole statutarie; tale vincolatività dovrebbe farsi discendere direttamente dalla legge, la quale assegnerebbe alla fonte subordinata-statuto sociale soltanto il compito di stabilire se e quali limitazioni alla circolazione delle azioni prevedere.

Non sembra potersi accogliere tale conclusione, poiché essa porterebbe a risultati non condivisibili se applicata al caso di *diretta violazione* di una clausola statutaria limitatrice della circolazione delle partecipazioni sociali, quale si avrebbe, ad esempio, in caso di vendita delle partecipazioni soggette a prelazione statutaria ad un soggetto diverso dai titolari del diritto di prelazione. In tale ipotesi, infatti, dovrebbe ipotizzarsi una *violazione* (seppur *indiretta*) della disposizione legislativa in questione, e ciò è escluso dalla prevalente dottrina, la quale, a ragione, distingue la violazione degli atti di autonomia privata dalla violazione delle norme legislative che tali atti legittimano[531].

[531] Cfr., in proposito, N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 549 ss., ripreso da N. SQUILLACE, *La prelazione societaria*, nota a Cass., 12 gennaio 1989, n. 93, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 587, il quale esclude che la vendita di partecipazioni sociali, realizzata in contrasto con la clausola statutaria di prelazione, sia nulla, poiché «la nullità è una sanzione che può conseguire nei soli casi di contrarietà a norme di legge e, comunque, nei casi previsti dalla legge. Nel caso di specie, al contrario, ci si troverebbe di fronte ad una nullità derivante dal mancato rispetto di una regola posta da privati»; V. anche G. SANSONE, *La clausola di prelazione nella vendita di azioni*, in *Le società*, 1988, p. 689 ss. e F. MACCABRUNI, *Clausole statutarie e prelazione*, nota a Trib. Milano, 25 febbraio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 105. Secondo quest'ultimo Autore, il regolamento sociale non può certo assurgere a precetto di legge sulla sola base dell'autorizzazione delle norme (che, oltretutto, vengono espressamente qualificate come dispositive dall'Autore stesso) degli, all'epoca vigenti, artt. 2355 e 2479 c.c.; autorizzazione la quale «non è certo una abilitazione della legge ai privati di limitare la circolazione» (F. MACCABRUNI , *op. loc. cit.*, nt. 49; così, anche G. DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni*

Inoltre, anche volendo accettare la configurabilità, nelle ipotesi trattate, di una elusione "indiretta" di una disposizione legislativa, non sembra potersi attribuire a quest'ultima la natura imperativa che è presupposto di applicabilità della disciplina del contratto in frode alla legge. Tale natura è negata dalla più moderna dottrina[532], la quale, coerentemente con questa premessa, esclude che la violazione diretta (ad esempio attraverso la vendita di partecipazioni sociali) delle clausole statutarie in esame comporti la nullità del negozio traslativo delle partecipazioni stesse.

Va poi evidenziato che anche gli interpreti che affermano la nullità della cessione di partecipazioni sociali in violazione di clausole statutarie che ne limitano la circolazione, arrivano a tale conclusione senza argomentare affermando la violazione, in questi casi, delle disposizioni legislative che autorizzano la previsione delle suddette clausole statutarie e la natura imperativa di tali disposizioni[533].

---

azionarie, Milano, 1964, p. 216). «Diversi sono i casi dell'art. 2441, co. 3, c.c., che attribuisce agli azionisti che esercitano un diritto di opzione una prelazione sulle azioni rimaste inoptate e dell'art. 2477, co. 2, c.c., che riconosce in favore dei soci della s.r.l. un diritto di prelazione sulle quote del socio moroso messe in vendita dagli amministratori; in tali casi infatti non è dubbio che si tratta di un diritto introdotto dalla legge stessa a tutela di interessi da essa considerati particolarmente privilegiati» (F. MACCABRUNI, *op. loc. cit.*). Alle suddette ipotesi di prelazione legale gravante su partecipazioni sociali, N. SQUILLACE, *op. cit.*, p. 587, nt. 25, aggiunge «la norma dell'art. 2480, co. 3 e 4, c.c., dove, in caso di espropriazione della quota di s.r.l., se la stessa non è liberamente trasferibile, la legge riconosce alla società la possibilità di privare di effetto la vendita nel caso in cui la società presenti un altro acquirente che offra lo stesso prezzo offerto dal terzo». In dottrina, v. anche G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 144 ss. In giurisprudenza, esclude la nullità del trasferimento in violazione della clausola di prelazione, sulla base della considerazione che la nullità interviene solo in caso di violazione di norme di legge imperative, non anche di patti negoziali, Trib. Milano, 23 settembre 1991, in *Le società*, 1992, p. 357 ss.

[532] V. gli Autori citati alla nota precedente, in relazione all'analoga previsione di cui all'art. 2355, co. 1, c.c. vigente prima della riforma del 2003.

[533] La critica che viene rivolta a tale corrente interpretativa da parte della dottrina più moderna è, infatti, come si è visto, quella che fa leva sul principio per cui la nullità di un atto di autonomia privata non potrebbe che discendere dalla violazione di una norma imperativa o comunque da una norma di legge che espressamente prevedesse tale sanzione. In giurisprudenza, afferma la nullità in caso di violazione della prelazione statutaria Trib. Milano, 27 febbraio 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 565 ss. rilevando che la particolare cura prestata dai soci nel formulare statutariamente il

Rimangono poi valide, anche per le clausole statutarie che limitano la circolazione delle partecipazioni sociali, le osservazioni già esposte relative alla insufficienza della disciplina dettata dall'art. 1344 c.c. a soddisfare le esigenze di giustizia sostanziale che sorgono nel caso in cui tali clausole vengano eluse attraverso un'operazione di fusione o scissione.

Anche ove non si condividessero le argomentazioni che hanno portato ad escludere, in questo caso, l'esistenza di una elusione di norme imperative e, di conseguenza, si ritenesse di applicare alla fattispecie in esame la disciplina del contratto in frode alla legge, resta comunque ferma l'affermazione per cui la nullità *ex* artt. 1344 e 1418, co. 2, c.c. dell'operazione di fusione o scissione (negli stretti limiti in cui può essere dichiarata: art. 2504-*quater*, co. 1, c.c.) non sarebbe in grado di soddisfare l'interesse dei soggetti

---

diritto di prelazione è significativa della volontà degli stessi soci di «attribuire alla clausola relativa a tale diritto efficacia non meramente interna e limitata ai rapporti fra i soci, ma reale e tale quindi da incidere anche sui rapporti fra soci e terzi acquirenti», con la conseguente nullità della vendita attuata in contrasto con tale norma statutaria. Cass., 24 ottobre 1973, n. 2762, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 23 ss., afferma che «la clausola statutaria di prelazione opera in modo reale, creando un vero e proprio vincolo obiettivo di intrasferibilità che, se inosservato, produce la nullità del contratto stipulato in violazione di esso». Cass., 10 ottobre 1957, n. 3702, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1958, II, p. 14 ss., richiamata dalla sentenza appena citata, afferma che «le clausole di prelazione (le quali, una volta adempiute le formalità di legge relative alla pubblicità dello statuto e dell'atto costitutivo, devono presumersi norme ed opponibili a tutti), oltre ad essere indirizzate alla tutela del patrimonio sociale (com'è in particolare delle clausole c.d. di gradimento), consacrano altresì un vero e proprio diritto dei soci *uti singuli*. Con la conseguenza che, con l'interesse della società alla osservanza del patto di prelazione, concorre – ma in via autonoma – anche l'interesse dei singoli soci, i quali potranno, quindi, in virtù del diritto proprio di cui sono titolari, reagire alla violazione della clausola di prelazione deducendo la nullità del trasferimento dell'azione o della quota non solo nei confronti del socio inadempiente ma anche in quelli del terzo, acquirente, anche se manchi analoga reazione da parte della società». V. anche Cass., 21 ottobre 1973, n. 2763, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 23 ss., con nota di F. D'ALESSANDRO, *Obbligo di risarcire i danni a carico del terzo acquirente di quota sociale per mancato rispetto del patto di prelazione?*; Trib. Perugia, 8 marzo 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 308 ss.; Trib. Rimini, 12 aprile 1984, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2096 ss.; Trib. Catania, 28 febbraio 1991, in *Le società*, 1991, p. 1104 ss.; Trib. Genova, 15 giugno 1959, in *Foro it.*, 1960, I, 1, c. 1758 ss.; App. Cagliari, 7 febbraio 1970, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 479 ss.; Trib. Napoli, 2 maggio 1975, in *Dir. giur.*, 1978, p. 183, con nota di A. PISANI MASSAMORMILE, *Nullità della cessione di azioni in violazione di clausola di prelazione*; Trib. Milano, 25 febbraio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 93 ss., con nota di F. MACCABRUNI, *Clausole statutarie e prelazione*.

protetti dalle clausole statutarie che limitano la circolazione delle partecipazioni sociali.

Comportando la dichiarazione di nullità dell'atto di fusione o scissione il semplice accertamento dell'inesistenza di un trasferimento di tali partecipazioni sociali dalla società fusa o scissa alle società beneficiarie, può ipotizzarsi, anche in questo caso, una carenza di interesse ad agire da parte dei soggetti protetti dalle clausole statutarie in questione, con conseguente rigetto della domanda volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di nullità.

Non sembrano esservi impedimenti a considerare valide, per il caso di clausole statutarie limitatrici della circolazione delle partecipazioni sociali come per le altre ipotesi di disposizioni vincolistiche analizzate, le conclusioni raggiunte circa le difficoltà che si incontrano ove si ritenga di far riferimento alla disciplina della simulazione al fine di contrastare l'elusione, tramite fusione o scissione, di disposizioni vincolistiche.

7.2 - La tecnica della "frode alla legge" e il "superamento della persona giuridica" e come strumenti interpretativi utili per contrastare l'elusione, attraverso la fusione e la scissione, di disposizioni che limitano la circolazione dei beni.

Le sopra riferite difficoltà applicative della disciplina propria del contratto in frode alla legge e della simulazione alle vicende qui considerate evidenziano come i meccanismi propri del diritto societario comportino degli automatismi che a volte si scontrano con esigenze di giustizia sostanziale e di coerenza dell'ordinamento.

Il problema della possibile reazione dell'ordinamento all'elusione delle disposizioni limitatrici della circolazione dei beni, attuata attraverso un'operazione di fusione o scissione, può essere affrontato facendo riferimento ad una particolare ricostruzione del concetto giuridico di "frode alla legge" che, prospettata da autorevole dottrina[534], consente di soddisfare le esigenze di giustizia sostanziale e di coerenza formale del sistema frustrate dal comportamento elusivo delle società coinvolte nell'operazione.

Considerando che l'art. 1344 c.c. è norma non applicabile a tutti i casi di elusioni di norme che non possono ritenersi a stretto rigore imperative, tale dottrina ritiene che il caso disciplinato dalla disposizione in questione non escluda la presenza, nell'ordinamento, di altre ipotesi di frode alla legge diversamente disciplinate.

Si afferma, infatti, che «l'art. 1344 c.c. è una norma contenuta nella sezione II, capo II del Libro III c.c., in relazione alla "causa del contratto" e chiaramente disciplina una ipotesi di illiceità della causa e niente altro». Inoltre, «la frode alla legge, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 1344 c.c., col codice del 1942, era considerata un *principio generale* del sistema, principio già esistente nel sistema francese dal quale il vecchio codice del 1865 era derivato, ed esistente pure nel sistema italiano con applicazioni di

[534] U. MORELLO, *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 1995, p. 501 ss.

un certo rilievo [...]. D'altra parte un *principio generale* ha legittima cittadinanza nel nostro sistema in base all'art. 12 disp. prel. c.c. [...]. Di fatto la giurisprudenza ha applicato la tecnica della frode alla legge *fuori* del campo contrattuale in numerosi casi e senza necessariamente affermare l'illiceità di un contratto (specie ma non solo in diritto del lavoro e in diritto internazionale privato [...]). L'art. 1344 c.c. quindi ha efficacia solo *positiva*: in sostanza stabilisce che il *contratto in frode alla legge* deve addirittura considerarsi nullo (perché parificato ad un contratto con causa illecita) e niente di più. Si tratta di una regola che ha una sua giustificazione razionale perché *se* (e solo se), la norma elusa è imperativa, la sua applicazione al contratto in frode alla legge non può che rendere *nullo* il contratto stesso. Ciò non toglie peraltro che, al di fuori dei casi di *elusione* a norme imperative, noi possiamo considerare l'atto o il procedimento elusivo semplicemente inefficace, *applicando* quindi la norma elusa, senza bisogno di affermare la nullità degli atti, negozi o procedimenti solo perché vi sarebbe un *intento* elusivo delle parti da sanzionare: sufficiente sanzione [...] è infatti l'applicazione della norma elusa»[535].

Si aggiunge che, per attuare un simile procedimento interpretativo, «con riferimento alle operazioni compiute, occorrerà valutare se esiste un apprezzabile (ragionevole, legittimo) interesse delle parti, oppure se l'*unico* interesse (variante: il *prevalente* interesse) non può che essere l'aggiramento della norma elusa»[536], specificandosi che l'intento elusivo deve essere desunto da indizi oggettivi o da sintomi che dimostrino la carenza di un interesse legittimo.

Una tale impostazione consente di valutare la frode alla legge come una *tecnica* alternativa rispetto ad altre tecniche anch'esse idonee a reprimere le elusioni, garantendo la *trasparenza*

[535] U. MORELLO, *op. ult. cit.*, p. 505, nt. 16.
[536] U. MORELLO, *op. ult. cit.*, p. 504.

dell'attività dell'interprete, il quale, altrimenti, potrebbe essere portato ad utilizzare istituti che comportino conseguenze sproporzionate rispetto al comportamento elusivo, o comunque inidonei a salvaguardare gli interessi lesi da tale comportamento (cfr., ad esempio, l'applicazione dell'art. 1344 c.c. o della disciplina della simulazione). L'applicazione della norma elusa in conseguenza dell'inopponibilità alle vittime delle conseguenze della frode viene ritenuta una sanzione esattamente proporzionata al vizio del procedimento o dell'atto, considerandosi inopportuno colpire un atto più del necessario.

A fondamento della suesposta ricostruzione, vengono richiamate tecniche interpretative simili, diffuse in altri Paesi, come la concretizzazione della clausola generale della *buona fede* in Germania, o l'applicazione della formula *abus des droits* in Francia[537].

Quando il comportamento elusivo sia volto ad aggirare disposizioni di origine pattizia (come ad esempio clausole di uno statuto sociale che prevedano un diritto di prelazione) la tecnica interpretativa in esame conserva la propria validità: «in questi casi, il patto societario o contrattuale è considerato come una *norma* e può quindi essere eluso; e sarebbe legittimo considerare se gli accordi tra uno dei contraenti [...] e terzi corrispondano a effettivi interessi delle parti o siano stati posti in essere al solo scopo di eludere gli impegni presi»[538].

La tecnica della frode alla legge ora riferita, che consente la disapplicazione delle disposizioni che governano un determinato negozio giuridico al fine di applicare le disposizioni eluse, opera con le stesse modalità di altra tecnica interpretativa, quella del

[537] Si sottolinea, in particolare, come in Francia la frode alla legge esprima un *principio generale* del sistema, derivato dalla regola più generale *fraus omnia corrumpit* elaborata nell'*ancien droit* secondo le versioni di Bartolo e Cuiacio.

[538] U. MORELLO *op. ult. cit.*, p. 506.

"superamento della persona giuridica" su cui anche pare necessario intrattenersi ai fini del presente lavoro.

Deve infatti considerarsi che, nei casi qui considerati, l'elusione è consentita dalla circostanza che la fusione e la scissione – pur essendo istituti nei quali, come più volte detto, la posizione dei soci, effettivi titolari del patrimonio che forma oggetto dell'operazione, è valorizzata dallo stesso legislatore – operano mediante un meccanismo che formalmente ruota sulla sostituzione di un ente ad un altro nella titolarità dei beni che compongono il patrimonio.

Anche alla base della disciplina della fusione e della scissione, in relazione al profilo ora evidenziato, vi è che l'ordinamento, per consentire l'effettivo funzionamento dello strumento societario, è portato a riconoscere all'ente-società una soggettività giuridica – che nelle società di capitali assume i connotati della personalità giuridica – autonoma e distinta da quella dei singoli soci che tale ente compongono.

La disciplina dei fenomeni societari, presupponendo la soggettività giuridica delle società, spesso considera (o, comunque, così viene interpretata) tali enti come se fossero realtà esistenti "in natura", e non semplici strumenti giuridici per la soddisfazione degli interessi di persone fisiche[539].

[539] Per tutti v. T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, p. 233 ss. Sintetizza efficacemente la questione G. LA ROCCA, *A proposito di «società simulata», comunione e art. 2248 c.c.*, nota a Cass. 23 luglio 1998, n. 7209, in *Foro. it.*, 1999, I, c. 3018 ss., rilevando che «l'esercizio dell'attività economica viene incentivato dall'ordinamento attraverso un'ampia tutela a favore di quanti risultino creditori per effetto di tale attività, nonché a favore del mercato in genere. In tale prospettiva, per un verso sono state predisposte articolate architetture normative volte a ridurre quanto più possibile – in un crescendo di regole che va dalla società semplice alla società quotata, passando per gli enti del I libro – le asimmetrie informative circa la corretta gestione dell'attività e dei beni ad essa destinati; per latro verso, i creditori predetti sono stati privilegiati, rispetto ai creditori individuali dei partecipanti, nella soddisfazione dei loro crediti sui beni destinati all'attività in ragione dell'affidamento riposto sui beni stessi quando diedero credito al gruppo e all'iniziativa economica che esso si prefiggeva: questi spunti costituiscono il nucleo di fondo dei concetti di persona giuridica, di autonomia patrimoniale, di soggettività degli enti, la cui utilità residua ormai nel fatto di essere strumenti per l'imputazione di interessi, di atti, di discipline a gruppi di individui». Cfr. anche P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 226 ss. Ricorda R. RORDORF, *Cessione di quote sociali e divieto di concorrenza: il velo societario si fa più trasparente*, cit., c. 3116 ss., che «con specifico riguardo alle società di capitali, la Cassazione, evidentemente preoccupata di non mettere in crisi l'antica e sofisticata costruzione su cui si basa la nozione stessa di persona giuridica, ha

Da qui il frequente ricorso dei soggetti privati alla figura della persona giuridica per valersi della soggettività ad essa riconosciuta dall'ordinamento al fine di eludere la legge.

La persona giuridica si presenta come lo "schermo", dietro il quale le persone fisiche sono in grado di produrre determinate conseguenze giuridiche sottraendosi al regime loro proprio: si pensi al caso, che è quello affrontato nelle pronunce di legittimità citate nel paragrafo precedente, della costituzione di una società allo scopo di sottrarre i beni costituenti oggetto del patrimonio sociale alla disciplina generale, realizzando trasferimenti indiretti della titolarità dei beni medesimi mediante trasferimenti delle azioni o delle quote[540].

---

sempre manifestato grande cautela verso qualsiasi tentativo di andare oltre lo schermo corporativo che separa la società come tale dai singoli soci che ne costituiscono l'elemento personale. E ciò sia quando si tratti di far ricadere direttamente sui soci gli effetti di rapporti giuridici formalmente imputabili alla società, sia quando si prospetti una qualche forma di equiparazione tra diritto di partecipazione del socio alla società e diritto dominicale sui beni compresi nel patrimonio sociale».

[540] Per alcune ipotesi concrete di elusione della legge mediante ricorso ad una persona giuridica, cfr. R. RORDORF, *Cessione di quote sociali e divieto di concorrenza: il velo societario si fa più trasparente*, cit., c. 3116 ss.; D. CENNI, *Superamento dello schermo della personalità giuridica, collegamento contrattuale e dintorni*, in *Contr. e impr.*, 1998, 3, p. 1063 ss.; N. ZORZI, *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1062 ss. e già R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano, 1966, p. 25 ss. Tra le fattispecie analizzate dall'Autore da ultimo citato, particolare interesse suscita un caso in cui «si trattava di decidere se l'acquisto di tutte le quote di una società a responsabilità limitata con il quale l'acquirente perseguiva – come avviene per lo più in questi casi – non tanto l'acquisto dei diritti sociali, quanto l'acquisto del patrimonio della società, potesse giuridicamente considerarsi come l'acquisto del patrimonio della società» (p. 48). L'Autore sottolinea che i giudici tedeschi hanno ritenuto in questo caso che «il trasferimento a titolo oneroso della totalità delle quote sociali rappresenta solo la forma esteriore di un negozio attraverso il quale si intende trasferire all'acquirente, senza formale trapasso di proprietà, la piena disponibilità economica del patrimonio della società» (il riferimento è fatto ad una decisione del *Reichgericht*, *RG* 15 febbraio 1929, in *JW*, 1929, p. 1374 ss.). Quello ora evidenziato è un approccio ermeneutico che sembra chiaramente far riferimento al procedimento logico-interpretativo generalmente indicato come "superamento" o "riduzione della persona giuridica" (sul quale, si vedano i riferimenti già evidenziati *supra*, nel paragrafo dedicato all'esposizione della teoria "modificativa"), il quale, come si dirà, sembra in grado di soddisfare le esigenze di giustizia sostanziale e di coerenza dell'ordinamento che impongono di impedire l'elusione delle disposizioni che limitano la circolazione dei beni attraverso la fusione o la scissione. In relazione agli esempi ora analizzati di trasferimento delle azioni o quote di una società in luogo del trasferimento dei beni che ne compongono il patrimonio, spunti interessanti e collegamenti con la problematica della riduzione della personalità giuridica si

Che il trasferimento di partecipazioni sociali non coincida, dal punto di vista giuridico, con il trasferimento del patrimonio sociale è opinione diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza.

Si afferma, infatti, che «nel caso di compravendita di azioni o quote di società [...], l'oggetto immediato del contratto è rappresentato dalla quota di partecipazione nella società – quota intesa come insieme di diritti, poteri ed obblighi sia di natura patrimoniale sia di natura c.d. amministrativa nei quali si compendia lo *status* di socio – e non dai singoli beni facenti parte del patrimonio sociale; tali beni, pur rappresentando la partecipazione societaria una quota parte del patrimonio sociale, possono costituire solo l'oggetto "mediato" della cessione»[541]. Va osservato, in

---

ravvisano in App. Bologna, 4 settembre 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 986 ss., pronuncia nella quale si è sostenuto che «nel caso di vendita delle azioni da parte di un soggetto amministratore unico e socio quasi unico della società, la parte venditrice non deve essere identificata nella società, bensì nella persona del socio». In particolare, interessano le osservazioni del giudice di primo grado, riportate nella decisione e peraltro sostanzialmente respinte dalla Corte d'appello, secondo cui, «in realtà, come poteva desumersi dall'attribuzione quantitativa delle azioni, la società azionaria era una società di comodo e la T., in possesso della quasi totalità delle azioni, pur distinguendosi giuridicamente dalla società, appariva ai terzi di buona fede la persona che di fatto poteva disporre di tutti i beni sociali, per cui, mediante la compravendita del pacchetto azionario,», le parti «in realtà perseguirono l'intento di cedere e di acquistare rispettivamente il patrimonio sociale» (Trib. Rimini, 28 settembre – 11 ottobre 1978).

[541] Trib. Milano, 26 novembre 2001, in *Le società*, 2002, p. 568 ss., con il commento di D. PROVERBIO, *Spunti di riflessione in tema di compravendita di partecipazioni sociali*. Il giudice milanese, da quanto asserito, fa derivare la conseguenza che «il cessionario, ove le quote non abbiano le qualità promesse, per essere il patrimonio sociale – o i singoli beni da cui è composto – risultato diverso da quello rappresentato dal venditore al momento della stipulazione del contratto, non può far valere gli eventuali vizi o la mancanza delle qualità promesse con l'azione di risoluzione o di annullamento del contratto, salva l'ipotesi in cui le parti abbiano espressamente previsto garanzie in ordine alla consistenza patrimoniale della società ovvero si verta in materia di dolo, che rende annullabile il contratto in relazione ad ogni tipo di errore determinante il consenso; solo in tali ultimi casi sono esperibili le azioni di risoluzione per inadempimento dell'obbligazione di garanzia o di annullamento se il consenso è stato carpito con artifici e raggiri (cfr. Cass., 21 giugno 1996, n. 5773; Trib. Milano 12 dicembre 1991, in *Le società*, 1992, p. 822 ss.)». Trib. Catania, 30 aprile 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 681 ss., afferma che «il contratto di compravendita di azioni o quote di società di capitali ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e cioè quell'insieme di diritti ed obblighi afferenti allo *status* di socio, mentre la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta costituisce l'oggetto mediato che viene acquisito dall'acquirente quale mero effetto indiretto del contratto».

proposito, che appare riduttivo qualificare la partecipazione al capitale di una società semplicemente come titolo indiretto per l'esercizio di una sorta di comproprietà sul relativo patrimonio sociale[542]. Ciò innanzitutto poiché la partecipazione sociale «attribuisce al suo titolare un complesso unitario di diritti e poteri di natura amministrativa […], di natura patrimoniale […], ed anche a contenuto complesso amministrativo e patrimoniale»[543], e cioè, «in misura corrispondente alla quota di capitale posseduta, i diritti che, di volta in volta, si manifestano nel quotidiano svolgersi della vita sociale»[544]; con la conseguenza che nessun diritto sui sottostanti beni sociali deriva automaticamente dalla titolarità di partecipazioni sociali, incorporando queste ultime il complesso rapporto giuridico di partecipazione alla società, e non il diritto di proprietà su una frazione del patrimonio sociale. In particolare, in stretta connessione logica con quanto appena rilevato, l'impossibilità, in via di principio, di identificare la titolarità delle partecipazioni sociali con la titolarità del patrimonio della società deriva dal fatto che proprietaria immediata dei beni sociali è la società, per cui «la titolarità eventualmente vantata dai soci sui beni della società stessa è filtrata da quella direttamente spettante a quest'ultima, rappresentando detti beni un substrato meramente indiretto ed

[542] Così D. PROVERBIO, *Spunti di riflessione in tema di compravendita di partecipazioni sociali*, in *Le società*, 2002, p. 571 ss.

[543] G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1988, p. 191. U. CARNEVALI, *Garanzie per vizi dei beni sociali nella cessione di azioni*, in *Le società*, 1992, p. 822 ss., afferma che «le azioni […] rappresentano la partecipazione ad un capitale sociale ed incorporano diritti patrimoniali e diritti amministrativi componenti il c.d. *status socii*». S. GIULIANELLI, *Alienazione di partecipazioni societarie, autonomia patrimoniale della società e principi di correttezza e buona fede*, nota a Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 213 ss., rileva che «l'azione e la quota rappresentano un insieme di diritti (e di obblighi) tanto patrimoniali quanto amministrativi, nessuno dei quali coincide con la comproprietà del patrimonio sociale; né, d'altro canto, la partecipazione può essere ricondotta ad un diritto di credito avente ad oggetto la consegna o il trasferimento di parte di quel patrimonio: il sorgere di tale diritto in capo al socio si prospetta meramente eventuale e subordinato al verificarsi di condizioni ben precise (recesso o scioglimento della società)».

[544] D. PROVERBIO, *Garanzie per vizi dei beni sociali nella cessione di azioni* cit., p. 574.

economico delle partecipazioni sociali»[545]; esiste cioè un "velo", costituito dalla distinta soggettività giuridica della società rispetto a soci, che impedisce di individuare un potere dispositivo diretto sui beni sociali in capo all'acquirente di una partecipazione sociale[546].

Da quanto appena rilevato, discende che nella normalità delle ipotesi di trasferimento di partecipazioni sociali non può concludersi che il trasferimento abbia ad oggetto quote del patrimonio sociale: in tali casi, laddove ci si ponga nella prospettiva dell'acquirente delle partecipazioni, non sembra ipotizzabile che «un qualsiasi soggetto paghi un prezzo, quale che sia, per acquistare una porzione, non esattamente identificata, né identificabile e, quel che più conta, sottratta al suo potere dispositivo, di beni mobili, immobili, crediti, debiti, contratti, rapporti con la pubblica amministrazione, e quant'altro faccia capo alla società […]»[547].

Quanto sopra ha portato la giurisprudenza ad affermare che, poiché il trasferimento dell'intero pacchetto azionario non comporta il trasferimento dei beni facenti parte del patrimonio sociale neanche quando la società, avendo di fatto cessato di svolgere qualsivoglia attività di impresa, limiti la propria attività all'amministrazione di tali beni, da tale cessione non discende alcun diritto di prelazione in favore di conduttori di immobili urbani appartenenti alla società[548].

Diverse sembrano però le ipotesi in cui, dal contesto in cui si inserisce l'operazione di trasferimento delle azioni o quote, emerga chiaramente lo scopo perseguito dalle parti di trasferire il patrimonio sociale.

---

[545] D. PROVERBIO, *op. ult. cit.*, p. 573.

[546] S. EREDE, *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, p. 199 ss. sottolinea che «il possesso azionario non attribuisce al suo titolare alcun diritto o facoltà […] sul patrimonio della società» e che la compravendita di azioni, «non comportando per il compratore […] l'acquisizione di alcun diritto sul patrimonio […] non può, ovviamente, dare luogo nemmeno ad un potere su tale patrimonio che si manifesti in una attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale».

[547] D. PROVERBIO, *op. loc. ult. cit.*

[548] Cass., 23 luglio 1998, n. 7209, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3017.

Va infatti sottolineato che, pur rappresentando la partecipazione sociale soltanto lo *status socii*, essa costituisce comunque una posizione giuridica attiva con riferimento al patrimonio sociale, essendo lo strumento che garantisce, sia pure mediatamente, il "godimento" di tale patrimonio. In casi particolari di vendita delle partecipazioni rappresentanti l'intero capitale di una società titolare unicamente di un dato bene, oggetto di descrizione analitica nel contesto del contratto di compravendita azionaria, la giurisprudenza ha ritenuto di considerare il trasferimento della totalità delle azioni o quote sociali *come se* fosse il trasferimento dell'unico bene costituente il patrimonio sociale[549]. Di particolare rilievo, in proposito, è una pronuncia della Suprema Corte[550] in cui si afferma che, pur costituendo il patrimonio sociale soltanto «l'oggetto mediato» della vendita delle quote sociali, «allorché l'acquisto delle quote sia chiaramente finalizzato – secondo correttezza e buona fede – all'acquisizione, da parte del cessionario, non di un generico *status socii*, ma della disponibilità del patrimonio sociale, l'esecuzione del contratto secondo correttezza impone alla parte alienante una garanzia (anche implicita) circa l'esistenza e la funzionalità di quest'ultimo». Quando, come nel caso appena citato, l'equiparazione della vendita delle partecipazioni sociali al trasferimento del patrimonio sia volta ad affermare una responsabilità dell'alienante per inesatto adempimento nei confronti dell'acquirente, la normativa a cui fare riferimento può ben essere quella relativa ai doveri di correttezza e buona fede del contraente; e così, quando si debba far valere il divieto di concorrenza

[549] Cfr. Trib. Milano, 27 giugno 1988, in *Le società*, 1988, p. 1164 ss., il quale, dopo aver assimilato, nel caso di specie, la vendita di azioni ad una vendita di immobile, ha ricondotto tale operazione ad una "vendita a corpo" ed ha quindi respinto la domanda dell'attore di risoluzione del contratto, essendo la differenza tra la misura indicata nel contratto e la misura reale inferiore al ventesimo. V. anche Cass., 4 agosto 1941, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1942, II, p. 28 ss.

[550] Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 209 ss., con nota di S. GIULIANELLI, *Alienazione di partecipazioni societarie, autonomia patrimoniale della società e principi di correttezza e buona fede.*

dell'acquirente di azioni o quote rappresentative dell'intero capitale di una società, può utilmente farsi ricorso all'applicazione analogica dell'art. 2557 c.c., che stabilisce tale divieto nel caso di cessione d'azienda[551].

Un'apertura della giurisprudenza di legittimità verso il superamento dello "schermo" della persona giuridica, nel caso di cessione della totalità delle quote di una società, con riferimento all'applicabilità delle norme che regolano la vendita dei beni che tali quote rappresentano, si è invero avuta nel corso degli anni. L'applicabilità delle norme sulla vendita dei beni costituenti il patrimonio sociale alla cessione delle quote (o delle azioni) di una società di capitali è stata riconosciuta in più di un'occasione dalla Suprema Corte, in relazione ad ipotesi in cui venivano in

[551] Cfr. Cass., 24 luglio 2000, n. 9682, in *Guida al dir.*, 2000, n. 35, p. 17 ss., di cui si riporta la massima: «nell'ipotesi di cessione di quote di partecipazione societaria è ammessa l'astratta applicabilità dell'art. 2557 del codice civile relativo al divieto di concorrenza. L'applicabilità della suddetta norma è tuttavia subordinata a un'attenta indagine del giudice che accerti che la cessione di quote realizzi una vicenda analoga alla cessione d'azienda. È pertanto escluso il carattere eccezionale, derogativo del principio di libera concorrenza della suddetta norma». S. GIULIANELLI, *op. cit.*, p. 219, a commento di tale decisione, afferma che «il fatto che l'uso del meccanismo analogico presupponga una similitudine, e non un'identità, ribadisce la convinzione che la soggettività dell'ente collettivo esclude l'assunzione del suo patrimonio ad oggetto della vendita di partecipazioni; d'altra parte il divieto di concorrenza non rappresenta altro che uno dei valori dell'azienda, l'avviamento; ed ancora una volta la Corte sostiene la necessità, al fine di conoscere la *eadem ratio* che porterebbe all'applicazione analogica della disciplina della cessione d'azienda, di accertare "caso per caso" se le esigenze da questa tutelate ricorrono anche quando oggetto della cessione siano partecipazioni sociali. Ancora non emerge con chiarezza, tuttavia, qual è il perno che fa oscillare tra tutela ed assenza di tutela […]». R. CALVO, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita di titoli azionari*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 1115, ritiene comunque che interpretazioni come quelle adottate dalla giurisprudenza nelle pronunce ora esaminate sembrino in antitesi con i postulati da cui l'esegesi prende le mosse: «qualora si ritenga il venditore responsabile in caso di trasferimento di titoli emessi da una società i cui beni aziendali risultino in concreto inidonei a conseguire l'oggetto sociale tenuto in espressa considerazione dai contraenti», e così, dovrebbe aggiungersi, quando si stabilisca un'analogia fra trasferimento delle partecipazioni sociali e cessione dell'azienda al fine di applicare l'art. 2557 c.c., «viene per ciò stesso stravolta la nota regola di fondo la quale esclude che il patrimonio […] sia oggetto del contratto di cessione dei titoli azionari». Potrebbe quindi ritenersi che la giurisprudenza adotti implicitamente il "superamento della persona giuridica", di cui si parlerà *infra*, anche in queste ipotesi. Sullo specifico problema del rapporto fra la disposizione di cui all'art. 2557 c.c. e la scissione di società v. S. MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, cit., p. 1485 ss.

considerazione (non le caratteristiche della quota o delle azioni della società, ma) la consistenza e le qualità dei beni sociali[552].

Tale posizione interpretativa muove espressamente dal presupposto che le partecipazioni sociali costituiscono beni "di secondo grado", essendo rappresentative di diritti su beni che, pur essendo ricompresi nel patrimonio della società, sono, in una certa misura, oggetto di «appartenenza» da parte dei singoli soci.

Come recentemente affermato dalla Suprema Corte, «si è ormai chiarito, infatti, che le società, ancorché personificate, costituiscono centri di imputazione meramente transitori e strumentali, in quanto le situazioni giuridiche che ad esse vengono imputate sono destinate a tradursi in corrispondenti situazioni giuridiche facenti capo ai singoli membri, i quali finiscono quindi per esserne i titolari effettivi, sia pure «in una maniera specifica», che vale a distinguerle dalle altre che ad essi competono come individui (Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Società*, n. 559).

Sicché, pur dovendosi escludere che i beni sociali si trovino nella diretta disponibilità dei singoli soci, dal momento che la loro posizione è di tipo corporativo e può esplicarsi solo per il tramite della organizzazione interna della società, deve riconoscersi che la costituzione di una società di capitali non dà luogo alla creazione di nuovi beni, ma costituisce il presupposto per l'istituzione di un diverso regime di utilizzazione dei beni conferiti, senza tuttavia recidere ogni collegamento con i soggetti che hanno loro impresso quella destinazione, in quanto detti soggetti — proprio in virtù di tale atto — diventano membri di una collettività organizzata, acquistando una posizione giuridica che li abilita a partecipare alla gestione collettiva dei beni in questione (Cass. 12 dicembre 1995, n. 12733, *id.*, 1996, I, 2162).

[552] Cass. 28 marzo 1996, n. 2843, in *Foro it.*, 1996, I, 3382; Cass. 3 dicembre 1991, n. 12921, *id.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 268; Cass. 21 luglio 1979, n. 4382, id., Rep. 1979, voce cit., n. 68.

Appare quindi evidente che i beni ricompresi nel patrimonio sociale non possono essere considerati estranei all'oggetto del contratto di cessione delle quote o delle azioni di una società di capitali, specie quando queste ultime, come nel caso di specie, siano rappresentative dell'intero capitale sociale.

E ciò, non solo nell'ipotesi in cui le parti abbiano fatto esplicito riferimento, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, alla consistenza del patrimonio sociale o a particolari caratteristiche dei beni in esso ricompresi (Cass. 21 giugno 1996, n. 5773, *ibid.*, 3382; 18 dicembre 1999, n. 14287, *id.*, Rep. 2000, voce *Vendita*, n. 66), ma anche quando l'affidamento, da parte del cessionario, sulla ricorrenza di tali requisiti debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede (Cass. 2843/96, cit.)»[553].

Va comunque sottolineato che non sempre l'equiparazione della cessione di partecipazioni sociali al trasferimento del patrimonio trova specifici appigli normativi.

È questo, ad esempio, il caso, a cui si è accennato nel paragrafo precedente, del trasferimento delle azioni o quote di una società il cui patrimonio sia costituito esclusivamente da un bene oggetto di una disposizione vincolistica: se non esiste un rapporto contrattuale tra alienante e terzo protetto dalla disposizione vincolistica, appare fuori luogo il riferimento ai doveri di correttezza e buona fede del contraente; inoltre, l'applicazione analogica della disposizione vincolistica al trasferimento delle partecipazioni sociali (oltreché essere fuori luogo in ragione dell'assenza di un vuoto normativo) potrebbe essere esclusa dal carattere eccezionale della stessa,

[553] Cass., 20 febbraio 2004, n. 3370, in *Le società*, 2004, p. 969 ss., pronuncia di cui sottolinea la portata innovativa (nel superamento della distinzione fra oggetto immediato e oggetto mediato del contratto di cessione delle partecipazioni sociali) rispetto alle pronunce più risalenti M. MAUGERI, *Se la cessione di azioni implichi "trasferimento" dei beni facenti parte del patrimonio sociale*, in AA. VV., *Società di capitali. Casi e materiali*, II, a cura di A. Gambino, Torino, 2006, p. 74 ss.

rispetto al principio della libera disponibilità dei beni da parte del loro proprietario[554].

Il caso del trasferimento di partecipazioni sociali in luogo dei beni che esse rappresentano è evidentemente diverso da quello che direttamente interessa la presente trattazione, poiché in quest'ultimo il trasferimento ha ad oggetto cespiti facenti parte del patrimonio sociale e non solo le partecipazioni che quest'ultimo rappresentano; inoltre nel caso oggetto della presente trattazione il trasferimento non avviene mediante un contratto di compravendita, bensì attraverso un negozio di fusione o scissione.

Entrambi i problemi, però, sembrano presentare affinità in considerazione del fatto che in ciascuno dei due casi è la particolare disciplina propria degli enti societari (nel nostro caso, quella che struttura il trasferimento da fusione o da scissione in modo tale da rendere in linea di principio inoperanti i limiti alla circolazione dei beni; nel caso trattato nelle menzionate decisioni di legittimità, quella che consente di riferire la titolarità del patrimonio sociale all'ente piuttosto che ai soci, nonostante che questi ultimi del

[554] Le difficoltà che si incontrano nel contrastare, attraverso gli strumenti interpretativi tradizionali, l'elusione del diritto di prelazione previsto dall'art. 8 della legge n. 590 del 1965 avvenuta tramite il trasferimento di partecipazioni sociali in luogo del trasferimento del fondo rustico hanno indotto il legislatore a prevedere, nell'art. 4 dell'ormai decaduto d.l. 24 novembre 1992, n. 458, che «il conferimento di terreni agricoli in società, che non sia una società semplice costituita da coltivatori diretti o una società cooperativa agricola, e l'assegnazione di terreni agricoli per liquidazione di società dello stesso tipo sono soggetti al diritto di prelazione e al diritto di riscatto di cui alle leggi 26 maggio 1965, n. 590 e 14 agosto, 1971, n. 817 e successive modificazioni e integrazioni». Afferma in proposito R. CALVO, *op. cit.*, p. 1120, che «secondo questo modello le possibilità di abusi a danno degli aventi titolo alla prelazione agraria resterebbero circoscritte ai trasferimenti di partecipazioni di società proprietarie di fondi rustici acquistati mediante compravendita. In dette ipotesi, difatti, il legislatore del 1992 non ha riconosciuto la prelazione ed il riscatto giacché ciò avrebbe comportato una palese distorsione della *ratio* che sorregge gli istituti qui considerati, i quali verrebbero esercitati non più sul fondo in quanto tale, ma sui titoli o quote della società venditrice, così da attribuire al coltivatore diretto la qualità di socio anziché la proprietà del fondo». Il d. l. reiterato 23 gennaio 1993, n. 203, recependo l'emendamento della Commissione agricoltura della Camera dei deputati, ha soppresso il diritto di prelazione previsto dal citato art. 4. Sul tema v. P. VITUCCI, *Conferimento in società di fondo rustico e prelazione agraria*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gustavo Minervini*, III, Napoli, 1996, p. 742 s.

patrimonio possano disporre attraverso le partecipazioni che detengono nella società) che, quando interagisca con norme di diritto comune (in particolare, quelle che limitano la circolazione dei beni) può determinare effetti aberranti, in grado di minare la razionalità del sistema ove non vengano superati in via interpretativa.

Le ipotesi di elusione delle disposizioni che limitano la circolazione dei beni, realizzate mediante operazioni di fusione o scissione, ovvero attraverso il trasferimento delle partecipazioni sociali in luogo dei beni che compongono il patrimonio di una società, presentano in comune il dato per cui l'aggiramento delle disposizioni stesse si realizza sottraendo, mediante la peculiare disciplina di diritto societario, il trasferimento del bene al vincolo.

Nei casi in cui le circostanze concrete inducano a ritenere che il ricorso agli strumenti del diritto societario miri ad eludere la disciplina di diritto comune posta a tutela dei terzi, sembra possibile un'operazione interpretativa ispirata a criteri di equità, che superi la disciplina particolare del soggetto societario, per tornare alla disciplina generale dettata dalle norme di diritto comune, e cioè quelle che limitano la circolazione dei beni.

La tecnica interpretativa del "superamento" o "riduzione della personalità giuridica", come si è più volte accennato, propone la disapplicazione delle norme che tipicamente governano l'agire degli enti societari in modo da attuare, fin dove possibile, un superamento della apparenza da esse creata, quando ciò consenta di reprimere gli abusi che attraverso il loro utilizzo possono realizzare i soggetti fisici, membri della persona giuridica[555].

[555] Cfr. per tutti F. GALGANO, *Società per azioni e personalità giuridica*, in F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, nel *Trattato di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2006, p. 173: «reprimere l'abuso della personalità giuridica o, come si suol dire, superarne lo schermo equivale a disapplicare quelle norme ed a disconoscere, a chi ha commesso l'abuso, i diritti nascenti da esse».

Tale tecnica, pur essendo stata elaborata con specifico riferimento agli abusi perpetrati per mezzo dello sfruttamento di una particolare regola di diritto societario (quella che distingue la soggettività della società da quella dei soci) pare forse utilizzabile, quantomeno in ragione delle analoghe ricorrenti esigenze di coerenza dell'ordinamento, anche in casi – quale quello oggetto del presente lavoro – in cui l'elusione e consentita dallo sfruttamento di regole, diverse da quelle attinenti alla personalità giuridica, ma comunque proprie del diritto societario.

D'altronde, come nell'ipotesi considerata nel presente lavoro, anche nel caso di trasferimento di partecipazioni sociali di società di mero godimento in luogo del trasferimento di beni vincolati che ne costituiscono il patrimonio, come rileva autorevole dottrina, ricorre un vero e proprio «abuso della persona giuridica», che consiste nella utilizzazione distorta dello strumento giuridico società per azioni, e tale abuso «può essere individuato e represso disapplicando la disciplina utilizzata in frode alla legge (quella secondo cui il trasferimento ha riguardato le quote o le azioni della società), ed applicando al contrario la disciplina che, attraverso la frode, si voleva eludere (quella secondo cui il trasferimento ha riguardato il bene immobile) con conseguente applicazione della disciplina della prelazione legale e del riscatto»[556].

[556] B. INZITARI, *Repressione dell'abuso della persona giuridica*, in *Le società*, 1988, p. 460 ss., nel commentare Cass. 1 dicembre 1987, n. 8939 cit. V. anche R. AMBROSINI, *Sull'ammissibilità della simulazione nelle società di capitali*, in *Corr. giur.*, 1998, 6, p. 703 ss., che, sullo stesso tema, afferma: «in tale contesto, ciò che rileva […] è l'accertamento dell'utilizzo fraudolento dello strumento societario per fini lesivi dei diritti dei terzi; nel momento in cui il giudice ritiene ricorrere in concreto un simile intento doloso, procede quindi al "disvelamento" della persona giuridica. All'esito di tale operazione, la dissimulata comunione di godimento sottesa al vuoto simulacro di un'apparente gestione imprenditoriale dei beni, emerge quindi come unico dato reale cui rapportarsi nella valutazione giuridica della fattispecie; ciò che, legittimando l'applicazione diretta degli artt. 8 della legge 26 maggio 1965, n. 590 e 38 e 39 della legge 27 luglio 1978, n. 392, consente di sanzionare in modo soddisfacente ed in conformità ai principi il deprecato fenomeno dell'abuso della persona giuridica».

La tecnica interpretativa del superamento della persona giuridica (come quella della frode alla legge) è sicuramente un meccanismo ermeneutico che risponde a principi di equità ma che, d'altronde, non si sottrae alle perplessità che sempre accompagnano un interveto interpretativo caratterizzato da così ampi margini di autonomia[557].

Tali perplessità trovano certo ragionevoli argomenti nel caso in cui tecniche come quella in esame vengano usate a "fini ricostruttivi" di fattispecie giuridiche.

Si è visto che la stessa disciplina della fusione e della scissione descrive la società come strumento di attuazione dell'interesse dei soci il cui impiego non è del tutto condizionato dalle esigenze della persona giuridica: la normativa codicistica dà rilievo non tanto alla soggettività della società, quanto alla sua funzione strumentale che permette di imputare gli effetti dell'operazione ai soci, attraverso l'assegnazione agli stessi delle partecipazioni nelle società beneficiarie.

Epperò può obiettarsi – come pare fare specialmente la dottrina traslativista – che, quando l'attività interpretativa sia volta alla ricostruzione della natura giuridica di particolari fenomeni societari (quali, nel nostro caso, la fusione e la scissione), anche per stabilire l'applicabilità o meno ad essi, nella normalità dei casi, di specifiche disposizioni (come quelle che limitano la circolazione dei beni), pur giustificandosi un atteggiamento dell'interprete volto a far emergere gli aspetti "sostanziali" del fenomeno, legati al concreto assetto di interessi che esso presuppone, non sembra potersi ammettere un approccio che arrivi al *superamento* della persona giuridica. Questo perché l'attività interpretativa è rivolta, in tale caso, a stabilire il

[557] Evidenzia G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 253, la difficoltà di «sanzionare, sul terreno civilistico, l'uso distorto, o indiretto, dello schema negoziale della scissione in funzione di (mezzo di) trasferimento di singoli beni, strumentale all'elusione dei limiti onde sono gravate altre forme di trasferimento: è probabilmente la considerazione di questa difficoltà che ha indotto [...] taluni ordinamenti (quello tedesco: § 132 *UmwG*, quello portoghese: art. 128 *Código das sociedades comerciais*) a sancire l'applicabilità *tout court* alla scissione dei limiti o dei divieti di circolazione sanciti dal diritto comune».

significato ed il rapporto esistente tra norme che devono presumersi logiche e tra loro coerenti: è il dato normativo il punto di partenza dell'attività dell'interprete, e se questo dato si riferisce alle società intese come enti dotati di autonoma soggettività giuridica determinando così dei meccanismi che consentono di superare i principi di diritto comune, l'interprete non può non tenerne conto. Se in tale operazione ermeneutica si consentisse di trascurare il dato positivo, facendo ricorso al "superamento della personalità giuridica", si giustificherebbero le perplessità legate ad un interveto interpretativo caratterizzato da così ampi margini di autonomia a cui si è fatto prima cenno[558].

[558] Manifestano un atteggiamento critico nei confronti delle dottrine definite "negatrici dell'autonoma soggettività delle persone giuridiche", M. BASILE e A. FALZEA, *Persona giuridica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1990, p. 235 ss., i quali affermano che tale orientamento, «almeno nelle sue voci più rappresentative, è rivolto a criticare, non tanto una certa tecnica legislativa (di cui spesso non si disconosce la validità), quanto un certo concetto giuridico; quindi – ammesso che sia legittimo – tale orientamento non sembra che aiuti molto a fronteggiare la crisi della tecnica legislativa della personificazione. […] La maggior parte delle dottrine negatrici emerge prima dell'emanazione delle discipline vigenti, o è frutto di analisi giuridico-filosofiche più che di ricostruzioni dogmatiche del diritto positivo. In genere tali dottrine sono sollecitate dalle forzature delle teorie finzioniste e dalle esagerazioni delle teorie realiste. Le loro critiche si appuntano spesso verso la componente sostanziale del concetto, ma in ogni caso colpiscono quella formale, poiché mirano spesso a negare la sussistenza del cosiddetto substrato, vale a dire dell'ente investito della personalità – e sotto questo profilo mostrano molti punti di contatto con le teorie finzioniste – ma comunque escludono che sia l'ente ad essere soggettivato. Il loro inevitabile esito è infatti che, pure quando esiste una persona giuridica, i veri soggetti del diritto sono gli esseri umani che se ne avvalgono» (p. 250 s.). Le dottrine negatrici «muovono su piani di pensiero diversi da quello giuridico positivi – e restano perciò infruttuose su di esso – ovvero, quando vogliono collocarsi sul piano di pensiero del diritto positivo, non riescono ad evitare molte delle ingenuità proprie della critica tradizionale alla teoria della realtà delle persone giuridiche: teoria che, per taluni suoi eccessi e arbitri, di critiche appropriate ne ha meritato e ne merita. Senza nulla togliere all'importanza di alcune osservazioni e precisazioni, non sembra azzardato dire che con le dottrine negatrici la problematica delle persone giuridiche, almeno per il giurista positivo, non ha fatto grandi progressi» (p. 265). Di particolare interesse è l'affermazione che «l'odierna crisi della persona giuridica deriva non dall'errore di quanti la concepiscono come centro di interessi dotato di una propria soggettività, bensì da fattori di natura normativa» (p. 274). «Sono molti e complessi gli aspetti della normativa codificata che dovrebbero essere rivisti […], fermo il fatto che l'esigenza di combattere le deviazioni dai principi nulla toglie alla legittimità, in sede teorica e in sede positiva del riconoscimento della soggettività a centri di interessi impersonali» (p. 275). Un approccio critico verso le teorie "riduzionistiche" è manifestato anche da G. L. PELLIZZI, *La società persona*

Diverso, invece, sembra il caso, che è quello considerato in questa ultima parte del presente lavoro, in cui l'applicabilità delle norme peculiari del diritto societario ad una data fattispecie venga sfruttata dagli operatori economici per eludere l'operatività di disposizioni di diritto comune.

Una simile ipotesi, come si è detto, si caratterizza per il fatto che gli istituti di diritto societario, con i loro particolari effetti, vengono utilizzati per scopi diversi da quelli per i quali sono stati concepiti dal legislatore: gli obiettivi concretamente perseguiti, quindi, non giustificano il ricorso a tali istituti giuridici; gli stessi obiettivi, oltretutto, si presentano in sostanza contrari alla razionalità del sistema, perché sono legati all'intento elusivo di coloro che li perseguono.

Gli strumenti per colpire tale situazione aberrante vanno ricercati innanzitutto nel sistema delle norme positive. Una volta, però, accertato che l'ordinamento non prevede espressamente dei meccanismi per ripristinare gli equilibri violati dal comportamento elusivo – nel caso di specie si sono viste le difficoltà in ordine all'applicazione della normativa in tema di contratto in frode alla legge e di simulazione – sembra pienamente giustificabile un intervento interpretativo volto a permettere che le norme eluse prevalgano su quelle di diritto societario la cui applicazione ha consentito l'elusione delle prime[559]. Ciò al fine di operare quella

---

giuridica dove è realtà e dove è vuota formula (esperienze delle banche), in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 481 ss.

[559] Ricorda F. GALGANO, *Società per azioni e personalità giuridica*, in F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, nel *Trattato di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2006, p. 174, come i giudici di *common law* richiedano un «ragionevole motivo» perché si possa far ricorso al superamento della persona giuridica: «il superamento dello schermo della personalità giuridica è considerato – come deve essere considerato – quale rimedio estremo, al quale fare ricorso quando nessun altro rimedio è esperibile per reprimere l'abuso».

«riqualificazione della fattispecie» che sovente si suggerisce come rimedio in casi analoghi a quello in esame[560].

Tanto più che un simile procedimento ermeneutico, quando intervenga in una situazione come quella illustrata, appare forse legittimato dalle stesse regole positive sull'interpretazione delle leggi: esso, infatti, a ben guardare, non comporta altro che la valorizzazione di quella "intenzione del legislatore" che l'art. 12, co. 1, delle preleggi impone di tener conto nell'applicazione della legge.

Applicare le norme di diritto comune che limitano la circolazione dei beni – considerando il trasferimento realizzatosi attraverso la fusione o la scissione avvenuto per mezzo di un negozio riconducibile all'ambito di applicazione delle norme stesse – dopo aver disapplicato quelle norme di diritto societario che neutralizzano i vincoli al trasferimento dei beni nel caso di fusione e scissione, risponde, infatti, alla volontà insita nell'ordinamento (la "intenzione del legislatore", appunto, intesa come *ratio legis*) di circoscrivere l'applicabilità delle speciali disposizioni in tema di fusione e scissione ai soli casi in cui tali istituti siano impiegati per il perseguimento degli scopi per i quali furono concepiti; tale opzione interpretativa, inoltre, risponde all'esigenza di assicurare un'applicazione della legge che garantisca la coerenza dell'ordinamento (anch'essa riconducibile alla necessità di rispettare la "intenzione del legislatore"), impedendo ai privati di avvantaggiarsi della particolare disciplina della fusione e della scissione per scopi fraudolenti. A quest'ultima esigenza fa fronte l'applicazione delle disposizioni limitatrici della circolazione dei beni alla fattispecie traslativa concretamente realizzatasi, attraverso

[560] Cfr. G. LA ROCCA, *A proposito di «società simulata», comunione e art. 2248 c.c.*, nota a Cass. 23 luglio 1998, n. 7209, in *Foro. it.*, 1999, I, c. 3018 ss., con riferimento alla vendita di partecipazioni sociali di una società di comodo posta in essere al fine di eludere i vincoli alla circolazione dei beni costituenti il patrimonio sociale.

un ampliamento del loro ambito di operatività realizzato in via interpretativa.

Inoltre, l'estensione delle disposizioni vincolistiche al trasferimento effettuato per mezzo di fusione o scissione si spiega considerando che la disapplicazione della normativa peculiare di tali istituti fa venir meno quelle caratteristiche degli stessi che, se operanti, impedirebbero l'applicabilità della normativa vincolistica. La riconducibilità della fattispecie concreta alle norme limitatrici della circolazione dei beni sembrerebbe essere, quindi, la conseguenza automatica della dimostrata impossibilità, in punto di logica e di giustizia sostanziale, di applicare a tale fattispecie la disciplina propria della fusione e della scissione di società.

In realtà, gli interventi ermeneutici proposti non sono esenti da forzature alle regole che governano l'interpretazione delle leggi.

Si è visto, infatti, che la normale inapplicabilità delle disposizioni limitatrici della circolazione dei beni – almeno per quanto riguarda le disposizioni esaminate in sede di analisi della casistica – non dipende soltanto dalle particolari regole che governano l'operatività della fusione e della scissione.

Si è detto sopra come non paia determinante, al fine di valutare la possibilità di applicare disposizioni vincolistiche ad un trasferimento attuato per mezzo di fusione o di scissione, la circostanza che, mentre nei negozi traslativi presi in considerazione normalmente dalle norme vincolistiche (che presentano una struttura del sinallagma riconducibile a quella del contratto di compravendita) il corrispettivo dell'alienazione della proprietà spetta in via di principio all'alienante, nelle ipotesi di fusione e scissione la "controprestazione" (consistente nella assegnazione delle partecipazioni sociali) è diretta ai soci della società fusa o scissa, e non direttamente a quest'ultima.

Ciò, si è detto, non pare dirimente poiché la perfetta specularità o meno delle prestazioni contrapposte non sembra incidere sul

rapporto esistente fra interessi protetti dalla disciplina delle fusioni e delle scissioni e dalla disciplina dei limiti alla circolazione dei beni.

Anche ove dovesse non condividersi il superiore rilievo, la forzatura interpretativa che ne deriverebbe sarebbe – ritengo – comunque giustificabile.

Va infatti considerato che una certa dose di creatività dell'interprete è ineliminabile ogniqualvolta si faccia ricorso a strumenti ermeneutici come quelli suggeriti. Inoltre, dal punto di vista formale, si può evidenziare come, una volta ammessa l'irragionevolezza della produzione, nel caso concreto, degli effetti tipici della fusione e della scissione, la semplice disapplicazione della normativa propria dei nostri istituti, non seguita dalla estensione alla fattispecie concreta delle disposizioni vincolistiche, si risolverebbe nella creazione di un vuoto normativo, non risultando il caso concreto riconducibile ad alcuna specifica disciplina[561].

[561] Da un punto di vista sostanziale, poi, va sottolineato che il ricorso allo strumento della fusione o della scissione, è dovuto, nei casi in esame, esclusivamente alla volontà delle società coinvolte nell'operazione di evitare l'utilizzo di schemi negoziali riconducibili all'ambito di applicazione delle limitazioni alla circolazione del bene da trasferire. Ciò significa che, se le società non avessero potuto utilizzare la fusione o la scissione, sarebbero state costrette a trasferire il bene vincolato mediante un negozio diverso, soggetto alle disposizioni vincolistiche oppure a sua volta elusivo delle stesse. Esclusa la possibilità di ricorrere alla fusione o alla scissione, come a qualunque altro negozio elusivo, per effettuare detto trasferimento, e conseguentemente disapplicata, nel caso concreto, la peculiare disciplina del negozio impiegato ostativa all'operatività delle disposizioni vincolistiche, il trasferimento potrebbe considerarsi *come se* fosse avvenuto ricorrendo ad un negozio soggetto ai limiti alla circolazione dei beni che sono stati elusi. Le difficoltà che il superiore ragionamento incontra sono soprattutto nel fatto che esso sembra non tener conto della possibilità (tutt'altro che remota) che le società non siano disposte ad effettuare il trasferimento ove ad esso si debbano necessariamente applicare i limiti alla circolazione del bene da trasferire. Sembra, cioè, che la ricostruzione prospettata presupponga una volontà incondizionata di trasferire il bene, accompagnata dalla volontà di eludere le disposizioni vincolistiche, e neghi la possibilità che, in presenza di disposizioni vincolistiche comunque applicabili, le parti possano decidere di non dar luogo al suddetto trasferimento. In tal caso, infatti, sarebbe difficile considerare il negozio, che formalmente rimane un negozio di fusione o scissione, *come se* fosse un negozio soggetto ai vincoli elusi. Argomentando in questi termini, però, si arriverebbe a negare, insieme alla volontà di trasferire il bene anche in presenza del vincolo, anche la volontà, concretamente esercitata attraverso il negozio di fusione o scissione, di trasferire il bene cercando di evitare

Un'ulteriore questione da affrontare discende dal rilievo che le limitazioni alla circolazione dei beni che si sono analizzate descrivono sovente esse stesse il proprio ambito di applicazione escludendone la fusione e la scissione, in primo luogo imponendo la fungibilità del corrispettivo del bene trasferito.

Le suddette cause di inoperatività delle disposizioni vincolistiche, quindi, potrebbero non sembrare superabili attraverso la semplice disapplicazione della particolare disciplina della fusione e della scissione.

Può però in proposito farsi riferimento al seguente argomento: l'infungibilità della prestazione consistente nell'attribuzione delle partecipazioni nelle beneficiarie ai soci della società fusa o scissa deriva dalla idoneità delle sole partecipazioni – e dalla correlativa inidoneità di una somma di denaro che ne rappresenti il valore – a soddisfare *gli interessi che tipicamente si ricollegano* all'attuazione di una operazione di fusione o scissione[562].

In ragione di ciò, sembra incongruente negare l'applicabilità di disposizioni vincolistiche quando la fusione e la scissione siano attuate per il perseguimento di interessi *diversi* da quelli tipici (e,

---

l'applicazione del vincolo stesso. La conseguenza di un siffatto ragionamento sarebbe, infatti, che, data l'impossibilità di accettare come conseguenza del trasferimento l'inapplicabilità delle disposizioni vincolistiche, il negozio traslativo, effettivamente adottato, dovrebbe considerarsi come se non fosse mai stato posto in essere. Tale conclusione, a ben guardare, si fonderebbe sulla presunzione (non meno arbitraria di quella opposta, su cui sembra basarsi la ricostruzione qui accolta) di una volontà delle parti diretta a dar luogo al trasferimento soltanto a condizione dell'inapplicabilità allo stesso delle disposizioni vincolistiche. Inoltre, essa porterebbe a negare l'esistenza di un negozio traslativo che in realtà esiste, trattandolo, in sostanza, come se fosse un negozio nullo, senza però che la sua nullità sia accertata e dichiarata. Si arriverebbe, quindi, a forzature interpretative non meno gravi di quelle eventualmente individuabili nell'estensione alla fattispecie delle disposizioni vincolistiche, senza però ripristinare gli interessi lesi dal comportamento fraudolento delle società. Come si vede, non soltanto esigenze di giustizia, ma anche la necessità di coerenza formale del sistema guidano e legittimano l'adozione delle tecniche interpretative suggerite nella soluzione dei problemi qui considerati.

[562] V., *supra*, "Analogie e differenze intercorrenti fra il trasferimento di proprietà che avviene attraverso una alienazione (compravendita) e la circolazione dei beni che è effetto della fusione e della scissione. Gli impedimenti all'applicazione dei limiti alla circolazione dei beni che derivano dalle peculiarità della vicenda circolatoria propria della fusione e della scissione".

oltretutto, con intenti fraudolenti). Nei casi di elusione delle disposizioni vincolistiche, infatti, viene meno *in concreto* la rilevanza giuridica della infungibilità della prestazione proveniente dalla società beneficiaria, poiché l'interesse effettivamente perseguito dalle società partecipanti all'operazione, che è quello di trasferire un bene senza incorrere nell'applicazione dei limiti alla circolazione dello stesso, non appare collegato a quella specifica ragione di infungibilità della prestazione che impedisce l'applicazione delle disposizioni vincolistiche.

L'argomento ora proposto forse lascia spazio a qualche dubbio, dato che sembra legittimare la prevalenza dei *motivi* perseguiti dalle società partecipanti all'operazione sulla *causa* tipica del negozio di fusione o di scissione. A questa osservazione si può, però, obiettare che i motivi, come si è già ricordato, assumono rilevanza giuridica quando siano illeciti, comuni a entrambe le parti negoziali e determinanti nella scelta se porre in essere o meno il negozio (circostanze, queste, che sembrano ricorrere nell'ipotesi esaminata). Se ciò consente normalmente la dichiarazione di nullità del negozio stesso (artt. 1345 e 1418, co. 2, c.c.), quando, come nel nostro caso, la nullità non sia facilmente accertabile e sia facilmente sanabile[563], appare giustificata una valorizzazione dei suddetti motivi in sede interpretativa delle disposizioni da applicare alla fattispecie.

Va ricordato, poi che, se si qualifica il negozio di fusione o scissione volto esclusivamente a trasferire la proprietà di un bene altrimenti intrasferibile come "negozio indiretto"[564], un'operazione interpretativa finalizzata ad attribuire rilevanza allo scopo concretamente perseguito dalle parti negoziali potrebbe giustificarsi

[563] V., in proposito, il paragrafo precedente.

[564] Rileva come sia naturale il ricorso al negozio indiretto al fine di eludere una o più norme applicabili al modello contrattuale indirettamente realizzato, poiché «se così non fosse, la stessa stipulazione indiretta non avrebbe senso alcuno, non essendovi ragione di ricorrere ad uno strumento «trasversale», di regola più laborioso e insicuro, ove esista uno strumento giuridico che direttamente e linearmente consenta di conseguire lo scopo desiderato», E. GIRINO, *Il negozio indiretto applicato al contratto di* swap, in *Contratti*, 2000, p. 777 ss.

considerando un'incidenza di tale scopo sulla causa del negozio posto in essere[565]: ed infatti, «nel caso di negozio indiretto, che

[565] Afferma C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1987, p. 458, con riferimento al negozio indiretto, che «è discutibile […] l'asserita irrilevanza del fine ulteriore perseguito. In realtà, se si ha riguardo alla causa concreta del negozio è agevole accertare che il fine "ulteriore" incide su tale causa». Con riferimento all'ipotesi di trasferimento di partecipazioni sociali volto realizzare il trasferimento del patrimonio sociale, si è sostenuta la possibilità di «considerare il contratto di compravendita di titoli azionari un negozio indiretto, in cui l'oggetto diretto è la partecipazione azionaria, mentre la "quota di azienda sociale" sarebbe l'oggetto indiretto. Talché qualora le parti prendano immediatamente in considerazione come effetto diretto del negozio quello che formalmente appare l'oggetto mediato, allora anche questo oggetto indiretto del negozio diventa giuridicamente rilevante. […] Tuttavia la teoria del negozio indiretto ha avuto in materia scarso seguito: ad essa è stata opposta la tradizionale obiezione che il trasferimento dei beni sociali costituisce uno scopo irraggiungibile anche in via indiretta dato che il titolare del patrimonio sociale è la società e non il socio» (R. CALVO, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita di titoli azionari*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 1114, ed *ivi* l'indicazione della dottrina e della giurisprudenza in materia). Si afferma, in proposito, anche che «la categoria del negozio indiretto, che attiene all'individuazione della causa, non può essere riferita all'intenzione delle parti di concludere un contratto avente la medesima causa di quello esplicitato ma oggetto diverso» (S. GIULIANELLI, *Alienazione di partecipazioni societarie, autonomia patrimoniale della società e principi di correttezza e buona fede*, nota a Cass., 23 febbraio 2000, n. 2095, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 217). Qualifica come negozio indiretto l'operazione di trasferimento delle partecipazioni sociali al fine di trasferire un determinato bene, poiché le parti fanno ricorso ad uno strumento contrattuale diverso da quello che in realtà sarebbe stato più appropriato, D. PROVERBIO, *Spunti di riflessione in tema di compravendita di partecipazioni sociali*, nota a Trib. Milano, 26 novembre 2001, in *Le società*, 2002, p. 572, sostenendo che, in tale ipotesi, «come nei casi più tipici di negozio indiretto, infatti, lo scopo pratico delle parti (il trasferimento del bene) divergerebbe dallo schema contrattuale concretamente utilizzato (la cessione delle partecipazioni sociali)». Le obiezioni sollevate circa l'applicabilità della teoria del negozio indiretto in tale ipotesi, non dovrebbero valere nel caso che direttamente interessa la presente trattazione, dato che in esso oggetto del trasferimento non sono partecipazioni sociali rappresentative di un patrimonio, ma direttamente i beni che tale patrimonio compongono. Con particolare riferimento alla scissione elusiva delle regole di circolazione dei singoli beni e rapporti, suggerisce l'applicazione della teoria del negozio indiretto G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 217, secondo la quale «il trasferimento per via di scissione che non sia strumentale e funzionale ad un disegno di riorganizzazione dell'ente in vista di una ristrutturazione della sua attività, si risolverebbe in un abuso, o per lo meno in un uso improprio o addirittura fraudolento dell'istituto della scissione. In un caso siffatto, in applicazione della teoria del negozio indiretto, la reazione potrebbe essere, sul versante che ora ci occupa, quella dell'applicazione delle regole proprie del negozio che avrebbe dovuto essere attuato per realizzare le finalità effettivamente perseguite dalle parti, e non di quelle proprie del negozio che è stato posto in essere per raggiungere indirettamente gli scopi del primo: dunque l'applicazione delle regole che governano, eventualmente condizionandola a determinati, specifici requisiti di efficacia, la circolazione dei *singoli* beni e dei *singoli* rapporti». *Contra* rispetto al percorso suggerito nel testo (ma non necessariamente in guisa tale da contrastare con le conclusioni che si è ritenuto di trarre), adotta un approccio svalutativo della utilità della categoria del negozio indiretto, poiché «gli scopi

ricorre quando le parti utilizzino una fattispecie negoziale tipica, e la pongano effettivamente in essere, ma per conseguire, oltre agli scopi ad essa propri, anche ulteriori scopi propri di un diverso negozio tipico, trovano applicazione le norme del negozio impiegato, per quanto riguarda struttura, forma ed elementi costitutivi, mentre le norme di quel diverso negozio sono operanti nella parte in cui si limitino a regolarne il risultato, indipendentemente dallo strumento adoperato per il suo raggiungimento»[566].

Le conseguenze pratiche della ricostruzione proposta sono facilmente intuibili: considerando applicabili al trasferimento patrimoniale le disposizioni vincolistiche eluse, saranno attuabili i rimedi che esse prevedono per la soddisfazione dell'interesse del terzo leso dal comportamento fraudolento delle società. Per quanto concerne, ad esempio, le disposizioni di legge che prevedono un diritto di prelazione del terzo sul bene trasferito, sarà esercitabile il c.d. diritto di retratto, con la conseguente possibilità per il terzo di riscattare il bene presso la società beneficiaria del trasferimento.

---

ulteriori o indiretti, i motivi del negozio o non acquistano rilevanza giuridica, e allora, evidentemente, non possono servire a determinare una nuova figura di negozio, o l'acquistano e con ciò stesso inevitabilmente si mutano in causa, trasformando il negozio, che non può pertanto considerarsi semplicemente indiretto, nel senso che a questa qualificazione si vuol dare», F. SANTORO PASSARELLI, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, in *Foro it.*, 1931, I, c. 177; in analoga prospettiva v. anche C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e dell'ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 363 e G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, p. 30 ss.

[566] Cass., 21 dicembre 1984, n. 6650, in *Foro it. Mass.*, 1984. V. anche E. GIRINO, *Il negozio indiretto applicato al contratto di* swap, in *Contratti*, 2000, p. 777 ss., il quale rileva che «la sanzione che l'ordinamento giuridico commina al negozio indiretto non è necessariamente l'invalidazione. Occorre quivi distinguere fra i negozi indiretti aventi quale unico fine l'elusione di norme imperative che vietino il conseguimento di un certo risultato (coincidente con quello effettivamente voluto dalle parti) e i negozi che, viceversa, realizzino lo stesso effetto di un negozio diretto, la cui disciplina di riferimento venga, per tale via, disapplicata. Nel primo caso, si è in presenza di un negozio in frode alla legge che, ai sensi dell'art. 1344 Codice civile, produce l'illiceità della causa e con essa la nullità del contratto. Nel secondo caso, l'ordinamento reagisce non già con la sanzione di nullità, bensì con la riqualificazione del negozio: ossia, l'interprete (il giudice) ricostruisce l'effettiva volontà delle parti ed applica al negozio indiretto la disciplina del negozio tipico indirettamente realizzato».

Rimane da affrontare la questione relativa alle modalità concrete di realizzazione dell'interesse del terzo: in particolare, con riferimento all'esercizio da parte dello stesso del diritto di retratto sul bene trasferito, si pone il problema di stabilire quale sia la prestazione che questi dovrà effettuare a favore della società beneficiaria del trasferimento per riscattare il bene in questione.

La soluzione di tale problema, si noti, comporta il definitivo superamento del limite alla applicazione delle disposizioni vincolistiche alla fusione e alla scissione derivante dalla necessaria fungibilità del corrispettivo del bene trasferito, imposta da numerose norme.

Come si è visto, nell'operazione di fusione o scissione elusiva di disposizioni vincolistiche il bene viene trasferito senza che esista un *prezzo* di riferimento, per cui la prestazione del prelazionario va quantificata in altro modo.

Si è detto che nei casi di elusione delle disposizioni vincolistiche, può ritenersi insussistente *in concreto* la rilevanza giuridica della infungibilità della prestazione proveniente dalla società beneficiaria, non essendo l'interesse effettivamente perseguito dalle società partecipanti all'operazione collegato a quella specifica ragione di infungibilità della prestazione che impedisce l'applicazione delle disposizioni vincolistiche.

Sembra però difficile far discendere da ciò la possibilità di quantificare la prestazione dovuta dal prelazionario con riferimento al valore delle partecipazioni sociali attribuite ai soci della società fusa o scissa, poiché tale valore, oltre a poter essere in concreto non immediatamente determinabile, ricomprende in sé non soltanto il valore di scambio del bene trasferito, ma anche il valore rappresentato dalle potenzialità offerte dalle partecipazioni sociali al loro titolare.

Allo stesso modo, non appare risolutivo far riferimento alla valutazione che viene fatta del bene in questione nel bilancio di

fusione, poiché essa considera il bene stesso non in una prospettiva di scambio, bensì in relazione al suo impiego nell'attività sociale[567].

E così, non sembra ammissibile la determinazione del prezzo considerando il valore di stima del bene trasferito alla società beneficiaria risultante dalla relazione *ex* art. 2343 c.c. Ciò in primo luogo perché la necessità di tale stima, nel caso di fusione e scissione, è negata dalla prevalente dottrina sulla base dell'impossibilità di equiparare la vicenda che riguarda il patrimonio nelle operazioni societarie in esame ad un conferimento in senso tecnico[568]. Inoltre, e soprattutto, perché «la stima ai sensi dell'art. 2343 non ha la finalità di determinare un prezzo (quasi in forma arbitratoriale) dei beni conferiti, bensì la diversa funzione di assicurare (a tutela dei soci e dei terzi creditori) la copertura del capitale, e quindi che non siano emesse azioni sotto la pari: tant'è che è comune la considerazione che l'eventuale revisione della stima da parte degli amministratori è produttiva di conseguenze solo se il bene conferito risulta sovrastimato, non nel caso opposto di sottostima»[569].

In alcuni casi, è la stessa disciplina della particolare ipotesi di prelazione ad offrire gli strumenti utili per la determinazione del prezzo dovuto dal riscattante: l'art. 60 del vigente Codice dei beni culturali si stabilisce che, ove la cessione del bene sia prevista senza

---

[567] Si è già rilevato, *supra*, che, a norma degli artt. 2501-*quater*, co. 1, e 2506-*ter*, co. 1, c.c., la situazione patrimoniale delle società partecipanti all'operazione, redatta dagli amministratori delle stesse, viene predisposta «con l'osservanza delle norme sul bilancio di esercizio». Diversi sembrano dover essere i criteri che presiedono alla stesura della relazione degli amministratori e degli esperti, la quale, essendo volta ad assicurare ai soci le informazioni sulla congruità del rapporto di cambio, sembra dover tener presente il valore effettivo del patrimonio della società, anziché quello prudenziale del bilancio di esercizio. Potrebbe quindi riflettersi sulla utilità di tale documento al fine di stabilire l'ammontare della prestazione dovuta dal prelazionario per l'esercizio del diritto di riscatto.

[568] V., in proposito, *supra*, "Inesistenza di un conferimento in senso tecnico *ex* art. 2342 ss. c.c. nelle operazioni di fusione e scissione", ed *ivi* i necessari riferimenti bibliografici.

[569] G. TANTINI, *Inapplicabilità*, cit., p. 495. Conforme F. BONELLI, *La prelazione prevista in caso di "vendita" delle azioni non opera in caso di "conferimento" delle azioni*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 981.

corrispettivo in denaro, il valore economico del bene è determinato d'ufficio dal soggetto pubblico che esercita la prelazione; nel caso in cui l'alienante non ritenga di accettare tale determinazione del valore del bene, questo è stabilito da un terzo, designato concordemente dall'alienante e dal soggetto che procede alla prelazione. Se le parti non si accordano per la nomina del terzo, ovvero per la sua sostituzione qualora il terzo nominato non voglia o non possa accettare l'incarico, la nomina è effettuata, su richiesta di una delle parti, dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto[570].

Per quanto riguarda la prelazione statutaria, il problema può porsi ove si ritenga che l'efficacia della clausola di prelazione sia tale per cui «il trasferimento che sia stato fatto in violazione del diritto di prelazione non ha effetto nei confronti della società e degli altri soci, i quali hanno pertanto il diritto di rendersi essi stessi acquirenti delle azioni in sostituzione di colui che le abbia acquistate in violazione del loro diritto»[571].

La clausola dello statuto della società che prevede tale limite alla circolazione delle partecipazioni sociali potrebbe prevedere dei meccanismi oggettivi di determinazione del prezzo svincolati

[570] L'art. 31 della previgente legge n. 1089 del 1939 già prevedeva (similmente all'attuale comma 2 dell'art. 60 del Codice dei beni culturali) che, ove la prelazione riguardasse una cosa venduta insieme ad altre per un unico corrispettivo, la liquidazione del prezzo fosse determinata d'ufficio dal Ministro dei Beni Culturali, attraverso un'operazione tecnica di stima, al fine di individuare il corrispettivo del bene oggetto della prelazione. La predetta liquidazione poteva non essere accettata dal proprietario, perché considerata iniqua o illegittima: in tale caso il prezzo veniva determinato da una commissione di tre membri, di cui uno nominato dal Ministro, l'altro dal proprietario e il terzo dal presidente del tribunale. Si riteneva (A. CARACCIOLO LA GROTTERIA, *I trasferimenti onerosi dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, Milano, 1998, p. 40 ss.) che tale meccanismo potesse applicarsi anche per determinare la prestazione dovuta dallo Stato nell'esercizio della prelazione, quando il bene fosse trasferito attraverso un *negotium mixtum cum donatione*, ipotesi in cui, come nel caso in esame, la prestazione del terzo acquirente del bene non può essere utilmente presa in considerazione per determinare la prestazione dovuta dallo Stato per esercitare il retratto. In considerazione di ciò, la normativa ora descritta poteva costituire un valido riferimento per risolvere il problema dell'individuazione del prezzo dovuto dallo Stato che faccia valere il proprio diritto di prelazione

[571] G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 12ª ed., Milano, 2006, p. 298.

dall'offerta del terzo: in tale caso, l'acquisto delle azioni o quote da parte del prelazionario dovrà avvenire al prezzo e alle condizioni prefissate dalla clausola stessa[572].

Nel caso di prelazione statutaria per la quale la relativa clausola non preveda un particolare procedimento di determinazione del prezzo dovuto dal prelazionario, come nei casi di prelazione legale per i quali la disciplina legislativa non contempli ipotesi in cui la prestazione del terzo acquirente del bene sia infungibile, il problema della determinazione del prezzo dovuto dal prelazionario può risolversi facendo riferimento al dettato dell'art. 1474, co. 3, c.c. Nell'ipotesi in esame, quindi, l'acquisto del bene da parte del prelazionario può avvenire corrispondendo al terzo un prezzo determinabile secondo i principi generali. Va notato, infatti, che «se è vero che il prezzo è elemento essenziale del contratto di compravendita, è anche vero che dalla disciplina della vendita emerge chiaramente che la mancanza di determinazione espressa del prezzo non comporta nullità del contratto quando lo stesso è determinabile secondo criteri oggettivi»; perciò, «in caso di mancato accordo sul prezzo di esercizio della prelazione, troverà applicazione l'art. 1474, co. 3, c.c.: il prezzo sarà cioè determinato da un terzo arbitratore nominato di comune accordo o dal presidente del tribunale, su istanza di una delle parti»[573].

---

[572] Così G. F. CAMPOBASSO, *Prelazione societaria e trasferimento a titolo gratuito di quote di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 23, con riferimento alla prelazione esercitata in caso di donazione delle partecipazioni sociali, ipotesi che ha in comune con quella ora esaminata la circostanza per cui non esiste una prestazione del terzo acquirente a cui fare riferimento per determinare il prezzo dovuto dal prelazionario per l'acquisto del bene (in questo caso, le partecipazioni sociali). Cfr. anche C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2-1, Torino, 1991, p. 198. Nello stesso ordine di idee, V. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1990, p. 189 ss., il quale afferma che anche nel caso di permuta (ipotesi in cui la prestazione dell'acquirente delle partecipazioni sociali, in quanto infungibile non può essere presa in considerazione per determinare il prezzo dovuto dal prelazionario) «nessuna discussione è possibile se lo statuto prevede un meccanismo particolare di determinazione del prezzo di esercizio della prelazione».

[573] G. F. CAMPOBASSO, *op. ult. cit.*, p. 27 s., relativamente all'ipotesi di esercizio della prelazione statutaria in caso di donazione delle partecipazioni sociali.

INDICE DELLE OPERE CITATE

AA. VV., *Prelazione e retratto*, a cura di G. Benedetti e L. V. Moscarini, Milano, 1988.

AA. VV., *Le scissioni di società*, in *Giornate di studio, Milano 5 ottobre 1991*, Milano, 1991.

AA. VV., *La prelazione volontaria*, in *Il diritto privato oggi*, serie a cura di Paolo Cendon, Milano, 1993.

AA. VV., *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, a cura di Abate, Dimundo, Lambertini, Panzani e Patti, Milano, 2003.

AA. VV., *Diritto commerciale*, 4 [a] ed., Bologna, 2004.

AA.VV., *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004.

AA. VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, 2[a] ed., Milano, 2005.

AA. VV., *Temi del nuovo diritto societario*, a cura di G. Palmieri, Napoli, 2005.

AA. VV., *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, a cura di Ambrosini, II, Torino, 2005.

AA. VV., *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007.

R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 51 ss.

T. ALIBRANDI - P. FERRI, *I beni culturali ed ambientali*, Milano, 1955.

R. AMBROSINI, *Sull'ammissibilità della simulazione nelle società di capitali*, in *Corr. giur.*, 1998, 6, p. 703 ss.

M. AMMENDOLA, *La responsabilità per i debiti della società scissa*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 501 ss.

C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975.

C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2-1, Torino, 1991.

C. ANGELICI, *La nullità della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 267.

C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Vol. 1, Torino, 2006, p. 5 ss.

C. ANGELICI, *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007.

T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi in onore di Vivante*, Roma, 1931, I, p. 23 ss.

T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale: società commerciali*[2], Roma, 1933.

T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e di personalità*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 129 ss.

T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, p. 237 ss.

T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1960, p. 64 ss.

A. AURICCHIO, *Negozio indiretto*, in *Nss. Dig. it.*, XI, Torino, 1957, p. 220 ss.

P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996

M. BASILE e **A. FALZEA**, *Persona giuridica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1990, p. 235 ss.

M. BASTIANELLI e **L. MANCINELLI**, *La scissione di società. Forme, tecniche, finalità*, Ancona, 1992.

G. BAVETTA, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 350 ss.

E. BELLEZZA e **M. GUBITOSI**, *La nuova disciplina del diritto societario*, Piacenza, 2003.

U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 521 ss.

G. BENEDETTI, *Prelazione e riscatto nell'alienazione dei fondi rustici*, in *Riv. not.*, 1974, p. 893 ss.

G. BERTOLOTTI, *Responsabilità dei soci, tutela dei creditori e limiti di operatività nella fusione eterogenea*, nota alla sentenza C. Cost. 20 febbraio 1995, n. 47, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 311 ss.

J. P. BERTREL et **M. JEANTIN**, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, 12e ed., Paris, 1991, nr. 934-938, s. 397 s.

E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 2ª ed., 1950, p. 26 ss.

C. M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985.

C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1987.

C. M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002.

L. BIANCHI, *"Apport partiel d'actif" e tutela dei creditori*, commento ad App. Parigi 24 giugno 1998, in *Le società*, 1999, p. 502 ss.

L. A. BIANCHI, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Milano, 2002.

B. BIONDI, *Osservazioni circa la natura giuridica della quota di società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1957, I, p. 543 ss.

E. BOCCHINI, *Il problema della tassatività delle cause di nullità nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 183 ss.

F. BONELLI, *Clausole di prelazione: modelli per evitarne l'aggiramento*, in F. Bonelli e P. G. Jaeger, *Sindacati di voto e Sindacati di blocco*, Milano, 1993, p. 268 ss.

F. BONELLI, *La prelazione prevista in caso di "vendita" delle azioni non opera in caso di "conferimento" delle azioni*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 975 ss.

G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984

A. BORGIOLI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977.

A. BORGIOLI, *Le clausole di gradimento nella legge n. 281 del 1985*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 35 ss.

V. BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003.

M. BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 961 ss.

L. BUTTARO, *Considerazioni sulla riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 570 ss.

L. BUTTARO, *Scissione e scorporo*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, Padova, 1997, p. 1403 ss.

G. CABRAS, *L'attuazione della terza direttiva CEE e le fusioni eterogenee*, in *RDI*, 1991, p. 461 ss.

G. CABRAS, *La scissione delle società*, in *Foro it.*, 1992, V, c. 272 ss.

G. CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7, Torino, 1997.

G. CABRAS, *Erogazione di utili e causa societaria*, nota a Cass., 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Le società*, 2001, p. 675 ss.

O. CAGNASSO, *sub* art. 2501 c.c., in *Il nuovo diritto societario*. Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Vol. ***, Bologna, 2004, p. 2309 ss.

O. CAGNASSO, *sub* artt. 2504 – 2504-*quater* c.c., in *Il nuovo diritto societario*. Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Vol. ***, Bologna, 2004, p. 2341 ss.

O. CAGNASSO, *sub* art. 2506 c.c., in *Il nuovo diritto societario*. Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Vol. ***, Bologna, 2004, p. 2355 ss.

O. CAGNASSO e **M. IRRERA**, *Società di capitali*^{2} *(artt. 2458-2510 c.c.)*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1990, p. 378 ss.

D. CALABRESE, *Ancora su permuta e prelazione agraria*, nota a Cass., 19 febbraio 1985, n. 1455, in *Giur. agr. it.*, 1985, II, p. 285 ss.

S. CALÌ, *Questioni in tema di scissione*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2000.

R. CALVO, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita di titoli azionari*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 1063 ss.

F. CAMILLETTI, *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina delle fusioni e sul c.d. merger leveraged buy out*, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 145 ss.

G. F. CAMPOBASSO, *La recente disciplina in materia di fusione e di scissione di società: profili civilistici*, in *Dir. lav*., 1992, I, p. 376 ss.

G. F. CAMPOBASSO, *Comunione coniugale e partecipazioni in società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 458 ss.

G. F. CAMPOBASSO, *Prelazione societaria e trasferimento a titolo gratuito di quote di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 17 ss.

G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, IV ed., Torino, 1999, p. 589 ss.

G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2003.

E. CAPIZZANO, *Conferimento di fondi rustici in società di capitali e principio di riconduzione: una nuova problematica e le sue implicazioni*, in *Giur. agr. it.*, 1984, I, p. 331 ss.

V. CAPPUCCILLI, *La direttiva CEE in materia di scissione di società*, in *Foro it.*, 1987, IV, c. 262 ss.

A. CARACCIOLO LA GROTTERIA, *I trasferimenti onerosi dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, Milano, 1998

M. CARATOZZOLO, *Fusione, scissione e principio di continuità dei bilanci*, in *Le Società*, 2000, p. 1296 ss.

M. CARATOZZOLO, *I criteri di formazione del primo bilancio successivo alle fusioni e scissioni*, in *Le società*, 2004, p. 1340 ss.

M. CARATOZZOLO, *Gli IAS/IFRS e la rappresentazione contabile delle operazioni straordinarie*, negli atti del Convegno, organizzato da ABI e Giurisprudenza Commerciale, "IAS/IFRS: la modernizzazione del diritto contabile in Italia", Roma 23 e 24 novembre 2006.

U. CARNEVALI, *Garanzie per vizi dei beni sociali nella cessione di azioni*, in *Le società*, 1992, p. 822 ss.

U. CARNEVALI, voce *Successione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, XXX, p. 1 ss.

F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, fondato da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, vol. XXI, Milano, 1987, p. 304.

C. CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, nota a Cass., 27 aprile 2001, n. 6143, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 175 ss.

G. G. CASAROTTO, *Uno studio e due note in tema di prelazione agraria*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 416.

G. G. CASAROTTO, *Permuta del fondo e prelazione del coltivatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 534 ss.

G. G. CASAROTTO, *La prelazione agraria*, Padova, 1980.

G. G. CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, Padova, 1988.

M. CASELLA, *Simulazione*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 593 ss.

M. CASSOTTANA e **A. NUZZO**, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2002.

G. CASTELLANO, nota a Cass. 15 maggio 1978, n. 2365, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 639 ss.

G. CASTELLANO, nota a Cass., 7 maggio 1982, n. 5567, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 153 ss.

G. CASU, *Il nuovo Codice dei beni culturali: aspetti generali e problematiche*, in *Notariato*, 2005, 2, p. 203 ss.

A. CATRICALÀ, *Patto di prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 518 ss.

D. CENNI, *Superamento dello schermo della personalità giuridica, collegamento contrattuale e dintorni*, in *Contr. e impr.*, 1998, 3, p. 1063 ss.

A. CERRAI, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 1993, p. 571 ss.

A. CERRAI, *La scissione*, in AA. VV., *Diritto commerciale*[3], Bologna, 1999, p. 479.

A. CERRAI e **G. GRIPPO**, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, 4ª ed., Bologna, 2004, p. 365 ss.

A. CETRA, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Vol. 4, Torino, 2007, p. 131 ss.

F. CHIOMENTI, *Scissione e prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 783 ss.

R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 47 ss.

A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLII, Milano, 1954, p. 9. ss.

A. CICU, *La successione tra persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1141 ss.

E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003.

E. CIVERRA, *La fusione come fenomeno successorio*, commento a App. Roma, 27 gennaio 2005, in *Le società*, 2006, p. 197 ss.

G. COLOMBO, *Fusioni, acquisizioni e scorpori*, Milano, 1992.

V. COLUSSI, nota a Cass. 15 maggio 1978, n. 2365, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 152 ss.

M. CONFALONIERI, *La scissione. Note economico-aziendali,* in *Riv. dott. comm.*, 1993, p. 402 ss.

M. CONFALONIERI, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*, Milano, 2002.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 1706. Appunto preliminare in tema di conferimento in società di beni in natura e diritto di prelazione*, approvato dalla Commissione studi civilistici il 21 luglio 1997, est. M. STELLA RICHTER JR.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 5140. Ulteriori riflessioni sul codice dei beni culturali*, approvato dalla Commissione studi civilistici il 2 luglio 2004, est. D. BOGGIALI – C. LO MONACO.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 126-2006/I. Sulla forma delle decisioni dei soci di società di persone aventi ad oggetto la fusione/scissione tra società di persone e società di capitali*, approvato dalla Commissione studi d'impresa il 27 ottobre 2006, est. L. ZAMPAGLIONE.

CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, Massima n. 72, *Imputazione del disavanzo "da concambio" nella fusione e nella scissione (art. 2504-bis, comma 4, c.c.)*, reperibile sul sito *internet www.scuolanotariatodellalombardia.org*.

D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971.

P. M. CORRADINUS, *Tractatus de iure praelatio*, Venezia, 1722.

L. CORSARO, *La prelazione del coltivatore nell'ipotesi di permuta*, in *Riv. dir. agr.*, 1982, II, p. 220 ss.

F. CORSINI, *La fusione societaria non è più causa di interruzione del processo (ma non avrebbe dovuto esserlo nemmeno prima della Riforma)*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *RDS*, 2, 2007, p. 153 ss.

G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1987, p. 635.

M. R. COVELLI, nota a Cass., 7 maggio 1982, n. 5567, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1663 ss.

L. COVIELLO JR., *Lezioni di diritto successorio*, Bari, 1958, p. 54 s.

M. R. COZZUTO-QUADRI, *La circolazione delle "cose d'arte"*, Napoli, 1997.

E. CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione di società*, Milano, 1992.

G. D'ALAURO, *Differenze di fusione e riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2004, p. 669 ss.

F. D'ALESSANDRO, *Persona giuridica e analisi del linguaggio*, estratto da *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1963, p. 243 ss.

F. D'ALESSANDRO, *Obbligo di risarcire i danni a carico del terzo acquirente di quota sociale per mancato rispetto del patto di prelazione?*, nota a Cass., 21 ottobre 1973, n. 2763, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 23 ss.

F. D'ALESSANDRO, *Contratto sociale simulato e «superamento» della personalità giuridica in una sentenza della Corte Suprema*, nota a Cass., 1° dicembre 1987, n. 8939, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1200 ss.

F. D'ALESSANDRO, *La scissione delle società*, in *Riv. notar.*, 1990, I, p. 873 ss.

F. D'ALESSANDRO, *Sulla fusione e sulla scissione*, in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 191 ss.

A. D'ISANTO, *La scissione di società e le altre operazioni straordinarie: natura, presupposti economici e modalità realizzative*, in *Riv. dott. comm.*, 1995, p. 323 ss.

M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1960.

D. DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002.

D. DALFINO, *Fusione societaria e successione nel processo senza pause*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1090 ss.

A. DALSACE, *A propos de la fusion et de la scission des sociétés anonymes*, in *Rev. soc.*, 1964, p. 1 ss.

L. DE ANGELIS, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 41 ss.

L. DE ANGELIS, *Trasformazione, Fusione e scissione: alcune questioni particolari*, relazione tenuta al convegno di Genova del 9 giugno 2000, i cui atti sono pubblicati in AA. VV., *"Progetto Mirone" e modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, a cura di V. Afferni e L. De Angelis, Milano, 2000, p. 87 ss.

L. DE ANGELIS, *La fusione delle società commerciali. Incorporazione di società di persone in società di capitali e termine per la presentazione della situazione patrimoniale*, in *Le società*, 1986, II, p. 991 ss.

A. DE CAPRARIIS, *La prelazione urbana: disciplina e problemi di applicabilità*, in *Vita not.*, 1980, p. 1425 ss.

A. DE CUPIS, *Leggi proibitive e ordine pubblico*, in *Annali dir. comp.*, 1949, p. 245 ss.

A. DE CUPIS, *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1251 ss.

A. DE CUPIS, *Successione ereditaria*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1257 ss.

G. DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, Milano, 1964.

G. DE FERRA, *La scissione delle società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 213 ss.

G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939.

F. DENOZZA, *La scissione di società*, in AA. VV., *Impresa e società. Nuove tecniche comunitarie*, Milano, 1992, p. 87 ss.

G. DENOZZA, *Sopravvivenza (ma entro quali limiti) delle clausole di gradimento?*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 11 ss.

G. DE SEMO, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1921.

G. DI GIOVINE, *Fusione, la natura giuridica e l'ambito di applicazione*, in *Trattato teorico e pratico delle società. Trasformazione, fusione, scissione, opa, società quotate*, a cura di Schiano di Pepe, Milano, 1999, p. 124 ss.

F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le sezioni unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, commento a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Le società*, 2006, p. 460 ss.

F. DIMUNDO, *sub* art. 2504-*bis* c.c., in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Milano, 2006, p. 813 ss.

T. DI MARCELLO, *La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 62 ss.

M. DI PAOLO, *Negozio indiretto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 1995, p. 124 ss.

F. DI SABATO, *La fusione delle società commerciali. Natura e funzione della situazione patrimoniale*, in *Le società*, 1986, II, p. 989 ss.

F. DI SABATO, *La nuova disciplina della fusione*, in *Riv. notar.*, 1991, I, p. 910.

F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1987, p. 325 ss.; ed. 1999, p. 422.

F. DI SABATO, *Il nuovo diritto societario*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2003.

F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003.

S. EREDE, *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, p. 199 ss.

S. EREDE, *Clausola di prelazione sociale e parasociale: tipi ed effetti*, in F. Bonelli e P. G. Jaeger, *Sindacati di voto e Sindacati di blocco*, Milano, 1993, p. 243 ss.

L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987.

T. FEBBRAJO, *Il diritto di prelazione di cui all'art. 230* bis, *5° comma, c.c. e i trasferimenti* mortis causa, nota a Trib. Macerata, 28 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2002, p. 1 ss.

F. FERRARA e **F. CORSI**, *Gli imprenditori e le società*, 7ª ed. Milano, 1987, p. 743 ss.

A. FERRARI, *Fusione eterogenea e responsabilità dei soci: profili di costituzionalità*, in *Le società*, 1992, p. 1498 ss.

G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936.

G. FERRI, *Questioni in tema di fusione*, nota a Trib. Milano, 27 marzo 1969, in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 168 ss.

G. FERRI, nota a Cass. 15 maggio 1978, n. 2365, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2721 ss.

G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ.* fondato da Vassalli, vol. X, Torino, 1985.

G. FERRI, *Fusione di società*, voce dell'*Enciclopedia giuridica, Treccani*, Roma, 1989, p. 4 ss.

G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 10ª ed., Torino, 1996.

G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 12ª ed., Milano, 2006.

G. FERRI JR., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998.

G. FERRI *JR* – G. GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori,* in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Vol. 4, Torino, 2007, p. 331 ss.

P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971.

P. FERRO-LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 1065 ss.

P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*, Torino, 2004.

D. FICO, *Aspetti civilistici e fiscali del disavanzo da annullamento imputato ad avviamento,* in *Le società*, 1998, p. 471 ss.

A. FIGONE, *Cessione di quote sociali ed oggetto del negozio,* nota a Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Le società*, 2000, p. 1205 ss.

F. FIMMANÒ, *La fusione*, in *Trasformazione, fusione, scissione, opa, società quotate*, in *Trattato teorico-pratico delle società*, a cura di G. Schiano Di Pepe, Milano, 1999.

G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, 5ª ed., p. 254 ss.

F. FUNARI, *Applicabilità della clausola di prelazione alla assegnazione di beni ai soci*, nota a Trib. Napoli, 28 aprile 2004, in *Le società*, 2004, p. 1403 ss.

A. FUSARO, *Scissione di società di persone: le fasi del procedimento*, in *Le società*, 1993, p. 330 ss.

M. M. GAETA, *La fusione per incorporazione non è vicenda interruttiva del processo*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Dir. fall.*, 2007, II, p. 401 ss.

F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 553 ss.

F. GALGANO, *Recensione a Carlo Santagata, La fusione di società,* in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 102 ss.

F. GALGANO, *Delle persone giuridiche,* in *Commentario del codice civile,* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969 p. 3 ss.

F. GALGANO, *Il diritto privato fra codice e costituzione,* Bologna, 1978.

F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. dir. civ. e comm.,* fondato da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1982, p. 87 ss.

F. GALGANO, *Le società e lo schermo della personalità giuridica,* in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 5 ss.

F. GALGANO, *Diritto privato,* Padova, 1985.

F. GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito e negli «obiter dicta» della cassazione,* in *Contr. e impr.*, 1987, p. 365 ss.

F. GALGANO, *Il negozio giuridico,* in *Tratt. dir. civ. e comm.*, fondato da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1988, pp. 168 ss. e 179 ss.

F. GALGANO, *Scissione di società*, in *Vita not.*, 1992, p. 501 ss.

F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, 3ª ed., Padova, 1999, p. 523 ss.

F. GALGANO, *Diritto commerciale*, 2, *Le società*, Bologna, 1999, p. 441 ss.; ed. 2000, p. 323 ss.

F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario,* nel *Trattato di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003.

F. GALGANO, *Società per azioni e personalità giuridica,* in F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario,* nel *Trattato di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2006, p. 161 ss.

A. GAMBINO, *Le clausole di gradimento dopo la legge 4 giugno 1985, n. 281*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 5 ss.

A. GASPARINI, *Alienazione di azioni e prelazione*, nota a Cass., 12 marzo 1981, n. 1407, in *Vita not.*, 1982, p. 1085 ss.

N. GASPERONI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, vol. XLIV, p. 1017 ss.

S. GATTI, *Casi di discussa applicabilità delle clausole statutarie di gradimento al trasferimento delle partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, II, p. 48 ss., commento a Trib. Milano, 12 novembre 1970, s.p.a. Mobiliare Milanese c. s.p.a. Banca Agricola Milanese ed a Trib. Milano, 21 gennaio 1971, Novi Italia s.p.a. c. Remmert s.p.a.

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 10ª ed., Napoli, 2003.

E. GELATO, *Sull'ammissibilità delle scissioni di società senza assegnazione di azioni o quote: osservazioni a Trib. Verona, 6 novembre 1992 (decr.)*, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 434 ss.

G. GELOSA e **M. INSALACO**, *Fusioni e scissioni di società*, Milano, 1996.

A. GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1979.

V. GERI, *Ripartizione di beni rustici di società disciolte e diritto di prelazione e di riscatto*, nota a Trib. Parma, 25 maggio 1973, in *Giur. agr. it.*, 1973, p. 628 ss.

A. GERMANÒ, *Permuta e prelazione agraria*, in *Giur. agr. it.*, 1982, p. 501 ss.

M. GHIDINI, *Società di persone*, Padova, 1972, p. 650

G. GIACOBBE, *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1990, p. 73 ss.

E. GIRINO, *Il negozio indiretto applicato al contratto di* swap, in *Contratti*, 2000, p. 777 ss.

S. GIULIANELLI, *Alienazione di partecipazioni societarie, autonomia patrimoniale della società e principi di correttezza e buona fede*, nota a Cass., 23 febbraio 2000, n. 2095, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 209 ss.

C. GRANELLI, *Il negozio giuridico indiretto?*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 393 ss.

C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e dell'ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 363 ss.

A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1990, p. 153 ss.

A. GUACCERO, *Conferimento d'azienda bancaria e successione processuale: le vicende dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 1022 ss.

P. GUERRA, *In tema di effetto estintivo – creativo della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 34 ss.

F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, 2ª ed., Milano, 2005, p. 407 ss.

J. HAMEL – G. LAGARDE – A. JAUFFRET, *Droit commercial*[2], t. II, vol. 2, Paris, 1980.

J. HÉMARD – F. TERRÉ – P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, III, Paris, 1978.

R. HIMMELREICH, *Unternehmensteilung durch partielle Univerzalsukzession*, Bergisch Bladbach-Köln, 1987.

R. HOUIN e **F. GORÉ**, *La réforme des sociétés commerciales*, in *Dalloz (Rec.)*, 1967, *Chron.* 169.

A. IACONO, *Inosservanza del diritto di prelazione agraria e danni*, in *Giur. di Merito*, 1984, I, p. 61 ss.

B. IANNIELLO, *Fusione per incorporazione: gli effetti estintivi dell'operazione impongono l'interruzione del processo*, in *Le società*, 2006, p. 49.

C. IBBA, *Scissione, scorporo e società unipersonali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 693 ss.

B. INZITARI, *La "vulnerabile" persona giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 679 ss.

B. INZITARI, *Repressione dell'abuso della persona giuridica*, in *Le società*, 1988, p. 460 ss.

M. IRRERA, voce *Scissione*, in *Digesto*[4], *Disc. priv., Sez. comm.*, XIII, Torino, 1996, p. 269 ss.

N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 549 ss.

P. G. JAEGER e **F. DENOZZA**, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000, p. 566 ss.

M. JEANTIN, *Fusions- Scissions. Principés généraux*, in *Juriscl. Sociétés*, fasc. 164-A, Paris, 1988.

G. JORIO, *Il trasferimento di quote nelle società di persone*, su *internet*, alla pagina *http://www.agatavvocati.it/Conv/conv03-01/convAgat003-Jorio.rtf*.

G. LA ROCCA, *A proposito di «società simulata», comunione e art. 2248 c.c.*, nota a Cass. 23 luglio 1998, n. 7209, in *Foro. it.*, 1999, I, c. 3018 ss.

M. LAMANDINI, *Riflessioni in tema di scissione "parziale" di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 512 ss.

L. LAMBERTINI, *sub* art. 2501 c.c., in AA. VV *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Vol. 9, Milano, 2003, p. 359 ss.

L. LAMBERTINI, *sub* art. 2504-*bis* c.c., in *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, a cura di Abate, Dimundo, Lambertini, Panzani e Patti, Milano, 2003, p. 481 ss.

P. LAMBERTUCCI, *Scissione societaria e trasferimento d'azienda*, nota a Cass. civ., sez. lav., 6 ottobre 1998, n. 9897, Piazzola ed altri c. Agricola Carapelle s.r.l. e San Paolo Nuove Frontiere s.r.l., in Giust. civ., 1999, I, p. 747 ss.

S. LANDOLFI, *I valori nella scissione e il trasferimento del patrimonio,* in *Le società*, 1984, p. 890 ss.

S. LANDOLFI, *Effetti della fusione sui rapporti giuridici delle società incorporate*, in *Le società*, 1986, II, p. 971 ss.

F. LAURINI, *La scissione*, in *Riv. notar.*, 1991, I, p. 595 ss.

F. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 923 ss.

G. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. notar.*, 1991, I, p. 921 ss.

G. LAURINI, *La fusione*, in *Riv. notar.*, 1992, p. 592.

B. LIBONATI, *Clausola di gradimento e appello al risparmio diffuso*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, p. 225 ss.

B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005.

P. LUCARELLI, *Nullità parziale della fusione?*, in *Giur. comm.* 1992, II, p. 462 ss.

P. LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999.

P. LUCARELLI, *La nuova disciplina delle fusioni e scissioni: una modernizzazione incompiuta*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1343 ss.

P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Vol. 4, Torino, 2007, p. 441 ss.

F. MACCABRUNI, *Clausole statutarie e prelazione*, nota a Trib. Milano, 25 febbraio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 94 ss.

F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005.

A. MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, I, p. 11 ss.

M. MAIENZA, *Inapplicabilità del patto di prelazione alle cessioni a titolo gratuito di quote sociali*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 293 ss.

M. C. MALAGUTI, *I limiti soggettivi di efficacia dei patti parasociali*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 523 ss.

C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2003.

T. MANFEROCE, *La fusione delle società commerciali. Il sistema dell'art. 2503*, in *Le società*, 1986, II, p. 984 ss.

L. MANTINEO, *La fusione delle società*, in *Foro it.*, 1992, V, p. 284 ss.

G. MANZINI, *Trasformazione, fusione, scissione di società*, Padova, 1998, p. 714 ss.

G. MARASÀ, *Modificazioni statutarie*, nel *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 6, Torino, 1993, p. 25.

G. MARASÀ, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 315.

P. G. MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina giuridica delle fusioni*, in *Riv. notar.*, 1991, I, p. 20 ss.

G. MARZIALE, *La fusione delle società nella disciplina comunitaria,* in *Le società,* 1986, p. 976 ss.

E. MASCHIO, *Le azioni con clausole di gradimento (e in genere le partecipazioni sociali) nella fusione di società,* in *Riv. soc.*, 1974, p. 483 ss.

P. MASI, *Spunti in tema di azienda da norme recenti*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gustavo Minervini*, II, Napoli, 1996, p. 280 ss.

M. MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 745 ss.

M. MAUGERI, *Se la cessione di azioni implichi "trasferimento" dei beni facenti parte del patrimonio sociale,* in AA. VV., *Società di capitali. Casi e materiali*, II, a cura di A. Gambino, Torino, 2006, p. 74 ss.

S. MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario,* in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1485 ss.

V. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1991.

F. MELONCELLI, *Fusione di società e interruzione del processo civile,* commento a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Corr. giur.*, 2006, p. 795 ss.

D. MEMMO, *Società titolari di fondo rustico, vicende societarie e diritto di prelazione del conduttore,* nota a Cass., 7 novembre 1983, n. 6566 e a Cass., 17 febbraio 1984, n. 1190, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1611 ss.

L. MENGONI, *La divisione testamentaria,* Milano, 1950.

G. MEO, *Attribuzione patrimoniale e apporto di capitale nella scissione di società,* in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 572 ss.

P. MESSINA, *Natura giuridica della scissione parziale*, in *Le società*, 1995, p. 227 ss.

S. MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 787 ss.

G. MINERVINI, *Questioni in tema di circolazione delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 889 ss.

M. MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1.3, Torino, 2004

F. MONTALDO, *Revocatoria fallimentare dell'atto di scissione di società*, in *Il fallimento*, 2004, 10, p. 1138 ss.

A. MORANO, *Prime osservazioni in tema di scissione*, in *Le società*, 1991, p. 1309 ss.

A. MORANO, *La scissione non proporzionale*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, p. 43 ss.

A. MORANO e **G. P. ZINI**, *La nuova disciplina delle fusioni*, in *Le società*, 1991, p. 910 ss.

U. MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione del coerede*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 448 ss.

U. MORERA, *Riflessioni intorno al procedimento di fusione tra società*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 664 ss.

U. MORELLO, *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 1995, p. 501 ss.

L. V. MOSCARINI, *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 981 ss.

G. MUSCO, *La natura giuridica della scissione di società,* in *Dir. fall.*, 1995, I, p. 1000 ss.

R. NICOLÒ, *Successione nei diritti,* in *Nss. dig. it.*, XVIII, 1971, p. 605 ss.

G. L. NIGRO, *La scissione e la tutela dei soci,* in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 493 ss.

M. NOTARI, *Fusioni, scissioni ed altre operazioni societarie nelle nuove massime del Tribunale di Milano,* in *Riv. soc.*, 1997, p. 837 ss., commento alle *Massime del tribunale di Milano (26 giugno 1997).*

M. NOTARI, *Appunti sull'iscrizione dei beni dell'incorporata nel bilancio dell'incorporante successivo alla fusione,* in *Studi in onore di Gastone Cottino,* Padova, 1997, p. 1375 ss.

T. ONESTI, *La scissione di società,* Torino, 1996.

G. OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 146 ss.

G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22: profili generali,* in *Riv. dir. civ.* 1991, II, p. 501 ss.

G. PALERMO, *In tema di esclusione del diritto di prelazione nei casi di permuta,* in *Giur. agr. it.*, 1974, I, p. 82 ss.

G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto,* Milano, 1974.

G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda,* Torino, 1999.

E. PAOLINI, *Scissione di società*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 831 ss.

E. PAOLINI, *Sorte del mandato conferito a terzi in caso di fusione di società*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 958 ss.

E. PAOLINI, *Estinzione della società per incorporazione e sorte del mandato* ad litem (Nota a Cass., sez. I, 27 gennaio 1994, n. 833, Soc. Fincantieri c. Soc. Marelli elettromeccanica generale), in *Le società*, 1994, p. 611 ss.

E. PAOLINI, *Circolazione mortis causa della quota del socio accomandante*, nota a App. Milano, 22 febbraio 1994, in *Le società*, 1994, p. 1496 ss.

E. PAOLINI, *Nozione, natura giuridica e ambito applicativo della scissione*, in *Trasformazione, fusione, scissione, opa, società quotate*, in *Trattato teorico-pratico delle società*, a cura di G. Schiano Di Pepe, Milano, 1999, p. 283 ss.

V. PAPPA MONTEFORTE, *Trasferimento del fondo e prelazione agraria*, in *Notariato*, 2001, 4, p. 419 ss.

A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Fusioni e scissioni di società*, Milano, 1995.

A. PATRONI GRIFFI, *Il procedimento di fusione*, in *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni Griffi, Milano, 1995, p. 29 ss.

A. PELLICANÒ, *Inesistenza e personalità giuridica nella giurisprudenza della Cassazione: il caso della s.p.a.*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 829 ss.

G. L. PELLIZZI, *La società persona giuridica dove è realtà e dove è vuota formula (esperienze delle banche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 481 ss.

E. PEREGO, *La prelazione legale e l'infungibilità della prestazione,* in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 519 ss.

E. PEREGO, *Profili privatistici della scissione di società*, in *Quaderni giur. impr.*, 1993, p. 13 ss.

M. PERRINO, *Le operazioni straordinarie*, in R. Alessi – M. Rescigno (a cura di), *Diritto delle società*, Milano, 1998, p. 910 ss.

M. PERRINO, *La riforma della disciplina delle fusioni di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 507 ss.

M. PERRINO, *sub* art. 2501 c.c., in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1933 ss.

M. PERRINO, *sub* artt. 2504 – 2504-*ter* c.c., in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1973 ss.

M. PERRINO, *sub* art. 2504-*quater* c.c., in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1983 ss.

S. PESCATORE, *Il procedimento di scissione*, in *Fusioni e scissioni di società*, Milano, 1995, a cura di A. Patroni Griffi, p. 69 ss.

S. PESCATORE e **F. DI SABATO** (a cura di), *Sulla fusione e sulla scissione, dialogo con Floriano d'Alessandro e Alessandro Pedersoli*, in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 161 ss.

G. G. PETTARIN, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, 1992.

A. PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. soc.*, II, 1995, p. 1189 ss.

A. PICCIAU, *La scissione come negozio produttivo di effetti traslativi e la fattispecie del trasferimento di azienda: appunti in margine a recenti interventi della giurisprudenza e della dottrina*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 1413 ss.

A. PICCIAU, *sub* art. 2506 c.c., in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Milano, 2006, p. 1025 ss.

A. PICCIAU, *La scissione semplificata*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, p. 33 ss.

P. PICCOLI e **G. ZANOLINI**, *Le scissioni di società. Aspetti operativi*, Torino, 1997.

A. PISANI MASSAMORMILE, *Nullità della cessione di azioni in violazione di clausola di prelazione*, nota a Trib. Napoli, 2 maggio 1975, in *Dir. giur.*, 1978, p. 183 ss.

G. B. PORTALE, *Un libro tedesco sull'«action en comblement du passif social»*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 1067 ss.

G. B. PORTALE, *Scissione parziale di società per azioni a favore della "controllante" totalitaria: questioni*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, I, p. 362 ss.

G. B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 480 ss.

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 capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 701 ss.

G. B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 145 ss.

R. J. POTHIER, *Trattato dei retratti*, in *Opere*, t. I, 2ª ed. it., Livorno, 1841.

G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*[2]. *Le società*, Bologna, 2005.

D. PROVERBIO, *Il rapporto tra scissione parziale e trasferimento-conferimento d'azienda*, in *Le società*, 1999, p. 503 ss.

D. PROVERBIO, *Spunti di riflessione in tema di compravendita di partecipazioni sociali*, nota a Trib. Milano, 26 novembre 2001, in *Le società*, 2002, p. 568 ss.

B. QUATRARO, *La fusione: profili e natura giuridica*, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 376.

B. QUATRARO, *La scissione*, in *Riv. dott. comm.*, 1995, p. 1085 ss.

B. QUATRARO e **G. QUATRARO**, *La fusione e la scissione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, a cura di Ambrosini, II, Torino, 2005, p. 164 ss.

G. RACUGNO, *Lo «scorporo» d'azienda*, Milano, 1995.

A. RICCIO, *La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 587 ss.

G. RIPERT et **R. ROBLOT**, *Traité de droit commercial*, t. 1, 17e ed., Paris, 1999, nr. 1618, s. 1189.

N. ROCCO DI TORREPADULA, *La sorte dei crediti nella scissione parziale*, in *Riv. dir. impr.*, 2001, p. 335 ss.

A. ROMANO, *Scissioni di società: prospettive operative della giornata del Triveneto*, in *Not.*, 1996, p. 494 ss.

R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in *Il codice civile*, commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1993.

R. RORDORF, *La scissione di società*, in *Le società*, 1989, p. 677 ss.

R. RORDORF, *Fusioni e scissioni di società nella prospettiva europea*, in *Le società*, 1990, p. 433 ss.

R. RORDORF, *La nuova disciplina della fusione e della scissione di società*, in *Le società*, 1991, p. 408 ss.

R. RORDORF, *Lineamenti generali dell'istituto della scissione*, in AA. VV., *Fusioni e scissioni di società. Profili civilistici e fiscali*, Milano, 1993, p. 91 ss.

R. RORDORF, *Primi interventi giurisprudenziali sulla scissione di società*, commento a Trib. Napoli, 23 luglio 1993 in *Le società*, 1994, p. 73 ss.

R. RORDORF, *Cessione di quote sociali e divieto di concorrenza: il velo societario si fa più trasparente*, nota a Cass., 24 luglio 2000, n. 9682, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3116 ss.

R. RORDORF, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Foro it.*, 2006, I, 1739.

G. ROSSI, *Pegno e pignoramento delle quote di s.r.l. e diritto di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 469 ss.

G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967.

C. RUPERTO, *La successione universale tra vivi nel nostro diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 123 ss.

M. RUSSO, *Tutela reale e tutela risarcitoria nella prelazione legale*, nota a App. Venezia, 14 agosto 1986, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 995 ss.

R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975.

V. SALAFIA, *La fusione delle società commerciali. Introduzione*, in *Le società*, 1986, p. 934 ss.

V. SALAFIA, *La fusione delle società commerciali. Conclusioni*, in *Le società*, 1986, II, p. 992 ss.

V. SALAFIA, *Valutazione del patrimonio nella fusione eterogenea*, in *Le società*, 1989, p. 445 ss.

V. SALAFIA, *La scissione nelle società*, in AA. VV., *Le scissioni di società*, Milano, 1992, p. 3 ss.

L. SALVANESCHI, *Ristrutturazione delle banche pubbliche e successione nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 479 ss.

M. E. SALERNO, *sub* art. 2504-*bis* c.c., in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 457 ss.

F. SALERNO CARDILLO, *Fusione delle società: successione a titolo universale o modificazione statutaria?*, in *Riv. not.*, 1986, p. 304 ss.

A. SALETTI, *Interruzione del processo*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989, p. 1 ss.

G. SANSONE, *La clausola di prelazione nella vendita di azioni*, in *Le società*, 1988, p. 689 ss.

C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964.

C. SANTAGATA, *La relazione di stima nella fusione eterogenea*, in *Le società*, 1990, p. 994 ss.

C. SANTAGATA, *Fusione eterogenea e responsabilità dei soci: un altro rinvio della Consulta*, in *Le società*, 1994, p. 911 ss.

C. SANTAGATA, *La fattispecie della fusione*, in AA. VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni Griffi, Milano, 1995, p. 1 ss.

C. SANTAGATA, *Riflessioni sul fondamento e gli effetti della fusione tra società*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, II, Padova, 1997, p. 1353 ss.

C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7.1, Torino, 2004.

C. SANTAGATA, *La fusione nella riforma del diritto societario*, in AA. VV., *Temi del nuovo diritto societario*, a cura di G. Palmieri, Napoli, 2005, p. 228 ss.

G. SANTINI, *Natura e vicende della quota di s.r.l.*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, II, p. 437 ss.

G. SANTONI, *L'opzione del socio per la partecipazione alle società interessate alla scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 69 ss.

F. SANTORO PASSARELLI, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, in *Foro it.*, 1931, I, c. 177 ss.

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.

F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 704 ss.

S. SARCONE, *Le fusioni societarie: aspetti economico-aziendali, civilistici, contabili e fiscali*, Milano, 1996.

G. SBISÀ, *Clausole statutarie sul trasferimento delle azioni*, in *Contr. e impr.*, 1996, III, p. 1171 ss.

F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* fondato da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, vol. XXX, Milano, 1989, p. 309 ss. (ed. 2000, p. 307 ss.).

G. SCHIANO DI PEPE, *sub* art. 2506 c.c., in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1997 ss.

P. SCHLESINGER, *Merger leveraged buy out e riforma societaria*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 705 ss.

K. SCHMIDT, *Geselleschaftsrecht*[2], Köln, Berlin, Bonn, München, 1991.

A. SCIALOJA, *Natura giuridica della trasformazione di società*, in *Saggi di vario diritto*, Roma, 1928.

F. SCALABRINI E G.A.M. TRIMARCHI, *Le Sezioni Unite sulla natura giuridica della fusione: un punto d'arrivo nel dibattito tra teoria e pratica?*, nota a Cass., sez. unite, 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Riv. not.*, II, p. 1136 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *La nullità della fusione nella III direttiva CEE e nello Schema di legge di attuazione*, in *Riv. not.*, 1990, p. 887 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Fusione e scissione di società: lo schema di legge di attuazione delle direttive CEE,* in *Riv. dir. comm.*, 1992, p. 109 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla inesistenza giuridica del negozio di fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 1027 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *L'invalidità della fusione e della scissione,* in *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni Griffi, Milano, 1995, p. 79 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla necessità della perizia di stima ex art. 2343 nella scissione*, in *Riv. dir. impr.*, 1998, p. 23 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla "circolazione" dell'azienda per scissione,* in AA. VV., *La testimonianza del giurista nell'impresa. Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2001, p. 23 ss., e in *Riv. dir. comm.*, 2001, p. 443 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Trasformazione, fusione, scissione e responsabilità "penale" dell'ente*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 2002, p. 333 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla semplificazione del procedimento di fusione e scissione,* in *Riv. not.*, 2002, p. 289 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *In tema di scissione societaria e diritto di prelazione,* in *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano,* II, Napoli, 2002 p. 1253 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni "semplificate" nella riforma del diritto societario,* in *Riv. not.*, 2003, p. 889 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. Colombo e G.B. Portale, 7.2, Torino, 2004.

R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano, 1966.

A. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 17, Torino, 1985, p. 345 ss.

A. SERRA, *Scissione e modificazioni del contratto sociale*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, II, Milano, 1992, p. 676 ss.

A. SERRA, *Le scissioni*, in A. Serra – M. S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, p. 187 ss.

A. SERRA, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994.

A. SERRA e **M. S. SPOLIDORO**, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994.

P. SILVESTRO, *La fusione anticipata*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1999, p. 325 ss.

P. SILVESTRO, *La scissione ad oggetto immobiliare esclusivo*, sul sito *internet* *www.dircomm.it*

C. SILVETTI, *Trasformazione e fusione delle società*, nel *Noviss. Digesto it.*, XIX, Torino, 1973, p 538 ss.

E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione delle società*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, *sub* art. 2501 p. 172 ss.

P. SPADA, *Diritto commerciale*, II, *Elementi*, Padova, 2006.

G. SPATAZZA, *La Società per azioni*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1985, p. 340 ss.

F. SPERONELLO, *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale: un caso di "assegnazione" di quote della scissa*, nota ad App. Venezia, 16 marzo 2000 (decr.), Tenuta i Roveri s.r.l. ric., in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 273 ss.

P. A. SPITALERI, *sub* art. 2506 c.c., in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 489 ss.

N. SQUILLACE, *La prelazione societaria*, nota a Cass., 12 gennaio 1989, n. 93, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 563 ss.

G. STOLFI, *Note sul concetto di successione,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 535 ss.

M. TAMBURINI, *sub* art. 2501 c.c., in *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di A. Maffei Alberti, Vol. IV, Padova, 2005, p. 2511 ss.

M. TAMBURINI, *sub* art. 2504-*bis* c.c., in *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di A. Maffei Alberti, Vol. IV, Padova, 2005, p. 2557 ss.

G. TANTINI, *Trasformazione e fusione di società* nel *Trattato di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, 1985, p. 275 ss.

G. TANTINI, *Inapplicabilità del diritto di prelazione agraria (e di riscatto) al conferimento in natura in società di fondi agricoli,* nota a Trib. Verona, 14 febbraio 1985, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 492 ss.

M. TANZI, *Azioni e diritto di famiglia,* in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2/2, Torino, 1991, p. 519 ss.

M. TERENGHI, *Relazione degli amministratori e relazione di stima ex art. 2343 nella scissione parziale*, nota a Trib. Brescia, 11 marzo 1998 (decr.), Berlucchi Service s.r.l. ric., in *Le società*, 1998, p. 701 ss.

E. A. TINO, *Fusione: evento modificativo o estintivo? Brevi riflessioni a seguito della riforma*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, II, p. 228 ss.

S. TONDO, *Configurazione della prelazione urbana*, in *Riv. not.*, 1981, I, p. 17 ss.

A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato,* 17ª ed., Milano, 2004.

M. TORRINI FERRARI LELLI, *Prelazione del conduttore e permuta di beni infungibili*, nota a App. Venezia, 14 agosto 1986, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 968 ss.

P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 12ª ed., Milano, 1998.

R. TRIOLA, *La prelazione agraria*, Milano, 1984.

R. TRIOLA, *Prelazione urbana e negozi diversi dalla vendita*, nota a Cass., 14 gennaio 1988, n. 205, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1225 ss.

G. TROINA, *Lezioni di economia aziendale*, Roma, 1999.

S. VALERIO, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 470 ss.

M. VASELLI, *Nota sul retratto successorio*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1948, p. 540 ss.

P. VERRUCOLI, *In tema di prelazione agraria: una legge da non fare*, in *Riv. dir. agr.*, 1977, I, p. 441 ss.

G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988.

G. VIDIRI, *Commento* a Trib. Verona, 6 novembre 1992 (decr.), C.B.E. Elettrodomestici s.r.l. e C.B.E. s.r.l. ric., in *Le società*, 1993, p. 363 ss.

G. VIGNOLI, *Osservazioni sul negozio giuridico soggetto a prelazione ex art. 8 l. 26 maggio 1965, n. 590*, commento ad App. Bologna, 27 marzo 1974, in *Riv. dir. agr.*, 1974, II, p. 294 ss.

B. VISENTINI, *Fusione fra società*, Roma, 1942.

P. VITUCCI, *Prelazione e redistribuzione della proprietà in agricoltura (rilievi di un civilista)*, in *Giur. agr. it.*, 1978, I, p. 221 ss.

P. VITUCCI, *Conferimento in società di fondo rustico e prelazione agraria*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gustavo Minervini*, III, Napoli, 1996, p. 741 ss.

C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*[5], II, Milano, 1928, p. 480 ss.

S. WIDMANN – R. MAYER, *Umwandlungsrecht*[2], Bonn, 1981.

G. ZAGRA, *Rinunciabilità da parte dei soci della relazione degli esperti ex art. 2501 quinquies c.c.*, in *Le società*, 2001, p. 326 ss.

G. M. ZAMPERETTI, *Le clausole di gradimento nella recente prassi statutaria*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 915 ss.

N. ZORZI, *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1062 ss.

G. ZUDDAS, *Vendita a un terzo di quota di s.r.l. attuata senza rispettare il diritto di prelazione dei soci*, in *Dir. giur.*, 1971, p. 771 ss.

G. ZUDDAS, D. MENICUCCI, M. PALMA, *Ancora sui limiti al trasferimento delle azioni nella pratica statutaria*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 896 ss.